BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XXI
H
14
NAPOLI

XXI.
H
14

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

JOHANNIS HARPPRECHTI,

JURISCONSULTI

Et Antecessoris in Florentissima TUBINGENSI *Academia Ordinarii*;

COMMENTARIUS IN IV. LIBROS INSTITUTIONUM JURIS CIVILIS DIVI JUSTINIANI,

IMPERATORIS SACRATISSIMI;

Multis insignibus QUÆSTIONIBUS adauctus, atque omnibus non solum Jurisprudentiæ Alumnis, Interpretibus, Consulentibus, Advocatis & Judicibus, sed aliarum etiam facultatum Studiosis & Professoribus, propter varias in illis materias dilucidè ac diligenter pertractatas, oppidò quàm utilis atque fructuosus.

EDITIO QUARTA,

IN QUA MULTA, QUÆ IN PRIORIBUS GERMANICE SCRIPTA occurrebant, continuo latinæ orationis stilo, in gratiam exterorum, adornantur,

INTERPRETE ET CURANTE

BEATO PHILIPPO VICAT,

Jurisconsulto & Professore ordinario, Academiæ LAUSANNENSIS *p. t. Rectore.*

TOMUS TERTIUS,

CONTINENS COMMENTARIOS

IN TERTIUM INSTITUTIONUM JUSTINIANEARUM LIBRUM,

Cum INDICE *Rerum & Verborum locupletissimo.*

LAUSANNÆ,

Apud MARCUM-MICHAELEM BOUSQUET & Soc.

MDCCXLVIII.

CUM PRIVILEGIO SACRÆ CÆSAREÆ MAJESTATIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

COMMENTARII
JOHANNIS
HARPPRECHTI,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS
In Celeberrima TUBINGENSI *Academia Ordinarii*,

IN TERTIUM INSTITUTIONUM DOMINI JUSTINIANI, PRINCIPIS SACRATISSIMI, LIBRUM.

DE HEREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

TITULUS I.

Principium tituli.

INtestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit: aut non jure fecit: aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est: aut si ex eo nemo heres extiterit.

SUMMARIA.

1 *Materiæ successionis legitimæ seu ab intestato, multiplex utilitas & varietas.*
2 *Usu frequentia & quotidiana, pleniùs perfectiùsq; cognoscenda.*
3 *Ratio ordinis, sive cohærentia hujus tituli cum superioribus.*
4 *Hereditas alia testamentaria, alia legitima.*
5 *Legitimi heredes qui dicantur.*
6 *Quamdiu speratur heres ex testamento, cessat successio ab intestato.*
7 *Ordo & dispositio præsentis tituli & sequentium.*
8 *Cur universam hereditatis, & testamentariæ, & legitimæ, materiam Justinianus non uno libro sit complexus.*
9 *Hereditas cum tantùm testamento, vel ab intestato nobis deferatur: pactis aut contractibus eadem deferri non poterit.*
10 *Conventiones & pacta de futurâ alterius viventis hereditate, bonis moribus contraria censentur: votum captandæ mortis alicujus in se continent: & liberam testandi facultatem impediunt.*
11 *Ultima voluntas est ambulatoria usque ad extremum vitæ spiritum.*
12 *Jus succedendi à jure publico dependet.*
13 *Privatorum pactionibus juri publico non derogatur.*
14 *Quæ pacta sint servanda.*
15 *Intellectus l. 1. & l. cùm proponas. 16. C. de pact. & l. de fidei commisso. 11. C. de transactionib.*
16 *Sententia l. licèt 19. C. de pactis.*
17 *Voluntas militum, quoquo modo declarata, pro justo testamento habetur.*
18 *Explicatur l. ult. C. de pactis.*
19 *Sensus l. ea verò. 3. §. de illo quæritur. ff. pro socio.*
20 *Consideratio l. juris gentium. 7. §. penult. ff. de pact.*
21 *Mens l. 2. § illud 2. ff. de hered. vel action. vendit.*
22 *Vocula*, Maximè, *qualis sit.*
23 *Exponitur l. nam hoc modo 11. ff. de heredit. vel act. vend.*
24 *Consideratur l. si quis servum. 23. ff. de actionibus empt.*
25 *Declaratur l. quidam, cùm filium. 132 ff. de verb. obligat.*
26 *Filius heres instituendus, vel exheredandus.*
27 *Multa, quæ expressè fieri nequeunt, tacitè facta valent.*
28 *Exheredatio quædam nota putatur.*
29 *Consuetudine receptum est, ut de futurâ successione pacisci liceat.*
30 *Cur isthæc consuetudo sustineatur.*
31 *Libertas testandi multis casibus impeditur.*
32 *Libertas quomodo jubeatur testari.*
33 *Pactio de futurâ alteri[illegible]reditate, ad & quatenus bonis moribus sit contraria.*
34 *Præsumptio illa de voto cap[illegible]dæ mortis hodie sublata.*
35 *Pactum de futurâ hereditate, [illegible]jurando confirmatum, cur valeat.*
36 *Distinguitur inter mores naturales [illegible] canonicos, & civiles seu politicos.*
37 *Peccata sunt inæqualia.*
38 *Mens & sententia c. non est obligatori[illegible]8. de reg. jur. in 6.*
39 *Quæ juramenta sint servanda.*
40 *Jure canonico quid dicatur esse contra bon[illegible]*
41 *Pactum, quo non de totâ hereditate, sed [illegible]res. conventum fuerit, jure civili est validum [illegible]tâ bonorum*
42 *Ut & pactum futuræ successionis reciprocum siv[illegible]*
43 *Pactum inter conjuges, de mutuâ ejuscemodi & [illegible]um. [illegible]udina-riâ successione, jure civili valet.*
44 *Ratione incertitudinis permittuntur ea, quæ aliàs [illegible]r-mitterentur.*
45 *Andreas Gail refutatur.*
46 *Semper hominum actus ita interpretandi sunt, ut valeant [illegible]tius quàm pereant.*
47 *Ultima voluntas interpretatione omnino juvanda.*
48 *Mens contrahentium spectanda.*
49 *Pacta gentilitia illustrium personarum de succedendo an & quatenus valeant, remissivè.*
50 *Jure novissimo quot sint succedendi ab intestato ordines.*
51 *Affines, nutritores, & tutores à successione removentur.*
52 *Item cognati spirituales.*
53 *An patrinus sive compater teneatur filium suũ spiritualem alere.*
54 *Caupones arcentur a successione viatorum.*
55 *De successione descendentium seu liberorum in genere.*
56 *Liberi (a liberalitate dicti) sunt multiplices.*
57 *De successione liberorum naturalium & legitimorum simul.*
58 *Sexus, patriæ potestatis & emancipationis, ut & cognationis atque agnationis differentia, in hac successionis materiâ est sublata.*
59 *Liberi, vivis etiam parentibus, quodammodo domini bonorum paternorum existimantur.*
60 *Liberi, in utero existentes, quatenus pro jam natis habeantur; & num. 243.*
61 *Fœtus quo mense vitam vivere posse credatur.*
62 *Medici & Phisici quibus casibus à judice consulendi.*
63 *Liberi tam clerici, quam sæculares parentibus suis succedunt.*
64 *In successione descendentium propior remotiorem non excludit.*
65 *Successio in capita, item in stirpes, quando fieri dicatur.*
66 *Jus repræsentationis antiquissimum, utpote ex duodecim tabulis ortum.*
67 *Pater & filius eadem penè reputantur persona, & n. 83. & 109.*
68 *Filius est portio ac caro patris. & n. 110.*
69 *An etiam abnepotes, & reliqui remotiores, repræsentationis jure gaudeant.*
70 *Oratio indefinita æquipollet universali: & num. 374.*
71 *Liberis naturalis ratio hereditatem parentum addicit.*
72 *Liberorum appellatione qui contineantur.*
73 *Repræsentatio faciliùs inducitur, quàm transmissio.*

Digitized by Google

195 Referuntur Doctores, qui in propoſitâ quæſtione affirmativam opinionem probant.

196 Recitatur catalogus Interpretum, contrariam negantem ſententiam defendentium.

197 A traditione communi, ſolidiſque rationibus ſuffultâ, in judicando minimè recedendum.

198 Interpretatio tit. 6. Epiſcopum vel Abbatem, &c. §. quinetiam. lib. 1. feudor.

199 Quæ ſit vis & poteſtas vocis, ulteriùs.

200 Qualitas adjuncta verbo, quatenus ſecundum tempus verbi exaudiri debeat.

201 Explicatio dicti tit. 6. §. ult. lib. 1. feud.

202 Remoto ſubjecto, removetur etiam neceſſariò ejus adjectum.

203 Quicunque in defectum alterius vocatur ad ſucceſſionem: is, ſuccedente eo, cujus in locum vocatur, in tantum excluditur, ut poſtea nunquam ampliùs admittatur.

204 Quicquid ſub conditione datur, ſub contrariâ conditione non dari intelligitur, & contrà.

205 Ablativorum abſolutorum natura & proprietas: & n. 214.

206 Qui aliquo modo à ſucceſſione excluditur, is nullâ ratione ad eam admittitur ampliùs.

207 Jus ſemel extinctum, ampliùs haud reviviſcit.

208 Fœmina, quæ vigore ſtatuti per maſculum a ſucceſſione bonorum ſemel fuit remota, licèt deinde maſculus ille fuerit mortuus, tamen ad ſucceſſionem ampliùs non admittitur.

209 Unumquodque ad naturam ſuam facilè revertitur: & num. 241.

210 Non ſatis eſt, verum dicere: ſed ſimul contraria refellere oportet.

211 Sine juris auctoritate nihil affirmandum: & n. 93. & 353.

212 Particula quinetiam & quinimò, augmentativa eſt, & ampliativa.

213 Dictio etiam ſuâ naturâ caſum magis dubium implicat, eumque ſimiliter decidit.

214 Duo ablativi abſolutè poſiti conditionem induunt.

215 Conditionis natura quæ ſit: & num. 136.

216 Enucleatur textus in tit. 8. §. filia verò. lib. 1. feudor.

217 Deficere in ſucceſſionis materiâ qui dicantur.

218 Declaratur textus in tit. 17. verſ. non enim patet. lib. 2. F.

219 Dictionis donec vis & proprietas.

220 Unuſquiſque ſibi & ſuis heredibus potiùs, quàm extraneo paciſcendo proſpexiſſe videtur.

221 Pactum quid ſit.

222 Conditione deficiente perinde eſt, ac ſi diſpoſitio facta nō fuiſſet.

223 Quocunque in gradu maſculus exiſtit, fœmina in ſucceſſione feudi præfertur.

224 Diſpoſitio quævis ita accipi debet, ne ſit otioſa: ſed ut ſemper aliquid operetur.

225 Item intelligenda eſt ſecundùm diſponentium mentem & voluntatem, ſive expreſſam, ſive tacitam.

226 An ſuccedendi jus illius, qui propter alium in medio exiſtentem, a ſucceſſione removetur, tamdiu ſuſpenſum eſſe cenſeatur, donec alius ſuccedendi caſus contigerit.

227 Incertum per æque incertum probari non poteſt.

228 A ſpeciebus diſparatis neceſſariò ad alias ſpecies haud infertur.

229 Excluſio facta dici nequit, niſi ubi incluſio præceſſit.

230 Quatenus beneficium à Principe conceſſum, perpetuò intelligatur tributum, & pleniſſimè ſit interpretandum.

231 Regula (ceſſante cauſa, ceſſat effectus) quando non procedat.

232 Fœminæ non ex naturâ feudorum, ſed ex gratiâ domini concedentis, interdum in feudum ſuccedunt.

233 Quoties quid ſpecialiter contra ſubjectæ materiæ naturam cautum eſt, contrahentes juri, reique, quâ de agitur, naturali indoli ſe conformaſſe cenſentur.

234 Fœmina ſemel ob maſculi defectum, ad feudi ſucceſſionem admiſſa, quamdiu vivit, feudum retinet, etiamſi poſtea maſculus aliquis naſcatur.

235 Quod alicujus factum eſt, id ei invito auferri non poteſt.

236 Jus ſemel quæſitum, perpetuum eſſe exiſtimatur.

237 Multa fieri impediuntur, quæ tamen facta tolerantur.

238 Actus conſummatus non vitiatur, licèt eum in caſum deveniat, a quo incipere non potuiſſet.

239 Contrariorum eadem diſciplina & ratio.

240 Sententia vera tit. 17. lib. 2. feudor.

241 Regula (unumquodque facilè ad naturam ſuam reverti) quando militet.

242 In quibus caſibus regulæ (ea, quæ initiò valeant, ſi poſtea in eum perveniant caſum, à quo inchoari nequeunt, vitiari) locus relinquatur.

243 Qui in utero ſunt, quoties de eorum commodo quæritur, pro jam natis habentur.

244 De ſucceſſione liberorum legitimorum tantùm.

245 Liberi legitimi tantùm qui dicantur.

246 Adoptio naturam imitatur.

247 Liberi legitimi tantùm ſunt vel adoptivi, vel arrogati.

248 Tales liberi an & quatenus patri adoptivo ſuccedant.

249 Nihil tam naturale eſt, quam ut eo quodque modo ſolvatur, quo colligatum eſt.

250 In ſucceſſionem ab inteſtato materiâ, non patria poteſtas, ſed ſolum jus cognationis naturalis ſpectatur.

251 Jus ſanguinis nullo Jure civili dirimitur.

252 Duplex vinculum ſimplici fortiùs ligat.

253 Nemo duos patres habere, nec duplicis ſucceſſionis commodo gaudere debet: niſi diverſis reſpectibus.

254 Arrogati quomodo ſuccedant.

255 Jure feudali liberi tantùm legitimè nati ſuccedunt, adoptivi non æquè.

256 Quatenus adoptivus, itemque arrogatus, ad feudi ſucceſſionem admittatur.

257 Princeps in præjudicium agnatorum nihil ſtatuere poteſt.

258 Quando feudum ad dominum redeat.

259 Quæ indulgentia Principis probetur.

260 Memorantur exempla, quibus docetur, etiam adoptatos regni ſucceſſores extitiſſe.

261 Filius adoptivus an in emphyteuſi Eccleſiaſticâ ſuccedat.

262 De ſucceſſione liberorum naturalium tantùm.

263 Liberi naturales tantùm, qui appellentur.

264 Hi liberi an & quatenus patri ſuccedant.

265 Nepotes vel pronepotes naturales, à ſucceſſione avi vel proavi paterni prorſus excluduntur.

266 Concubinatus licet per leges nomen aſſumpſerit: tamen aliquod vitium in ſe continet.

267 Filii naturales ſive baſtardi arma & inſignia familiæ non ferunt.

268 An filii, ex diverſis concubinis progeniti, patri ſuccedere poſſint.

269 Liberi naturales ad matris, etiam illuſtris, bona unà cum legitimis liberis pariter admittuntur: adeò, ut teſtamento neglecti querelam inofficioſi habeant.

270 Liberis naturalibus alimenta ex bonis paternis debentur, extantibus liberis legitimis.

271 Liberi naturales per ſubſequens matrimonium (etiam in articulo mortis contractum,) legitimati, cum liberis reliquis per omnia parentum hereditate gaudent.

272 Et ſubſtitutum, in caſum non exiſtentium liberorum legitimorum & naturalium, excludunt: & ſtatuto, fœminas excludente, maſculis legitimè natis exiſtentibus, comprehenduntur.

273 Utrum matrimonium intermedium impediat legitimationem prolis per ſubſequens matrimonium.

274 Extremorum habilitas ſufficit.

275 Impedimentum cauſatum facto hominis, ſuperveniens medio tempore, extrema conjungi non impedit.

276 Lege non diſtinguente, nec nos diſtinguere debemus.

277 Subtilitas nimia à conſulentibus & judicantibus fugienda.

278 Quatenus in legitimatione affectio concubinaria continuata, ſit tranſmutanda in maritalem: item quinam appellatione nuptiarum veniant tantùm primæ.

279 An & quatenus per ſubſequens matrimonium legitimatus, jure primogenituræ gaudeat, remiſſivè.

280 Legitimati per reſcriptum Principis, quando ſuccedant ſuis parentibus.

281 Ad hanc legitimationem quæ requirantur.

282 Nunquid ſi pater (legitimatione liberorum naturalium per Imperatorem factâ) uxorem ducat, & ex eâ liberos legitimos ſuſcipiat, legitimatio revocetur, & irrita fiat.

283 Quæ ritè conſtituta ſunt, durant: licèt poſtea exiterit caſus, à quo initium capere non potuerunt.

284 Filium temporalem habere nemo poteſt.

285 Quod perfectum eſt, ex poſt facto irritum fieri non debet.

286 Legitimatio per ſubſequens matrimonium non fit irrita, tametſi poſtea patri liberi legitimi naſcantur.

287 Nativitas liberorum legitimorum non eſt modus ſolvendæ patriæ poteſtatis.

288 Redarguitur Tiraquellus.

289 Legitimationis effectus cenſetur patria poteſtas.

290 Liberi reſcripto legitimati, nihil à legitimis liberis differre dicuntur.

291 Naturales liberi per iſtum legitimationis modum & naturæ, & ingenuitati, & juri legitimo reſtituuntur.

292 Pœna eſt delicti vindicta.

293 Sine lege loqui erubeſcimus: & n. 211.

294 Legitimatio per Imperiale reſcriptum fieri nequit, ſi pater juſtos liberos habeat.

295 Factum legitimè retractari non debet, licèt caſus poſtea eveniat, a quo non potuit inchoari.

296 Furor contracta ſponſalia, vel matrimonium non diſſolvit.

297 Cæcus cæptum ante cæcitatem magiſtratum retinet.

298 Regula (quod ea, quæ ab initio conſtiterunt, irrita fiant, cùm eum in caſum recidunt, à quo incipere non potuerunt) in quibus caſibus obtineat.

299 In ſervitutis promiſſione quando perfectè ſervitus conſtituatur.

300 Regula (factum legitimè retractari non debere, &c.) in quibus ſpeciebus procedat.

301 Jus filiationis ſeparatum à jure ſucceſſionis.

302 Num agnatorum & cognatorum, qui poſt liberos legitimos ſucceſſuri ſunt, conſenſus ad legitimationem, quæ fit per Imperiale reſcriptum, deſideretur.

303 Ad adoptionem non requiritur agnatorum & cognatorum conſenſus.

304 *Jus in spe non est considerabile.*
305 *Utrum liberi naturales per rescriptum Principis, vel Comitem Palatinum legitimati, comprehendantur statuto excludente fœminas, extantibus masculis naturalibus & legitimis.*
306 *Legitimatio per rescriptum Imperiale, odiosa judicatur, liberis naturalibus & legitimis existentibus.*
307 *An liberi naturales, etiam legitimis extantibus, ab Imperatore interdum legitimentur.*
308 *Rescriptum Principis ita accipiendum est, ut aliis non præjudicet.*
309 *An spurii & cæteri, ex illicitis conjunctionibus orti, rescripto Principis legitimari possint.*
310 *Spurios lex Divina detestatur.*
311 *Ecquid concubinatus nostro seculo sit conjunctio illicita, ita ut liberi ex eâ prognati, spuriis connumerari debeant.*
312 *Adulterii pœna quæ sit.*
313 *De adulterio transigi non potest.*
314 *Liberi naturales nominatione suorum legitimi efficiuntur.*
315 *Utrùm naturales filii, per subsequens matrimonium le- gi- mati, in feudis succedant.*
316 *Distinctio quorundam inter veritatem practicam & -eoricam.*
317 *Non tam verba legum, quàm vis & potestas ear- -u attendenda.*
318 *Quotiescunque casus aliquis feudorum placitis -at est expressè decisus, ejus decisio ex jure communi -tenda est.*
319 *Accurata explicatio. c. 1. §. naturales, si -e feudo defuncti content. sit inter dom. & agnat. vas. r 26. lib. 2. F.*
320 *Impium est, de viventis hereditate s- citum esse.*
321 *Qui legitimi fieri dicantur.*
322 *Responsio ad quorundam objection-*
323 *Compilatores juris feudarii hau- dubiè cognitionem juris Romani habuerunt.*
324 *Jura canonica in usum prod- unt post consuetudines feudorum.*
325 *Quis Episcopus eligendus*
326 *In dubio juris sermone -æ admittenda interpretatio.*
327 *Statutum loquens de -time natis, etiam per subsequens matrimonium legi- -atos complectitur.*
328 *Dissolutio contrari- -im argumentorum*
329 *Negato genere or- -t ejus species negata intelliguntur.*
330 *Nulla patris va- -t ordinatio valet in feudis.*
331 *Intellectus N- -l. 89. c. 4.*
332 *An filius na- -alis, subsequenti matrimonio legitimatus, vel etiam æ- legitimationem, integræ famæ & existimationis esse -enseatur.*
333 *Vasall- -nvitis agnatis feudum alienare non potest.*
334 *Bona -dalia necessariæ restitutioni subjacent.*
335 *Qu- -stitutioni subjacent, ad alium transferri non possint.*
336 *- & quatenus una determinatio duo determinabilia æqualiter determinet.*
33- *-purii qui vocentur.*
3- *Spurii non patri, sed matri cum legitimis liberis rectè succedunt.*
-39 *Excipitur mater illustris, alios liberos ex justis nuptiis susceptos habens.*
340 *Argumentum à contrario sensu, in jure est fortissimum & frequentissimum.*
341 *In loco eminentiori positi delinquentes, majori pœnâ digni.*
342 *Spurii ad illustris aviæ, avique materni hereditatem non admittuntur.*
343 *Num filiæ spuriæ dos à patre debeatur.*
344 *Dos & alimenta æquiparantur.*
345 *Alimenta jure canonico debentur spuriis.*
346 *Liberi, ex damnato coitu procreati, qui dicantur.*
347 *Isti liberi neque patri, neque matri succedere queunt: iis tamen quædam alimenta debentur.*
348 *An damnatus censeatur coitus, si maritus, ex solutâ muliere prolem sustulerit.*
349 *In materiâ peccati juri canonico standum.*
350 *Ecquid liberi ex damnatis complexibus progeniti, etiam à successione transversalium, & contra, transversales ab eorum successione excludantur*
351 *Fundamento sublato, ædificium corruere necesse est.*
352 *Successio defertur ordine successivo.*
353 *Sine lege nihil asseverandum*
354 *Mens & sententia l. 2. & l. 4. ff. unde cognati.*
355 *Spuriorum vocabulum generale, propriè de vulgò quæsitis intelligitur.*
356 *Verba propriè, & secundùm communem loquendi usum accipienda.*
357 *Successiones juris sunt civilis.*
358 *Pœnalia jura restringi, & favores ampliare convenit.*
359 *Cessante causa, cessat effectus.*
360 *Pœna suos auctores debent comitari.*
361 *Liberi incestuosi & nefarii licet de jure civili alimentis indigni judicentur: jure tamen canonico iis alimenta à parentibus præstantur.*
362 *Legatum, alimentorum nomine incestuosis liberis à patre relictum, jure canonico valet: etiamsi testator non addiderit tali legato, se hoc vel illud alimentorum nomine relinquere.*
363 *Pater est debitor alimentorum necessarius.*
364 *Legata sunt interpretanda ex conditione legatarii.*
365 *Clausula (omni meliori modo & viâ, &c.) etiam testamento non inserta, subintelligitur.*
366 *Ascendentes sive parentes qui intelligantur.*
367 *Hi quomodo & quando suis liberis succedant.*
368 *Jus repræsentationis in ascendentium serie locum non habet: & num. 92.*
369 *Hereditas magis descendentibus, quàm ascendentibus, debetur, hujusque elegans ratio.*
370 *Pater vel avus paternus filio nepotivè intestatò defuncto, qui erat in potestate, unà cùm matre, avovè materno succedens, præter suam portionem, quam pleno consequitur jure, etiam usumfructum obtinet, donec vixerit, ejus portionis, quæ matri vel avo materno delata est.*
371 *Consideratio Novell. 118. c. 2. §. si verò, &c.*
372 *Num pater & mater, cæterique majores diversæ lineæ in gradu pares, æqualiter in omnia bona succedant: sive hæc bona à patre, sive matre ad filium pervenerint.*
373 *Hereditas omne jus, quod defunctus habuit, complectitur.*
374 *Indefinita oratio, à lege prolata, universali æquipollet: & num. 70.*
375 *Lex generaliter & indistinctè loquens, generaliter indistincteque accipienda.*
376 *In delatione hereditatis quid spectetur.*
377 *Intellectus genuinus l. quod scitis. 3. vers. sin autem. C. de bonis quæ liberis, &c.*
378 *Intellectus §. 1. supr. per quas person. cuique acquir.*
379 *Utrum ascendentes in bonis feudalibus, liberis suis succedere queant.*
380 *Quid inter dominum & vasallum in primâ investiturâ videatur actum.*
381 *Quibus casibus parens defuncto suo filio in feudum suceedat.*
382 *Primus casus.*
383 *Secundus casus.*
384 *Tertius casus.*
385 *Quartus casus.*
386 *Si cum ascendentibus defuncti fratres & sorores ἀμφιθαλεῖς concurrant, quomodo inter eos hereditas dividenda.*
387 *Fratrum & sororum prædefunctorum liberi, utrinque conjuncti, cum ascendentibus, ob jus repræsentationis, in stirpes vocantur.*
388 *An defuncti frater utrinque conjunctus, avo suo præferatur.*
389 *Proximus gradu quis dicatur.*
390 *Mater ad secundas nuptias procedens, eorum, quæ ex paternâ substantiâ ad filium pervenerint, usumfructum quidem consequitur; proprietatem verò amittit.*
391 *Ecquid idem ad patrem, ad secunda vota convolantem, sit porrigendum.*
392 *Novæ nuptæ & bona & animum & vitam suam, novis maritis addicere præsumuntur.*
393 *Mater filio suo impuberi tutorem non petens, ab ejus hereditate removetur.*
394 *Idem est, si turpem ac luxuriosam vitam elegerit.*
395 *De successione parentum adoptivorum.*
396 *Quomodo parentes succedant filiis naturalibus tantùm.*
397 *Jura successionum correlativa sive reciproca esse solent.*
398 *Correlativorum idem est jus, & doctrina.*
399 *Parentes naturales quomodo filiis suis legitimatis succedant.*
400 *Mater, cùm semper certa sit, filiis vulgò quæsitis succedit: non item pater.*
401 *Parentes, qui liberos ex damnatâ consuetudine susceperunt, eorum successione prorsus indigni judicantur.*
402 *Transversales sive collaterales qui appellitentur.*
403 *Fratres ac sorores, defuncto ex utroque parente conjuncti, reliquis omnibus, ab uno latere venientibus, præferuntur: exceptis solis fratrum sororumque liberis.*
404 *Jure feudali frater consanguineus unà cum fratre utrinque juncto succedit.*
405 *Agnationis solius in usibus feudorum ratio habetur.*
406 *Demortui fratris filii unà cum patruo succedunt in feudum paternum: & quidem in stirpes.*
407 *Frater, fratri in antiquum feudum succedens, quomodo succedere dicatur.*
408 *Utrum id: quod dicitur, fratris filios cum patruo suo in defuncti patrui feudum paternum succedere, non solùm in feudo simpliciter hereditario, sed etiam in feudo, quod est ex pacto & providentiâ itemque mixto procedat.*
409 *Agnati quo respectu in paternum feudum succedant.*
410 *Agnatus agnato defuncto in feudum novum omnino non succedit.*
411 *An, & quibus casibus etiam novum feudum ad vasalli defuncti agnatos transeat.*
412 *Casus primus.*
413 *Casus secundus.*
414 *Casus tertius.*

415 *Casus*

Digitized by Google

415 Caſus quartus.
416 Caſus quintus.
417 Natura cujusque feudi, pacto inveſtituræ poteſt immutari.
418 Quisque rei ſuæ legem dicere poteſt.
419 Donatio mortis cauſa ita fieri permittitur, ut nullo caſu ejus ſit repetitio.
420 Illud etiam, quod eſt novum, quandoque habetur pro antiquo.
421 Num pactum iſtud, ut feudum novum cenſeatur jure paterni feudi, rei veritatem immutet.
422 Ecquid duorum pluriumvè fratrum filii, numero diverſi, ſolique exiſtentes, defuncto patruo ſuo in ſtirpes, an in capita ſuccedant.
423 Fratrum filios ſolos in capita ſuccedere etiam in feudis, qui Interpretes cenſuerint.
424 Textibus, jure noviſſimo ſpecialiter non correctis, meritò ſtatur.
425 Hereditas inter eos, qui pari gradu diſtant, pariter dividenda.
426 Quando diviſioni in ſtirpes ſit locus.
427 Senſus & expoſitio Novell. 118. c. 3. verſ. ſi autem defuncto, &c.
428 Intellectus d. Novell. 118. cap. 3. verſ. unde conſequens. &c.
429 Intellectus dicti cap. 3. v. illud palam eſt, &c.
430 Intellectus d. c. 3. v. hujuſmodi verò, &c.
431 Particula tunc extremitatem temporis ſignificat.
432 Enodatur d. Novell. 118 verſ. ſi verò neque fratres &c.
433 Conſideratur §. cùm filius. 6. hoc tit.
434 Ecquid unius & ejusdem hominis hereditas modò in ſtirpes, modò in capita dividi queat.
435 A ſeparatis nihil validè infertur.
436 Conſideratio & ſenſus Auth. ceſſante. C. de legit. heredib.
437 Duorum fratrum liberi, ſi ſoli ſint, etiam patruo ſuo magno in capita ſuccedunt.
438 Fratres legitimi tantùm, item naturales tantùm, & ex conjunctione damnatâ nati, an & quatenus mutuo ſucceſſionis jure utantur.
439 Quomodo ſuccedatur, ſi defunctus fratres ſororesvè utrinque conjunctos conjunctasve non reliquerit.
440 Fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici vinculo concurrentes, quomodo ad hereditatem vocentur.
441 Quomodo ſuccedendum ſit, ſi defunctus fratrem conſanguineum, & uterinum reliquerit.
442 Correctio eſt odioſa, adeòque vitanda.
443 Omiſſum à legibus, pro omiſſo habendum eſt.
444 Ea opinio verior præſumitur, quæ à majori DD. parte approbatur.
445 Communis opinio vim conſuetudinis obtinere dicitur.
446 An fratres utrinque conjuncti excludant fratres, ex altero tantùm parente junctos, in ſucceſſione nepotis ex fratre prædefuncto.
447 Priores in gradu, potiores ſunt in ſucceſſione, & pares in gradu pariter quoque ſuccedunt.
448 Num frater patruelis, ſive conſobrinus utrinque conjunctus, præferatur defuncti patruo aut avunculo ex uno latere conjuncto.
449 Agnati & cognati hodie ſimul, nullo inter eos habito diſcrimine, ſuccedunt.
450 Proximiores agnati aut cognati, ulteriores excludunt.
451 Nulla hodie ſexus differentia obſervatur.
452 Collaterales omnes, præter fratres & fratrum filios, ſuccedunt in capita.
453 Perſona duplici ratione defuncto conjuncta, duas hereditatis partes auferre poteſt.
454 Quo caſu duplex qualitas in unâ eâdemque perſonâ concurrit, illa perſona pro duabus perſonis reputatur.
455 Una eademque perſona, diverſo reſpectu cenſetur diverſo jure.
456 Sicut etiam una eademque res, diverſis reſpectibus diverſo jure cenſetur.
457 Duæ qualitates in eâdem perſonâ ſimul concurrentes, quarum quælibet per ſe ſuum poteſt operari effectum, ſibi invicem non derogant.
458 Exercens duas diverſas artes mechanicas, ad onera & ſtatuta utrinsque Collegii obligatur.
459 Contrariorum eadem ratio & diſciplina.
460 Sententia l. ſi ita ſcriptum 13. ff. de liber. & poſthum.
461 Quando pluribus eadem quantitas promittitur: pro perſonarum numero quantitas promiſſa inter eos dividenda eſt.
462 Item quando pluribus eadem res in teſtamento legata eſt: ad partes viriles rei legatæ vocantur.
463 Argumentum ab ultimâ voluntate ad legem, vel contrà, jure receptum eſt.
464 Res eadem bis debetur ex diverſis cauſis, quæ non ſunt invicem incompatibiles.
465 Quando duæ ſunt obligationes paris poteſtatis: non poteſt altera conſumi per alteram.
466 Quotiescunque uni eidemque una eademque hereditas ex duabus defertur cauſis: toties lucri multiplicatio contingere poteſt.
467 Accurata explanatio Auth. poſt fratres, fratrumque filios. C. de legit. hered. & Nov. 118. c. 3. § ſi verò neque fratres, &c.
468 Frater germanus quis dicatur, qui item conſanguineus, & uterinus.
469 Fictio non poteſt fingere ſuper impoſſibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit.
470 Duplicitas vinculi quatenus ultra fratres fratrumque filios non ſit conſideranda.
471 An & quatenus duæ cauſæ lucrativæ in unâ eâdemque perſonâ, eodem tempore concurrere poſſint.
472 Ecquid collateralium ſucceſſio decimo gradu ſit circumſcripta.
473 Explicatio §. final. inſt. de ſucceſſ. cognator.
474 Cognati hodie in ſucceſſionibus exæquati ſunt agnatis.
475 In feudis etiam omnes, qui gradus proximitatem docere queunt, ſuccedunt in infinitum: ut collaterales in bonis damnatorum non ſuccedunt.
476 Conjuges quando ſibi invicem ſuccedant.
477 Conſortem conſorti, fiſco excluſo, ſuccedere conſtat.
478 Conſortes qui appellentur.
479 Conjuges ſanguine invicem conjuncti, quomodo ſuccedant.
480 Utrùm & quatenus, matrimonio ſine dote contracto, ſuperſtes conjunx, inopiâ laborans, unà cum liberis prædefuncto diviti ſuccedat.
481 Pacta dotalia, bonis moribus non repugnantia, obſervari debent.
482 Numquid portio illa, quæ conjugi ſuperſtiti debetur, per teſtamentum alterius conjugis auferri poſſit.
483 Legitimam parens ſine cauſâ juſtâ liberis teſtamento detrahere nequit.
484 Quatenus uxor, pro conſequendâ quartâ totius ſubſtantiæ, bona à marito alienata revocare valeat.
485 Si ſtatuto caveatur, maritum non poſſe uxori ultra quartam, jure communi debitam, aliquid relinquere: an idem obtinere debeat in uxore.
486 Statuta ſtricti ſunt juris, eorumque verba ad literam accipienda.
487 Statutum in uno ex correlativis diſponens, & in alio diſponere cenſetur.
488 Utrùm ſocer ad nurûs ſuæ hereditatem, fiſco excluſo, admittatur.
489 Soceri vitrici, novercæ, privignique nomina ex matrimonio derivantur.
490 Succeſſio privigni non debetur vitrico, quemadmodum nec hereditas novercæ debetur privigno.
491 Jure Würtembergico quomodo conjunx ſuperſtes defuncto ſuccedat.
492 An & ſponſa, reliquis ſucceſſoribus deficientibus, ſponſo ſuccedat.
493 Nuptias non concubitus, ſed conſenſus facit.
494 Sponſus, non conſummato matrimonio, accuſationem adulterii inſtituere poteſt.
495 Donatio inter virum & uxorem prohibita, etiam inter ſponſum & ſponſam prohibita judicatur.
496 Commodum ſequi debet eum, ad quem incommodum pertinet.
497 De ſucceſſione fiſci.
498 Fiſcus unde nomen habeat.
499 Fiſcus quid ſignificet.
500 Fiſcus olim ab ærario diſtinctus.
501 Fiſcus quatenus ad vacantia defuncti bona admittatur.
502 Hereditates, quæ filiis reorum perduellionis deferuntur, cui applicentur.
503 Quibus ex cauſis bona alicui, ut indigno, auferantur, remiſſivè.
504 An tutor pupillo, ſine cognatis defuncto, ſuccedat.
505 Legitima hereditas ſolâ lege defertur.
506 Hereditas extraneis datur teſtamento: non item ab inteſtato.
507 Nutritor puero, quem gratis educavit, non ſuccedit.
508 Tutor gratis adminiſtrare tutelam tenetur.
509 Mens & intellectus l. quo tutela 73. ff. de reg. jur.
510 Quatenus fiſcus, poſt agnitionem bonorum, teneatur creditoribus.
511 Utrùm fiſcus, in bona vacantia ſuccedens, legata & fideicommiſſa teſtamento vel codicillis relicta, præſtare cogatur.
512 Regula (ſi nemo hereditatem adiit, nihil in teſtamento ſcriptum debetur) quando officium ſuum perdat.
513 Quibus juris remediis hereditatem, ab inteſtato ſibi delatam, quiſpiam conſequi poſſit.
514 Si res per ſucceſſionem legitimam pervenerit ad heredes, num in alienas manus (in andere hænd) perveniſſe cenſeatur.
515 In contractibus magis voluntas contrahentium, quam verba, conſideranda.
516 Contractus regulariter ad & contra heredes tranſeunt.
517 Notariorum clauſula, in inſtrumento heredum mentionem faciens, ſuperflua videtur.
518 Qualibet pactio reputatur in dubio realis, ſicque tranſitoria ad heredes.
519 Contrahentes & ſibi, & ſuis heredibus proſpexiſſe præſumuntur.
520 Defunctus & heres habentur pro unâ eademque perſonâ
521 In pactis & ſtipulationibus verba dubia contra ſtipulatorem interpretanda.

Digitized by Google

522 *Alienatio, quæ fit per successionem legitimam, non est hominis sed legis.*
523 *Mors omnibus necessaria.*
524 *Filius libertæ succedit matri, in re alienari prohibita extra liberorum familiam.*
525 *Prohibita alienatione per legem, aut per hominem, successio legitima prohibita minime intelligitur.*
526 *Quibus modis aliquis ab intestato succedere dicatur.*
527 *An pupillus, furiosus, &c. intestatorum appellatione in statuto contineantur.*
528 *Num & is dicatur intestatus, qui testamentum facere non potuit.*
529 *In statutis communis loquendi usus observandus.*
530 *Omnis hereditas defertur aut ex testamento, aut ab intestato.*
531 *Statutum odiosum, in benigniorem partem accipiendum.*
532 *Principalis ratio statuti semper consideranda.*
533 *Voluntatem suam secundum leges moderari quisque præsumitur.*
534 *Verba statuti in propria significatione accipienda.*
535 *An is, qui codicillos fecit, testatus decessisse putetur.*
536 *Hereditas codicillis non datur, nec adimitur.*
537 *Varia sunt: aliquid omnino non fieri, vel minus ritè & solenniter fieri.*
538 *Testamentum quomodo rumpatur, vel irritum fiat.*
539 *Heres caput ac fundamentum totius testamenti.*
540 *In dubio quis [illegible] intestatum decessisse.*
541 *Quæ in facto consistunt, non præsumuntur.*

1 UTilitas, de successione legitima sive ab intestato,
tractatûs, cujus interpretationem (Christo duce, & auspice Christo) aggredior, non eget commendatione. Ipse enim (ut Ulpianus de Titulo Pandect. *de in integrum restitutionib.* scribit, *in l. 1. ff. eod. t.*) se ostendit. Nam nulla pene juris civilis materia reperitur, quæ tam crebrò in foro occurrat & ventiletur, quæque tam multiplicem habuerit mutationem ac varietatem, quam præsens, de hereditate legitima materia; quæ tota in pluribus quasi reformata est, ut constat ex *Novell.* 118.
2 & ex inferiùs dicendis luculentiùs apparebit. Cùm igitur hujus materiæ usus frequens & quotidianus, atque ob id perfectior ejus cognitio prorsus necessaria, & maximè fructuosa sit, *arg. l. legavi. 25. ff. de liberat. legat. l. 1. in pr. ff. de just. tut. & similium allegatorum suprà ad §. fere. 12. n. [illegible] de rer. divis. &c.* operæ curæque pretium me facturum existimo; si priusquàm textum tituli suscipio explicandum, de ratione ordinis sive continuatione, atque nonnullis eò pertinentibus; deinde de sententia juris novissimi (quod, recisis omnibus antiqui variique juris ambagibus & sinuosis anfractibus, certum aliquem & simplicem succedendi ordinem breviter præscribit)
3 more aliorum Interpretum, verba fecero. Ratio autem ordinis pendet ex *§. ult. s. tit. per quas personas cuique acquiritur.* ubi expressum est, duplicem esse conditionem here-
4 ditatis. Vel enim defertur ex testamento, quæ testamentaria; vel ab intestato, quæ legitima & justa appellitatur. *l. legitimam. 8. ff. de petit. heredit. l. 3. §. 2. ff. pro socio. l. 2. §. legitima. 4. ff. de suis & legit. heredib. l. 2. §. 1. vers. mater enim ff. qui petant. tutor. vel curat. l. in plurimum. 70. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. quod autem. 6. §. 2. ff. quæ in fraud. creditor. facta, & c. l. si curatoris. 9. C. de jure deliberandi.* Et quia in præcedenti libro (*à titulo numero. 10. de testament. ordinand. usque ad tit. 20. de legat.*) de hereditate testamentaria, id est, eà, quæ ex testamento ad nos pertinet, expositum est: restat nunc, ut & de legitima, hoc est, de eà, quæ solà lege ab intes-
5 tato obvenit, agatur. Unde legitimi dicuntur heredes, quibus ex solius legis dispositione hereditas defertur. *l. 2. §. ult. ff. unde legitimi. d. l. 2. in princ. & tot. tit. ff. de suis & legit. heredibus.* Et quanquam lege quoque obvenire ea hereditas dicitur, quæ ex testamento defertur: quia lege XII. Tabular. testamentariæ hereditates confirmantur. *l. lege obvenire. 130. ff. de verbor. significat.* id tamen non fit immediate & principaliter, sed latè sive mediate & per consequentiam, nempe per voluntatem hominis testamento declaratam. Qua de re copiosè & variè *disputans Donell. lib. 9. Comment. de jure civ. cap. 1. circa princ. ibique ejus Enucleator Hilliger in suis notat. ad lit. C. Alciat. & Goddæus ad d. l. lege. 130. num. 3. & seqq. ff. de verb. signif. idem Alciat. lib. [illegible] paradox. c. 7. Borch in tract. de gradib. c. quotuplex sit hereditas. pag. 151. Nicol. Belloni. lib. 3. suputat. jur. c. 7. Pinel. ad l. 2. num. 7. C. de bon. matern. Valent. Forster. in tract. de successionib. ab intestat. lib. 1. cap. 17. n. 14. & multis seqq. Gulielm. Forster. lib. 3. disp. 15. th. 3. Fachinæus lib. 6. controversiar. jur. cap. 41. Arumæus Exercitat. Justin. 11. th. 2. Vultejus hic n. 1. & Heigius cap. 2. n. 8. cum seq. Henningus Wegnerus disp. 9. ad Institut. th. 1. lit. b. Tinius Faber. disput. 21. ad Instit. Imperial. th. 2. Zabelius Exercitat. feud. 6. concl. 1. lit. a. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 1. & in resolut. ad vol. 2. Treutler. Disput. 16. th. 1. lit. B. quæst. 3. & 4. pag. 190. cum seq. & ibid. Bachovius in suis not. pag. 982. Ungepaur exercit. Justin. 9. q. 2. pag. 384. & seq. edit. ult. aliique ab istis allegati.* Atque prædictum ordinem, ut videlicet prius de hereditate ex testamento, & posteriùs de hereditate ab intestato explicetur, ipsa lex XII. tabularum proposuit, eamque Prætor in edicto est secutus, *l. 1. ff. si tabulæ testam. nullæ extabunt.* ac proinde eundem ordinem & Jurisconsulti in suis libris, ut Ulpianus *in lib. regular.* ut Paulus *in lib. sententiar. &c.* & Imperatores, ut Theodosius *in C. Theod.* & Justinianus in tribus suis libris, *Inst. ff. & C.* recte sunt secuti, tam in hereditatibus, quam in tutelis & bonorum possessionibus explicandis, *l. si quis sub conditione. 11. ff. de testam. tutel. d. l. 1. ff. si tabul. testam. nullæ extab. & docet hic D. Cuspinian.* Cur autem priùs 6
de causa testati, & posteriùs de causa intestati disseratur, tam jure civili, quam Prætorio, ratio satis perspicua est, quam & suprà *initio t. de testament. ord.* attigimus: quia quamdiu speratur heres ex testamento, cessat successio legitima sive ab intestato. *l. quamdiu. 89. ff. de reg. jur. l. quamdiu. 39. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & l. antequam. 8. C. communia de successionibus.*

Porrò ad hunc titulum, & proximè subsequentes quod 7
attinet: eorum hic est ordo, ut pro gradibus successionis tituli ordine disponantur. Facit verò tres Imp. Justinianus gradus seu ordines: liberorum sive suorum: agnatorum seu legitimorum: ac cognatorum. Et ad primum quidem gradum spectat hic primus titulus. Quamvis enim is universæ hereditatis ab intestato explicationem polliceri videatur: sub eo tamen de liberorum duntaxat successione tractatur: adeoque plus est in rubro, quàm in nigro, *uti loquuntur.*: & inscriptio generalior est, quàm quæ subjectæ materiæ conveniat, *ut bene Antonius Matthæus hic animadvertit.* Ad secundum, agnatorum scilicet, gradum seu ordinem pertinet, titulus secundus, tertius, & quartus. Ad tertium, cognatorum nempe ordinem, pertinet titulus quintus, sextus & septimus, id est, ultimus hujus tractationis de hereditatibus ab intestato ingenuorum. Siquidem de libertorum hereditatibus sepa-
ratim agitur *infra tit. 8. de successione libertor.* Cæterum 8
cur universam hereditatis, tum testamentariæ, tum legitimæ materiam, Justinianus non fuerit uno eodemque libro complexus, videtur ideo factum esse: ut libri omnes numero titulorum sibi invicem ferme responderent; hoc est, ut omnium eadem propemodum crassitudo esset: quod nō erat futurum, si omnes acquirendi modi in unu & eundem librum compacti fuissent, *monente hic Anton. Matth.*

Quia vero ex modò dictis manifestum est: hereditatem 9
tantum testamento nobis deferri, vel ab intestato *d. §. ult. s. per quas person. cuiq. acquirit. l. 1. ff. de petit. heredit.* necessariò inde sequitur: pactis, contractibus aut conventionibus, tanquam contra bonos mores initis, eandem jure nostro civili deferri dative non posse, *per textus apertos in l. cum donationis. 34. in fine. C. de transactionibus. l. pactum quod dotali. 15. & l. fin. C. de pactis l. heredit. n. 5. C. de pactis convent. tam super. dote. & c. l. donari. 29. ad fuem. ff. de donationib. l. si quando. 35. §. 1. C. de inoffic. testam. l. ult. ff. de suis & leg. l. stipulat. hoc modo. 61. ff. de verb. oblig. l. ex eo. 4. C. de inutilibus stipulat. & l. pactum dotali. 3. C. de collationibus.*
Ejus autem, cur pacta seu conventiones istiusmodi de 10
futura alterius viventis hereditate, bonis moribus contrariæ videantur, atque hinc prohibeantur, rationes potissimùm tres afferuntur. I. est: quia pacta ejusmodi plena sunt tristissimi & periculosi eventûs; atque adeò votum captandæ mortis alicujus in se continent, *d. l. fin. C. de pact. l. de fide commisso. 11. C. de transactionibus.* II. Quia liberam testandi facultatem auferunt, *l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 10. ff. pro socio. d. l. pactum quod. 15. C. de pactis, ibique Bartol. Bald. Salicet. Jason & Donellus.* contra 11

sub-

ſubſtantiam ultimæ voluntatis, quæ ambulatoria eſt, us-
que ad ſupremum vitæ exitum l.cum hic ſtatus 32.§. pœni-
tentiam. 3. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. quòd ſi iterum.
4. ff. de adimend. vel transfer. legat. l. 1. C. de ſacroſanct.
Eccleſ. Georgius Natta in repetit.c. quamvis. n. 92.de pact.
in 6. & ibidem Joannes Renatus.n.2. & ſeqq. Alvarott.ad
c. 1. de filiis natis ex matrimon. ad morganaticam contracto.
in uſib. feud. Franc. Sonsbec. in Comment de feud. part.
9. n. 50. & ſeq. Borcholt. de pactis, c. 5. n. 60. 67. &
ſeqq. item in tract. de gradib. ſub c. hereditas pactis, con-
tractibus, &c. pag. 155. & ſeqq. Arumæus Exercit. Juſtin.
11. th.14. Bronchorſt. cent 1. ἐναντιοφανῶν, aſſert. 22.
edit.1. Forſterus Senior lib. 4. de ſucceſſionib. cap. 24. n.5.
& ſeqq. Hunnius d. lib. 3. var. reſolut. jur. civ. tract. 1.
quæſt. 13. Geddæus de contrah. & committ. ſtipulat. c. 6.
concluſ.7.n.6. & ſeqq. Forſterus junior in tract. de pact.c.6.
12 pag. 148 & ſeqq. III. ratio, eaque germana & genuina
hæc perhibetur: quia jus ſuccedendi dependet à jure pu-
blico, id eſt, ipſis legibus; ſive de teſtamentaria, ſive de
inteſtati ſucceſſione agatur. Nam lex XII. tabular. non
modò teſtandi licentiam civi Romano dedit, ſed etiam
hereditatum, heredumque ab inteſtato jura induxit. l.
teſtam. 3. ff qui teſtam fac. poſſ. l. verbis legis. 120. & l.lege
obvenire. 130. de verb. ſignif. Proinde vis & injuria fit
legibus, non ſolum ſi teſtandi libertas pactione aliquâ
conſtringatur: ſed etiam ſi per pactum quis impediatur ab
inteſtato ei ſuccedere, cujus vel filius ſit, vel proximus
agnatus. Ex legibus enim prima liberorum cauſa eſt in
ſuccedendo: ſi ſuus heres non ſit, agnatus proximus
13 habere familiam jubetur. Atqui tritum illud & pervul-
gatum eſt: privatorum pactionibus juri publico derogari
nec poſſe, nec debere. l.jus public. 38.ff de pact.l. Neratius
20. in princip ff. de religioſ. & ſumptibus fun l.1.§.ſi inter 9.
ff.de magiſtrat.conveni.l.quod bonis 15.§.1.ff.ad leg.Falcid l.
Cerdonem 42.ff. de oper. libert. Igitur non magis fieri po-
teſt, ut valeant pactiones de non ſuccedendo, quàm quæ
ſunt de ſuccedendo.d.l pactum dotal.3.C de Collationib.l.ſi
quando.35.§.illud C.de inoffic.teſtam.l.fin ff. de ſuis & legi-
tim. hered.latè Anton.Faber de error. pragm. decad.12.err.
4. & decad 14. err. 1. item Conjectur. jur. lib. 14. c. ult.
Peregrin.de fideicommiſſ.art.51.n.24. Heigius part.1.quæſt.
23.n 8 & ſeq. eoſque citans Caſpar Schifordegher. lib. 1. ad
Anton.Fabr. tract 29 quæſt.1. & 2. Quos noviſſimè repre-
hendit Hunnius d. l. 3. tract. 1. quæſt. 17. Eadem de re vi-
deantur Reguer. Bachov. Echt. in lib. uno diſp. miſcell. de
variis jur. civil. materiis cap.13. & vol.1.diſp.6.th.8 lit.a.
Joh. Gœdd. de Comment. d contrah. & committ. ſtipulat.cap.
6.concluſ.7 n. 62 & 106. Theod.Reincking. in tract. de
regim.ſecul. lib. 1. claſ. 4. c. 18. n. 1. Hen. Bocer. de jure
ſuccedendi in feud. cap. 2. quæſt. 1. pag. 58. cum ſeqq.
Hieron. Gabriel. conſil. 537. n. 4. vol. 1. eoſque citans
Anton. Bulkeus diſcurſ. 6. de pacto affirmativo. concluſ. 7.
p. 393. Quibus etiam adjiciendus eſt Timæus Faber
diſput. 21. ad Inſtit. Imperial. th. 12. Georgius Frantzkius
exercitat. jurid. 8. quæſt. 10. pag. 245. & ſeqq. itemque
Jacobus Cancerius part. 3. var. reſolut. jur. cap. 7.n.127.
14 cum ſeqq fol 175. & ſeqq. Huic ſententiæ primò non obſtat
l.1.in pr. & l juris gentium.7.§.ait Prætor.7 ff.de pactis. ubi
dicitur nihil tam congruum eſſe fidei humanæ, quàm
ea, quæ inter homines placuerunt, ſervare. Nam re-
ſponſio ex d.l.7.§. 7. evidenter pateſcit, ubi Prætor ait,
ſe ea pacta ſervaturum, quæ neque dolo malo, neque
adverſus leges, plebiſcita, ſenatus conſulta, edicta
Principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt.
15 Secundò non reſiſtit l. 1. & l. cum proponas. 16. C.
de pact. item l. de fideicommiſſo. 11. C. de tranſactionib. ex
quibus evincitur, pactiones ſuper hereditate futurâ fac-
tas valere. Etenim hæ leges loquuntur de fideicommiſſa-
riâ hereditate, de quâ pactiones factæ ideo valent: quòd
improbabile votum captandæ mortis alterius tollere exiſ-
timantur, d. l. de fideicommiſſo 11. C. eod. Deinde in al-
legatis legibus non agitur de hereditate, vel alio jure vi-
ventis, ſed de relicto conditionali, quod jam ex bonis
defuncti receſſit. Verùm iſtas tres leges explicatiùs enodat
Borcholt. d. tract. de gradib. pag. 158. & ſeqq.
16 Tertiò non adverſatur l. licet. 19. C. de pact. ubi pactum
de futurâ ſucceſſione permittitur. Hæc enim lex diſertè
tractat de militibus ſive commilitionibus, inter quos pac-
tum de mutuâ & viciſſitudinariâ ſucceſſione toleratur, ſi
eo tempore, quo ad diſcrimen prælii pergunt, factum
fuerit. Et ſanè valet ea diſpoſitio, non ut pactum, ſed ut 17
teſtamentum militare: cùm voluntas militum quoquo
modo declarata, pro juſto teſtamento habeatur, initio tit.
ſ. de militari teſtament. l.1.circa princ. ibi, ut quoquo modo
teſtati fuiſſent, &c. ff. de teſtam.milit. Conſtant. Harmenop.
lib.1. Epitom. tit.9. Vide Bolognet. & Joan. Dauth.in repetit.
l.fin.num.21. C.de pact. eoſque referentem Hartman. Piſto-
ris. lib. 4 quæſt. 1. num. 19. & quæſt. 2. num. 36.
Quartò nihil movet l.ult.C.de pact. ubi duo aut plures, 18
ad quos hereditas tertii alicujus, eo mortuo, perventura
ſperabatur, pacti inter ſe ſunt de hereditate ejus, certo
modo dividendâ: & decidit Juſtinianus, pactionem hu-
juſmodi eſſe validam, ſi tertius ille conſenſerit diviſioni,
& in eo conſenſu uſque ad extremum vitæ ſuæ ſpatium
perſeveraverit. Ea namque pactio idcirco valet, quòd
ad eam acceſſit voluntas ejus, ſuper cujus hereditate
pactio facta eſt, quæ poſtea toto vitæ tempore mutata
non fuit. Et periculum captandæ mortis illi, qui pac-
tionem iſtam ſuo conſenſu approbavit, planè minuitur:
propterea quòd, ſi quid metuat à paciſcentibus, ipſi
evitare liceat, ſi teſtetur, ſe non ampliùs conſentire.
Quod facere non poteſt, qui pactum de ſuis bonis eſſe
interpoſitum ignorat. Hinc prævisa minùs tela nocere
ſolent. Gedd. de contrah. & committ. ſtipul. d. c. 6.num.
100. Hunn. d. lib. 3. variar. reſolut. jur. civil. tract. 1.
q. 14. ubi id explanatiùs perſequitur.
Quintò non refragatur l. ea verò. 3. §. de illo quæritur. 19
2 ff.pro ſocio. ubi ſocietas, quam duo coierunt de here-
ditate futurâ, valet. Quandoquidem illic ſocietas non de
alicujus certi hominis hereditate vel ſucceſſione, ſed
generaliter hoc modo contracta fuit: Si qua juſta here-
ditas alterutri obvenerit, communis erit. Hæc conventio
nihil vitii habet: quia perſonæ certæ nomen non adſcri-
bitur; ac hominis incerti, quem ignoro, mortem cap-
tare non poſſum, argum. §. incertus. 25. ſ. de legatis.
Eâque de re videatur Donellus & Gilkenius num. 26.in d.l.
ult.C.de pact.
Sextò nihil obeſt d.l.juris gentium.7.§ penult.ff.de pact. 20
ubi patre adhuc vivo, filius de ejus bonis paciſcitur.
Quia ibi filius familias paciſcens cum creditoribus pater-
nis, ne totum, quod pater ipſis debet, petant; ſed
certâ tantum parte crediti contenti ſint, paciſcendo non
minuit bona parentis viventis, nec in alium transfert:
ſed potiùs bona exonerat, atque libera facit: proindeque
id genus pacti ſuſtinetur. Cæterùm ſi diminueret bona
parentis adhuc viventis; ut ſi quid promitteret ex bonis
patris vivi, aut ſi quid donaret: nulla promiſſio, nullaque
donnatio eſſet, prædictâ l. donari 29.§.ult.ff.de donationib.
Septimò non contrariatur l. 2.§.illud 2. ff. de heredit.vel 21
act.vend. ubi Ulpianus reſpondet, quòd in venditione he-
reditatis teſtatoris veniat etiam hereditas impuberis, ma-
ximè ſi jam delata ſit. Ex quo colligi videtur, etiam vendi
poſſe impuberis hereditatem, licèt nondum delata ſit, hoc
eſt, licèt filius impubes adhuc vivat. Lex, inquam, iſta non 22
contrariatur. Etſi enim vocula, maximè, plerumque eſt
comparativa & implicativa, l. luminum 4.ff.de ſervitutib.
prædior.urbanor.l.cùm ex cauſa 30.ff.de re judic.l.ſi dolo.5.
C.de reſcind.vendit. nonnunquam tamen etiam reſtrictiva
eſt, & ponitur pro utique. Et ita in objectâ l. 2. §. illud.2.
ff. de hered. vel act. vend. uſurpari non dubitandum eſt.
Ideoque legis illius hic eſt ſenſus: In venditione heredi-
tatis teſtatoris venit hereditas filii impuberis, ſi hoc ac-
tum ſit; maximè, hoc eſt, utique, ſi jam delata ſit he-
reditas impuberis, id eſt, ſi jam filius impubes mortuus
fuerit. Deinde poſito, quòd particula iſta maximè, in d.
l. 2. §. 2. etiam vim implicandi habeat: non tamen
exinde rectè inferetur, de hereditate viventis nondum
delatâ, ſed futurâ, pactum eſſe initum: cùm & impu-
beris defuncti hereditas, licèt nondum ſit delata, vendi
poſſit: utputà ſi pendente conditione, ſub quâ heres
ſubſtitutus eſt impuberi, vendatur. Hunn. d. tract. 1.
quæſt.13.§.quod enim ad primum, &c.

Octavò

Digitized by Google

23 Octavò non obsistit *l.nam hoc modo.* 11.*ff. d.t. de hereditate vel act. vendit.* ex quâ etiam inferri posse videtur,
quòd hereditatis futuræ venditio admittatur. *Quoniam*
ibi (*ut & toto isto titulo*) sermo non est de hereditate futurâ, & obventurâ, sed de hereditate jam delatâ. Et hereditatem, quæ jam delata est, de cujus tamen viribus nihil
certi habetur, vendi posse non obscurum est. *Exempli
gratiâ*: Cajus mortuus est, ejus heres proximus est Pamphilus. At non constat, an Cajus multum in bonis reliquerit, an parum, an nihil. Pamphilus tamen heres Caji
proximus, hereditatem vendidit his verbis: *Si qua est hereditas Caji, erit tibi empta.* Hæc venditio subsistit: & si
multum est in Caji hereditate, hoc emptoris commodo
cedit: si parum, aut nihil in Caji hereditate est, emptoris est detrimentum. Ipse siquidem vires hereditatis ignorans, quasi spem hereditatis emit; hoc est, emit hereditatem sperans, in eâ multum esse. Et si spes emptorem
fallat: nihilominus emptio firma est: quia emptor spem
emisse videtur. *d.l.nam hoc modo.* 11.*ff. eod. l. nec emptio.*
8. §. 1. *ff. de contrah. empt.*

24 Nonò nihil urget *l. si quis servum.* 23. *ff. de actionib.
empt.* ubi cautio sive conventio super hereditate futurâ
licitè interponitur. *Quod* etenim ibi traditur eum, qui
servum cum peculio vendidit, & postea manumisit, emptori cavere debere, se restituturum quicquid ex hereditate liberti ad se pervenerit: id fit propter necessitatem venditionis præcedentis, contra cujus fidem fecit venditor,
dum servum manumisit: ac idcirco meritò dictam cautionem præstat. Inde autem neutiquam inferendum est, extra illum casum cautiones, pactiones vel conventiones super futura hereditate valere. *Vel planius* respondetur: in
casu *dictæ l* 23. pactionem idcirco valere; quia est de
hereditate non acquirenda, sed conservanda. Tales autem pactiones de jure valere ac subsistere, non dubitatur:
quoniam fiunt super jure paciscentis proprio, non super
alieno. Qui enim paciscitur, eam hereditatem sibi restitui,
quæ & sine pactione ipsi deberetur: de jure proprio sibi
competente paciscitur, de quo cuivis pacisci licet. *Idque
fusius explicat Hun. d.q* 13.*vers. ad tertium responden,* &c.

25 Decimò haud repugnat *l.quidam, cum filium.* 132. *ff. de
verbor. obligat.* ibi quidam (*verbi gratiâ*) Sempronius, cum
filium alienum susciperet, tradenti promisit certam pecuniæ quantitatem, si eum aliter, quàm ut filium, observasset.
Postmodum Sempronius filium domo propulit & abdicavit, vel moriens nihil ei in testamento reliquit: & Paulus
respondit, Sempronium contra conventionem fecisse, &
propterea stipulationem esse commissam. At verò promisit
ibi Sempronius, se filium alienum, quem susceperat, he-
26 redem instituturum. His etenim verbis: *si aliter eum, quàm
ut filium, observavero,* heredis institutio innuitur: cùm filius heres instituendus sit, vel exheredandus, *ut indicimus
s. initio tit. de exheredat. liberor.* Proinde Jurisconsultus
docet, nihil in testamento filio relicto, commissam esse
stipulationem. Unde concludendum videtur, super hereditate pacisci licitum esse. Haud, *inquam,* lex ista repugnat.
Nam hæc verba: *si aliter eam quàm ut filium, observavero;*
non apertè hereditariam successionem inducunt. Nec
enim Sempronius promisit, se filium quem suscepit, heredem in testamento scripturum. Si ita conventio facta esset,
filio postea in testamento præterito, stipulatio non commissa, sed potiùs inutilis esset, *præallegatâ l. stipulatio hoc
27 modo.* 61. *ff. de verb. obligationib.* Inducunt tamen dicta
verba tacite hereditariam successionem: eaque rata & firma est: quoniam multa quæ expressè fieri nequeunt, tacitè
facta valent, *l. si quis Sempronium.* 68 *ff de hered. instituend.
l. non minquis* 52. *ff de condit & demonstrat. l expressa* 195.
ff. de reg. jur. præsertim si justa & rationabilis subsit
causa, ut in propositâ conventione, quæ non tam ob id, ut
28 filius susceptus succedat, fieri censetur, quàm ut susceptus
filius exheredationis notam effugiat. Exheredationem
quippe notam esse, non incognitum est, *l. multi non notæ.*
18. *ff de liber. & posthum. heredib. instit. l. cum te pietatis* 18.
C. de inoffic. testamento. Reliqua huc facientia uberiùs explicant, *post alios,* Goeddæus, Johannes Borcholt. & Forsterus junior *locis suprà designatis.* Itemque Hartman.
Pistoris *d. lib. 4. quæstionum jur. q.* 1. & *seqq.*

Quanquam autem pactio, quæ de futurâ alterius non 29
consentientis hereditate consequenda fit, civili jure improbatur, *ut hactenus abunde ostensum est*: consuetudine tamen receptum putatur, ut de acquirendâ etiam hereditate futurâ pactum subsistat; quod, pluribus ad hoc citatis, testatur Menoch *consil.* 1.*n.*163. ubi ait, non tantum in
Italiâ, & Gallia, sed in Germania etiam longo usu receptum esse, ut de futura successione pacisci liceat. Idem testantur *Zasius in l. stipulatio hoc modo.* 61. *n.* 18. *ff. de verb.
obligat. Mynsinger. observat.* 33 *vers contraria tamen,* &c.
cent. 2. *Francisc. Marc. decis.* 136 *in sui part.* 1. *Anton. Tessaurus decis.* 225. *n.* 12. *Hotoman. cons.* 72. *Everard cons.* 136.
num. 12 *Arnold. Ferron. ad consuetud. Burdigalens. tit. de
testament.* § 22. *Eber. Leonin. cons.* 32. *num.* 12 *Rosenthal.
de feud. c.* 7. *axiom.* 57. *Aurpach. lib.* 2. *sing. allegat. cap.* 21.
bosque referens Petrus Heigius quæst. 23. *num.* 34. *part.* 1.
ubi inquit, adeò invaluisse statuta & consuetudines, pactis
de succedendo robur tribuentes, ut propemodum omnis
de eo dubitatio frustranea videatur. *Idem noviter tradidere Franciscus de Barry, in tract. de successionib.* &c *lib.* 2.
tit 3. *num.* 8. *Joan. Melbec. in Disput. de success. conv. th.* 13.
And. Schefer. lib. 2. *quæst. jur. pract.* 19. *num.* 14 *cum seqq.
Auctor consilii Argent.* 76. *n.* 1. *vol.* 1. *fol.* 1283. & *Bulæus
d. discurs.* 6. *de pacto affirmativo. conclus.* 11. *pag.* 396. Nec 30
oberit, si dicatur, isthanc pactionem contra bonos mores
esse; eòque consuetudine confirmari non posse, *d. l. stipulatio* 61 *ff. de verb. oblig* & *d l. donari* 29. *in pri. ff. de donationibus.* Rectè siquidem obtinuit, valere hujusmodi
consuetudinem. *Vigl. in §. accepsit. num* 9 *s. de testament.
ordinand. Valent Forster. lib.* 4 *de successionib ab intest. c.* 24.
n. 23 *Menoch. cons.* 92. *num.* 52. *Johan. Dauth. in tract.
de testament. cap. de mutandi testamenti potestat.* 131. *P.
Giligen de præscript. part.* 3. *c.* 3. *num.* 105. & *seqq. Dn.
Conrad David Magirus in eleganti Disput. de pactis success. th.* 3. *de Anno* 1605. *Respond. Joanne Seyfried. Fran.
Tiraq in Comment de jure primigenior. quæst.* 7. *ubi utramque in partem complures advocat.* Sicut enim scripta lege
certis in casibus pactum istiusmodi admissum est; *arg. d.
§. accepsit. s. de testament. ordinand.* & *d. l. licèt.* 19. *C. de
pact. cum similib.* ita etiam lege non scripta, quæ est consuetudo, idem pactum æquè potuit admitti, *per l. de quibus.* 32. *cum seqq ff de legib. l* 1. & 2. *C. quæ sit long. consuetud.* Et certe secundùm legem scriptam multis casibus 31
libertas testandi aufertur, *per §. non tamen.* 6. *vers. nam si
ideo s. quibus modis testamenta infirmantur. l. qui in potestate.* 6.
*ff. qui testam. fac. poss. tit. s. quibus ex causis manumittere
non licèt. t. t. s. de lege Fus. Canin. tollend.* & *t. t. ff. ad leg.
Falcid.* & *ad SC. Trebellian.* Huc pertinet, quod liber- 32
tus ita jubetur testari, ut dimidiam bonorum partem patrono relinquat, §. 1. *infr. tit. de successione libertor.* Sed 33
& hoc pacti genus per se, & suâ (*ut ita loquar*) naturâ
bonis moribus non est contrarium. Nam aliàs nullo unquam casu jure admissum esset: cùm naturâ turpe non possit non esse semper turpe. Quale enim quid suâ natura est,
tale semper & ubique est. Nec etiam votum illud captandæ mortis omnimodò & absolutè istis pactionibus inest:
cæteroquin Imp. Dioclet. & Maxim. nec sancivissent *dictam l. licèt.* 19. *C. de pact.* nec fidei commissum valuisset, *de
quo in d. l. de fideicommisso.* 11. *C. de transaction. d. l.* 1. &
d. l. cùm proponas. 16. *C. de pact.* nec testamentum per æs
& libram unquam substitisset: cum ideò sublatum sit, quòd
contra bonos mores civitatis esset, quasi votum captandæ
mortis inducens, *per notata Theophil.* & *Vigliii n.* 8 *in d. §.
accepsit s. de testam. ordinand.* Quid? quod omnia fidei
commissa, omnes substitutiones, imò omnia ab intestato
successionis jura ex eadem causâ e medio removenda essent.
Votum namque mortis captandæ quoddam non minùs
his casibus inesse, quàm in pacto de futura hereditate inito, intelligi potest. Sed nec etiam cum consensu ejus, de
cujus hereditate agitur, valere posset pactio: cùm ea etiam
votum quoddam captandæ mortis continere intelligatur:
quæ tamen apertè comprobata est, *d. l. fin. C. de pact.* Et 34
cum pacta affirmativa de successione, usu diuturno recepta esse constet, *per suprà notata*: inde haud dubiè colligitur, illam quoque de voto captandæ mortis præsumptionem sublatam, eique contrariam benigniorem introductam
esse;

esse: scilicet neminem tantæ fore impietatis, qui benefa-
ctori suo sit structurus vitæ insidias. Nec sane, licèt fre-
quentissima sint hujus generis pacta, tam atrocis exempla
sceleris apud nos audita meminimus. Hinc doctissimus
Covarruvias *de testament. 2. part. rubr. n. 15. vers. sed hæc
opinio, &c.* pereleganter in hæc verba scripsit: *Quòd si di-
xeris, occasionem captandæ mortis à lege tolli, atque impro-
bam, bonisque moribus contrariam refelli: fatebor utique oc-
casionem hanc lege improbari, quasi hoc ipsum Legumlatori-
bus utile visum fuerit, ne privatim vitæ humanæ insidiaretur:
nec confestim sequitur, id ita contra bonos mores esse, ut
peccatum sit, pacta prædicta iniri: cùm dicta occasio non sit
admodum crimini proxima, quippe quæ pravi animi præ-
sumptionem maximam exigat, quæ in Christianâ religione
non est faciliter admittenda.* Hæc Covarruvias. Et ideò
cum Jacobo Rickio *in tract. de unione prolium, c. 3. n. 62.*
non immeritò quispiam exclamabit: Quis ille est, qui
genus humanum incomperti cujusdam latrocinii reum
facere aggreditur? Iste enim metus in profligatissimos
tantùm & sceleratissimos homines cadit, qui insidias ob
leves res facilè struere solent his, quorum pactas vel de-
ferendas hereditates venantur: quorum etsi non desint
exempla apud Suetonium *in Galba, cap. 9. & in Caligula,
cap. 38. &c.* tamen heus tu,

Desine paucorum diffundere crimen in omnes.

35 Porrò tale de futura hereditate pactum, si jurisjurandi
religione corroboratum fuerit, circumscriptâ etiam con-
suetudine, robur ac firmitatem obtinere arbitror. Potest
enim sine dispendio æternæ salutis servari: nec etiam in
cujusquam, præter jurantis, præjudicium redundat: &
ideo servari debet, *c. cùm contingat. 28. in fin. ext. de jure-
jurand.* nec denique tale juramentum contra publicam
utilitatem esse, ulla ratione dici potest: ut ob id etiam me-
ritò observari debeat, *arg. c. sicut nostris. 27. ext. eod.*
Sed & si personam ejus, cujus gratiâ juratur, respiciamus;
quamvis canones (quos hac in quæstione sectamur) ad
jurantis personam respiciant, *arg. c. penult. in fin. ext. de
pignorib.* similiter non animadvertimus, aliquid subesse,
36 ob quod servari non debeat. Nam etsi jure civili con-
tra bonos mores ille facere dicitur: tamen qui vel sensum
communem sequuntur, negare non possunt, eum non
contra bonos naturæ mores quicquam facere, hoc est,
id quod naturâ turpe & peccatum est: sed tantùm contra
politicos ac civiles mores, id est, qui ratione alicujus loci,
aliarumque circumstantiarum pro malis habentur, *l. item
apud Labeonem. 15. §. meminisse. 23. in fin. & §. adjicitur. 38.
ff. de injur. cum similibus. pulchrè Rickius d. tract. de un. prol.
c. 3. n. 28. & seq. item c. ult. num. 18. & seqq.* Quapropter
minimè dubitandum est: hoc pactum juramento firmari
posse, *ut rectè censent Baldus in c. 1. §. moribus. si de feudo
defuncti contentio sit inter dom. & agnatos vasalli. tit. 26.
lib. 2. feud. Corneus cons. 257. lib. 3. Cepolla in tract. caute-
lar. caut. 112. n. 4. Aufrerius ad Capellam Tholosan. decis.
452. Cravet. cons. 139. num. 8. Joan. Campeg. in tract. de do-
te. q. 79. part. 5. Socin. jun. cons. 65. n. 49. lib. 1. Jason. in d. l.
stipulatio hoc modo 61. n. 11. ff. de verb. oblig. & consil. 60.
col. 2. lib. 3. Decius in d. l. pactum, quod dotali. 15. n. 2. C. de
pact. & cons. 516. n. 5. & cons. 656. n. 12. Guido Papæ consil.
31. & Menochius d. cons. 1. n. 167. & 169.* ubi hanc senten-
tiam communem pronunciat. Quod equidem (licèt eandem
veriorem esse omnino existimem, *per ea, quæ jam allata
sunt*) non ausim constanter affirmare. Plurimos enim tàm
veteres, quàm neotericos, generaliter contrarium asserere,
in aperto est; *Barthol. Salicet. & Sichard. n. 2. in d. l. pactum
dotali. 3. C. de collationib. Guil. Benedict. in c. Raynutius. in
verb. duas habens filias. n. 191. & seqq. ext. de testament.
Schurff. consil. 96. n. 29. & seq. Georg. Natta in c. quamvis
de pact. in 6. n. 97. ibique in addit. Matth. Boyss. & n. 100.
Ernestus Cothman. resp. 8. n. 23. Joan. Petr. Surd. cons. 133.
n. 9. Anton. Faber, de errorib. pragm. decad. 41. err. 5. hu-
jusque individuus comes Schifordegher. d. lib. 1. tract. 29.
quæst. 2. Bulleus d. discurs. 6. pag. 395. Jeremias Setser. in
tract. de juramento. lib. 2. c. 5. Fachinæus lib. 8. controvers.
c. 72. Joan. Baptist. à Villalobos in suis communib. opinio-
nib. verb. pactum. n. 1. Franc. Viv. lib. 1. commun. opin.
verb. pactum. n. 5. Caberius. decis. Pedemontan. 100. n. 12.
Fernand. Vasq. de success. creat. §. 18. num. 197. Curt. jun.
n. 5. Dauth. n. 15. Cagnol. num. 34. Bolognet. num. 27.
ad d. l. fin. C. de pact. Forster. senior d. lib. 4. de success. ab
intest. c. 24. num. 7. Michael. Grass. in lib. receptar. sent. §.
successio ab intestatò. quæst. 9. num. 7. Barthol. Kellenbentz.
de renunciation. succession. quæst. 1. n. 2. Nicol. Everhard.
consil. 7. num. 21. vol. 2. Hartman. Pistor. d. lib. 4. q. 1. num.
20. qui & alios citant.* Quibus etiam annumerantur,
*Covarruvias in d. c. quamvis. 2. part. init. n. 1. & Mynsin-
gerus resp. 49. num. 17. & 18. decad. 5.* quibus locis uter-
que, nescio quo errore, illam inter mores naturales seu ca-
nonicos & civiles distinctionem, ceu planè erroneam, ex-
plodit: cùm tamen nemo sanus possit inficias ire, pecca- 37
ta esse inæqualia: & aliud esse naturâ turpe, aliud lege
civili: & ea, quæ solâ dispositione legis putantur bonis
moribus contraria, sine dispendio salutis æternæ servari
posse, *per illa, quæ præclarè tradit Rickius d. tract. de
unione prol. c. 3. num. 27. & seq. & c. ult. num. 18. cum ali-
quot seqq. secutus Baldum, Jasonem, Paulum de Castro, Za-
zium & reliquos in l. pacta, quæ contra 6 C. de pactis. item
Gailium obs. 39. num. 15. lib. 2.* Nec etiam regula juris 38
canonici *in c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6.*
(quæ vult, non esse obligatorium, contra bonos mores
præstitum juramentum) alium sensum habet: cùm ejus- 39
dem juris regula sit: juramenta omnia, quæ sine dispen-
dio æternæ salutis servari possunt, custodienda esse, *d. c.
cum contingat. 28. ext. de jurejur. d. c. quamvis. 2. de pactis.
in 6.* Ideoque regula *dicti c. non est obligatorium.* de iis dun- 40
taxat moribus, qui naturâ sunt turpes, exaudienda est;
cùm de jure canonico dicatur id esse contra bonos mores,
cujus observatio peccatum inducit. *arg. d. c. cùm contin-
gat. in fin. ext. de jurejur. Dynus in d. c. non est obligatorium
de reg. jur. in 6. n. 7. Cepolla d. cautel. 112. n. 4. Menoch. d.
consil. 1. num. 168. aliique per eum relati.* Et quid multis?
Certissimi juris canonici est; juramentum, quod non
vergit in dispendium æternæ salutis, nec redundat in alte-
rius detrimentum, servandum esse, quicquid jus civile
disponat, *argum. d. c. quamvis. in fin. de pact. in 6. Ritters-
hus. lib. 3. different. jur. civil. & Canon. cap. 3. pag. 193.*
Quemadmodum verò secundum jus canonicum, etiam 41
in foro civili observandum, adeoque jus commune, pa-
ctum prædictum jure jurando confirmatum valet: ita
communi jure civili pactio judicatur legitima; quâ non
de totâ hæreditate & omnibus bonis in universum, sed
de quotâ bonorum, sive de certis quibusdam rebus vel
bonis, post mortem relinquendis, conventum fuerit: cùm
eo casu libera testandi facultas non auferatur, sed con-
stringatur solum: id quod jure prohibitum non inveni-
tur, *Bartol. Jason. & alii in d. l. stipulatio hoc modo 61. ff. de
verb. oblig. Baldus, Albericus. Cagnolus num. 99. & alii in l.
ult. C. de pact. Franc. Burgatus cons. 136. num. 37. cum seqq.
lib. 2. Curtius Junior consil. 81. num 2. Joan. Dilect. de arte
testand. tit. 2. caut. 10. Molin. consil. 15. num. 19. cum seq.
Hartmannus Hartm. forensium observ. lib. 2. tit. de pact.
observ. 3. ad fin. Andr. Gail. observ. 126. num. 8. & observ.
seq. num. 3. lib. 2. Franc. Vivius in commun. opinion lib. 1.
verb. pactum. n. 8. Baptista à Villalobos in communibus opinio-
nibus. lit. P. in princ. num. 4. Dn. Collega Besold. consil 33.
num. 27. vol. 2. pag. 47. Forsterus Senior d. lib 4. de successio-
nibus, c. 24. num. 12. & 13.* ubi etiam dissentientes allegat:
quibus adjiciendus est Fachinæus *lib. 5. controvers. jur.
cap. 84.* & Caspar Klockius *in tract. nomicopolit. de contri-
butionib. cap. 12. num. 112. & seqq. fol. 255.* Præterea jure 42
civili pactum futuræ successionis reciprocum sive mu-
tuum (*secundum communem Dd. traditionem*) non impro-
batur: putà si inter duos pluresvè actum sit, ut alterutro
sine liberis mortuo, bona ad superstitem perveniant, *ar-
gumento l. quòd autem. 7. §. si vir. 2. & l. ult. ff. de donatio-
nibus inter virum & uxorem. Marsilius singulari 333.
Francisc. Vivius in communibus opinionibus in verb. pactum.
num. 12. Tiraquell. d. Comment. de jure primigenior. q. 6. n. 5.
ubi plures citat.* Et meritò quidem. Nam hoc casu non pa-
ctum futuræ successionis simpliciter interpositum; sed po-
tiùs obligatio conditionalis, si alteruter sine liberis præmo-
riatur, contracta censetur: quæ obligatio, existente condi-
tione, ad tempus conventionis retrotrahitur, & pro purâ
habetur.

Digitized by Google

habetur, *l. necessariò. 8. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. habeant. & l. unic. C. ut actiones ab heredibus, & cont. hered. &c.* Unde pactum tale vim & speciem permutationis obtinet, *tradente Accursio in dict. l. quòd autem. 7. §. si vir. in verb. donationum. ff. de donationib. inter vir. & uxor. Rom consil. 146. & Barbat. consil. 60. lib. 6.* aut venditionis potiùs, quàm donationis similitudinem habet, ob incertitudinem eventûs, *arg. l. ex empto. 11. (aliàs, l. emptorem.) §. ult. ff. de action. empt. Joan. Fab. in l. 1. C. de inoffic. testament. Guid. Pap. cons. 214. & 217. hosque allegans Mynsing. dict. resp. 49. n. 7. & 8.* ut sic insinuatio non sit necessaria; nec revocationi etiam, ob ingratitudinem, locus sit, *Boer. decis. 355. Oldrad. cons. 139. n. 14. Gail. dict. lib. 2. observ. 126. n. 4. & 5. Mynsing. dict. resp. 49. n. 5. & 6. aliique per hunc recensiti.*

43 Hinc quoque est, quòd pactio hodie inter conjuges frequentissima, de mutuâ ejusmodi & vicissitudinaria successione, jure civili valere dicatur, *argum. dict. l. quòd autem. 7. §. si vir. 2. ff. de donation. inter vir. & uxor. Oldrad. dict. consil. 139. Mynsingerus dict. resp. 49. num. 4. & observ. 33. ad fin. centur. 2.* ubi scribit, hanc sententiam non modò notissimâ Germaniæ consuetudine invaluisse, sed etiam veriorem esse, & in Camerâ Imperii judicando firmatam. Idem sentiunt *Petr. Duenn as reg. 539. & reg. 172. Natta & Matth. Boys in dict. cap. quamvis. de pact. n. 149. Dn. Collega Besold. vol. 4. consil. 190. num. 10. fol. 275. Gæddæus de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 7. num. 68. 83. & 84. Petrus Heigius præallegatâ quæst. 23. num. 34. & seq. part. 1. aliique per eum laudati & dictum suprà ad §. aliæ autem. 2. tit. de donationibus num. 29. & seq.* Tametsi hanc sententiam receptissimam (à quâ in judicando non facilè recedendum) speciosis rationibus impugnet D. Bocerus *in tractat. de jure succed. in feud.*
44 *cap. 2. quæst. 1. pag. 64. & seqq.* Et hoc sanè pacti genus eò faciliùs admittitur, quòd etiam aliàs ratione incertitudinis dubiique eventûs ea permittantur, quæ alioqui non permitterentur, *argum. l. si pater. 12. in fin. C. de inofficioso testament. ubi eleganter Sichard. numer. 3. l. si ea*
45 *lege 17. & l. oleo. 23. C. de usur.* Etsi autem Andreas Gailius (quem, tanquam ab hac sententiâ alienum & dissentientem, citat & sequitur Fachinæus *dict. lib. 5. cap. 86*) distinguendum putet: utrùm fiat promissio mutua de succedendo per stipulationem causâ donationis inter vivos, an verò simplex promissio per pactum de successione reciprocâ: & hoc casu posteriore pactum non valere
46 autumet: tamen generaliter valere pactum, probabilius esse censeo. Semper enim hominum actus ita interpretari debemus, ut valeant potiùs, quàm pereant,
47 *l. quotiens. 12. & l. ubi est. 21. ff. de reb. dub. l. quotiens. 80. ff. de verborum obligat. cum similibus.* maximè cùm hoc pactum ultimæ voluntatis, quæ interpretatione omninò juvanda est, *l. in testamentis. 12. ff. de regulis juris* speciem præ se ferat. *Gædd. dict. numer. 84. ubi plures refert.* Interim verò aliud esse, non diffiteor, si speciatim pactum fraternitatis initum inter privatos ap-
48 pareat. Quod quidem pactum si posteriore casu contineri dixeris, admittendum simul fuerit, id etiam priori casui inesse: nisi verba fortè quis magis, quàm rem & mentem contrahentium spectare velit, contra notas juris regulas, *l. sed Celsus. 6. §. 1. vers. in emptis. ff. de contrahend. empt. l. ita stipulatus. 115. §. 2. ff. de verborum obligat. c. intelligentia. 6. &c. propterea. 8. ext. de verborum significat. cum juribus concordantibus, quæ diligenter congessit Ludolph. Schrader. in tract. feud. part. 1. quæst. 5.*
49 *num. 6.* Porrò de pactis gentilitiis principum & aliarum personarum illustrium ac nobilium de succedendo, & similibus pactionibus videantur Paulus Matthias Wehnerus *in libro singulari practicar. juris observ. lit. E. verb.* Erbeinigung, &c. *Hunnius d. lib. 3. var. resol. jur. civil. tract. 1. quæst. 16. Nicol. Betsius in tract. famil. illustr. c. 5. pag. 103. Gail. lib. 2. observat. 127. ibique Bernhardus Graveus Dn. Collega Bocer. d. tract. de jure succedendi in feudum. cap. 2. quæst. 2. & 3. Arnisæus lib. 2. relectionis Politicæ, c. 2. sect. 7. numer. 54. & seqq. pag. 249. Bart. Muscul. in disp. Basileens. de confraternitate, &c. Georg. Schönborner lib. 2. Polit. cap. 13. Petrus Heigius d. pract. 1. quæstion. 23. aliique quos refert Dn. Collega Besoldus lib. 1. regiæ successionis, dissertat. 13. & lib. 1. politicor. c. 6. §. 8. num. 41. itemque Bullam d. discurs. 6. de pacto affirmativo, conclus. 6. cum seqq. pagin. 400. & seqq.* Plura sunt alia, quæ de pacti, super futurâ hereditate initi, genere dici possent: sed hæc, quæ difficiliora videbantur, attigisse satis est. Jam propiùs ad propositam intestatæ successionis materiam accedemus.

Jure igitur novissimo tres succedendi ab intestato gra- 50
dus sive ordines, veteribus sublatis (*de quibus infrà ad §. 1. h. tit. σὺν Θεῷ nonnihil attingemus*) introducti & constituti sunt: I. Descendentium, seu liberorum. II. Ascendentium, sive parentum. III. Collateralium, sive agnatorum & cognatorum, *Nov. 118. c. 1. 2. & 3.* Quibus tam ex veteri, quàm novo jure successio viri & uxoris, seu conjugum, & postremò Fisci additur. *tot. tit. ff. & C. unde vir & uxor. & tot. tit. C. de bonis vacantib.* Atque ita in universum successionis ab intestato ordines quinque intelliguntur: & præter hos jure nostro civili, nulla ratio successionem aliam ab intestato admittit. Ideo- 51
que à successione removentur affines, *l. vitrico 3. l. affinitatis. 7. C. communia de successionib. Doringius in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. Affines. num. 174. fol. 1105.* & nutritores, qui alumnum sive alumnam aliquam educarunt. *l. nutritoribus. 10. C. eod. tit. Borcholt. in tract. de gradib. c. quibus hæreditas ab intestato deferatur. pag. 177. Adamus Keller. in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 3. n. 1.* item tutores, si pupillus absque legitimis heredibus decesserit, *argumento dictarum leg. Bartol. & Cagnol. in leg. quò tutela 73. ff. de reg. jur. Treutler. Disput. 16. thes. 1. sub lit. f. vol. 2. ubi Accursium, Baldum, Angel. & Castrensem dissentientes citat.* Ibique illud fusiùs enodat Bachovius *in suis not. pag. 992.* & Hunnius *pag. 196. & seqq.* Atque eâ de re explicatiùs agetur infrà suo loco. *n. 504. & seqq.* Removentur præterea à 52
successione intestati, cognati spirituales, quos vocant Canonistæ, *tot. tit. ext. de cognation. spirituali.* ut sunt, susceptus vel suscepta ex sacrosancto Baptismo, & qui eum eamvè suscepit. Nulla quippe ex hac susceptione consanguinitas contracta; sed communio quædam, eaque sancta, inter eos inita censetur. *can. ita diligere. 1. caus. 30. q. 3. Valent. Forster. de successionib. lib. 4. c. 5. n. 1. & lib. 7. c. 19. n. 5.* Volunt tamen Interpretes nonnulli: 53
patrinum sive compatrem teneri susceptum suum egenum alere, & vice versâ, *Baldus in Auth. nisi rogati. C. ad SC. Trebellian. Joan. Faber in Breviario Cod. ad l. 1. tit. de alend. liber. à parentib. &c. hosque citans Rittershusius in expositione Novell. Justin. part. 7. c. 3. num. 10. Quibus adstipulatur quoque Petrus Cornel. Brederodius hic in suâ Analysi ord. succed. 6. pag. 229.* Arcentur denique à successione 54
hospites seu caupones, apud quos fortè peregrini vel viatores mortui fuerint. *Auth. omnes peregrin. C. commun. de success. Rittershus. d. cap. 3. n. 11. ubi id uberiùs explicat.*

DE SUCCESSIONE DESCENDENTIUM SEU LIBERORUM.

Descendentes sive liberi (qui appellantur descenden- 55
tes; eò quod sunt in lineâ descendenti, respectu ejus, de cujus successione agitur, *tradente hîc Vultejo n. 19.*) primum obtinent in successione locum, tam ex lege divinâ, *Epist. Paul. ad Galatas c. 4. v. 7. ibi, quòd si filius; & heres. Levit. cap. 25. v. 47. Numer. c. 27. v. 8. Deuteron. c. 21. v. 16.* quàm naturali, *l. scripto. 7. §. fin. ff. si tabul. testam. nulla extab. unde liberi. l. cùm ratio naturalis. 7. in princ. ff. de bonis damnator. Novell. 1. in præfat. §. primum itaque. ibi, secundùm ipsam naturam. & Nov. 18. c. 1. vers. & natura primò, &c.* & civili, *§. sui autem. 2. ff. de hered. qualit. & different. §. 1. infr. hoc tit.* ubi habetur, quòd liberi ex lege duodecim tabular. quæ pars & fundamentum juris civilis est, ad parentum hereditatem admittantur, *init. tit. infr. de success. cognat. init. tit. infr. de Senatusconsulto Orphitian. Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. l. 1. & dict. l. 7. ff. si tab. testam. nulla extab. dict. l. cùm ratio. 7. in princ. ff. de bon. damnator. l. 1. ff. quis ordo*

Digitized by Google

ordo in poſſeſſion. ſervet. l. 1. §. 2. *& ſeqq. ff. de ſuis & legit. heredib. l. in ſuis.* 11. *ff. de liberis & poſthum. & ſimilibus. Anton. Gomez. tom.* 1. *var. reſolut. c.* 1. *de hered. quæ ab inteſt. defer. num.* 2.
56 Sunt autem liberi (ſic dicti, quaſi liberalitate Deorum dati, vel quòd liberâ conditione & naturâ liberi è nobis naſcuntur. *Tiraquell. ad l. ſi unquam verb. ſuſcepit. numer.* 16. *C. de revocand. donat. eumq; laudans D. Beſold. in theſauro practico lit. K. num.* 16. *pag.* 464.) variâ in differentiâ. Quidam enim ſunt naturales & legitimi ſimul, quidam legitimi tantùm: alii naturales tantùm: ſpurii alii, ſeu vulgò quæſiti: nonnulli denique ex damnato coitu nati. *Conradus Wolſius hic in ſuis erotemat. Rittersh. in expoſitione Novellar. part.* 4. *c.* 12. *n.* 2. *p.* 241. *Joan. Schneidevv. hic in cap. de primo ordine ſuccedendi. num.* 5. *& Heigius cap.* 5. *num.* 6.
57 de quibus omnibus ſigillatim diſpiciendum.

DE SUCCESSIONE LIBERORUM NATURALIUM ET LEGITIMORUM SIMUL.

58 Naturales & legitimi ſimul (hoc eſt, ex juſtis nuptiis ſeu legitimo matrimonio procreati, *l.* 3. *& l. filium.* 6. *ff. de his, qui ſui vel al. jur. ſunt.* Et dicuntur naturales: quia ſecundùm naturam ex parentibus ſunt nati: legitimi verò, quia iſta parentum conjunctio, ex quâ nati ſunt, à lege divinâ, humanâ, civili & canonicâ approbata eſt, *gloſſ. in princ. ſuper verb. matrimonium. ſ. de jur. nat. gent. & civil. Schneidevvin. hic in cap. de ſucceſſ. filior. natural. & legitimor. n.* 1.) primi gradûs, omnibus aſcendentibus & ex latere venientibus excluſis, ad parentum ſuorum hereditatem æqualiter admittuntur; nullo habito reſpectu, maſculi ſint, an fœminæ; ſui juris, an patriæ poteſtati ſubjecti. Sublata namque hac in materiâ ex ſexûs, patriæ poteſtatis & emancipationis, ut & cognationis atque agnationis, differentia. *Novell.* 118. *cap.* 1. *&* 4. *dict. Auth. in ſucceſſ. C. de ſuis & legit. liber. Forſter. lib.* 8. *de ſucceſſionib. ab inteſt. cap.* 9. *num* 6. *Guilielm. Ranchim* (*in poſteriori edition. de Anno* 1603. *eſt Johannes Wineus*) *in tract. de ſucceſſionib. ab inteſt.* §. 4. *num.* 3. *&* 4. *Donell. lib.* 9. *Commentar. de jure civil. cap.* 2. *pag.* 401. *Roberus Diſput.* 13. *th.* 3. *Nicolaus de Bruxella hic in ſuo Compendio. Timæus Faber diſp.* 21. *ad Inſtitut. Imperial. th.* 4. *lit. b. Paulus Æmil. Gallus in tract. de except. in ſucceſſ. tam ab inteſt. quàm ex teſtam. part.* 1. *tit.* 3. *except.* 1. *num.* 2. *fol.* 97. *Arumæus Exercit. Juſtian.* 11. *th.* 7. *latè Heigius dict. cap.* 5.
59 *num.* 7. *cum plurimis ſeqq.* Tametſi diſſentiat *Andreas Alciatus lib.* 3. *paradox. c.* 10. *& Cujacius ad dict. Novell.* 118. Et meritò quidem liberi, ex juſtis nuptiis nati, primas in ſucceſſione legitimâ tenent: quia, vivis etiam parentibus, quodammodo domini bonorum paternorum exiſtimantur: & poſt mortem patris, hereditatem non percipere; ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem conſequi cenſentur. *dict. §. ſui autem.* 2. *ſ. de hered. qual. & different. dict. l. in ſuis.* 11. *ff. de liber. & poſth. l.* 1. §. *largius.* 12. *ibi, qui penè ad propria bona veniunt. ff. de ſucceſſor. edict. l.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate.* 7. *ff. ſi quis, omiſſâ cauſa teſtamenti ab inteſtato vel alio modo poſſideat heredit. Georg. Acacius Enenkel. in tractat. de privileg. parent. & liber. privileg.* 3. *cap.* 1. *numer.* 8. *cum ſeqq. & privileg.* 14. *part.* 1. *cap.* 1. *numer.* 1. *& ſeqq.* Iſta autem ratio cum generalis non ſit, ſed ad ſuos tantùm pertineat heredes, non ad emancipatos liberos, *ut jura adducta arguunt*: idcirco & hæc generalis ratio adjicienda eſt; quòd naturæ ſimul & parentum commune votum liberos ad parentum hereditatem vocet. *l. ſcripto.* 7. §. *ult. ff. ſi tabul. teſtam. nullæ extab. l. cùm ratio.* 7. *ff. de bonis damnator. D. Bocer. hic num.* 11. *pag.* 61. *Georg. Schultz. in expoſit. arboris conſang. & affinitatis. cap.* 10. *memb.* 1. *num.* 5. *pag.* 257. *& ſeq. Ambroſ. Schurer. in tract. de hered. quæ ab inteſt. deferunt. titul.* 8. *reg.* 1. *ſpeciali, ubi plures rationes cumulat.*

60 Cæterum ut liberi primò ſuccedere valeant: non neceſſariò requiritur, ut nunc lucem aſpiciant, aurâque humanâ fruantur: ſed eos in utero (quoties enim de partûs commodo agitur, fœtus jam natus & editus eſſe fingitur, *l. qui in utero.* 7. *& l.* 26. *ff. de ſtatu homin. l. cùm quidam.* 30. §. 1. *ff. de acquir. vel omit. heredit. l. ſed etſi ad tempus.* 20. *ff. ad Senatusconſultum Trebellianum*) eſſe ſufficit, §. *ſui autem.* 2. *verſ. poſthumi quoque.* §. *& licet* 8. *infra hoc titul. l. vel ſi vivo.* 7. *ff. de ſuis & legitimis heredib. l. inteſtato.* 4. *C. de ſuis & legit. liber.* dummodo non monſtroſâ aut prodigioſâ formâ, converſo modo παρὰ τῆς οὔσης ἀρχῆς procedant, *l. quid certatum.* 3. *in fin. C. de poſthumis heredibus inſtituend.* Etenim (Paulo auctore) non ſunt liberi, qui contra formam humani generis converſo more procreantur. *l. non ſunt liberi.* 14. *ff. de ſtat. homin. l. oſtentum* 38. *& l. quæret aliquis.* 135. *ff. de verborum ſignificat. & utrobique pereleganter Gæddæus.*
Nihil autem refert, an fœtus poſt ſextum menſem, ſub 61
exordium ſeptimi, an verò perfecto ſeptimo menſe, vel octavo, vel nono, vel decimo, vel etiam circa principium undecimi menſis, forâs prorumpat. Omnibus ſiquidem his modis illum vitam vivere poſſe, compertum eſt, *l. ſeptimo.* 12. *ff. de ſtat. hom. l. inteſtato.* 3. §. *ult. ff. de ſuis & legit. heredib. l. Gallus.* 29. *in princ. ff. de liberis & poſthum. Novell.* 39. *cap.* 2. *ibique in* §. 1. *Gothofredus ad lit. ſ. Gell. lib.* 3. *Noct. Atticar. cap.* 16. *Ariſtotel. lib.* 7. *de hiſtor. animal. cap.* 4. *Varro lib.* 14. *rerum divinar. Hippocrates in lib.* περὶ ἑπταμήνου. *Eberhard. Speckhard. cent.* 1. *quæſt.* 77. *Ranchinus ſive Wineus in dict. tractat. de ſucceſſ. ab inteſt.* §. 8. *num.* 2. *Stephanus Ranchinus in ſuis deciſionibus part.* 2. *concluſ.* 206. *Joan. Jacob. Plebſt. Diſputat.* 4. *ad jus topicum Wirtemberg. theſ.* 77. *edit.* 1. *Menoch. conſil.* 284. *n.* 19. *& ſeq. Peregrin. de fideicommiſſ. artic.* 43. *num.* 29. *& ſeqq. Dn. Collega Bocer. hic num.* 16. *& multis ſeqq. pag.* 61. *& ſeq.*
Verùm hæc peritis Medicis & Phyſicis pleniùs exa- 62
ctiùſque diſcutienda relinquo: quos prudens & circumſpectus judex iſtis & ſimilibus caſibus ſtudioſè conſulet: adeoque boni & innocentis viri officio fungetur: *l. cætera.* 4. §. 1. *ff. famil. erciſc.* & æquitatem diligenter ante oculos habebit. *l. quòd ſi Epheſ.* 4. *in fin ff. de eo, quod certo loco, &c. l. placuit.* 8. *C. de judiciis.*
Præterea nihil intereſt, liberi 63
ſeculares ſint, an clerici. Nam & hos (modò non ſint ingreſſi religionem bonorum incapacem, ut ſunt mendicantes ex ſuâ regulâ, Franciſcani ſcilicet, ſeu fratres minores, *de quibus eſt textus in c. extit.* 3. §. *quia verò. de verborum ſignificat. in* 6. *& in Clement. exivi.* §. *quia igitur in ſucceſſionibus. de verborum ſignificat.*) parentibus ſuis ſuccedere poſſe, non incognitum eſt, *l. Deo nobis.* 56. §. *hoc etiam cognitum. C. de epiſcop. & cleric. Matthæus Mattheſyllanus in tract. ſucceſſion. ab inteſt. in princ. n.* 3. *& artic.* 3. *princip. num.* 40. *cum ſeqq. Covarruv. ad tit. Decretal. de teſtam. cap.* 1. *num.* 21. *Vaſq. lib.* 3. *de ſucceſſ. progreſſu.* §. 26. *num.* 4. *Graſſus in lib. recept. ſentent.* §. *ſucceſſio ab inteſtato. quæſt.* 8. *Hackhelman. quæſtionum illuſtrium diſput.* 18. *theſ.* 2. *ad lit. f. Matthias Stephani cent.* 3. *quæſt.* 4. *ſub lit. d.* Eaque de re, *poſt Capriolum lib.* 1. *de ſucceſſ. ab inteſt. num.* 305. fuſiùs diſſerit Franciſcus de Barry *in tract. de ſucceſſionib. lib.* 18. *tit.* 6.

Porrò in iſthac ſucceſſionis lineâ propior non excludit 64
remotiorem, ſed omnes ſimul admittuntur, hac differentiæ ſaltem notâ adjectâ: quòd ſi omnes in primo exiſtant gradu, æqualiter (*ut ſuperiùs num.* 57. *monitum*) & in capita ſuccedatur: ſi verò quidam ulterioris gradûs ſint, quidam autem primi, horum reſpectu in capita, illorum intuitu in ſtirpes, repræſentationis jure, hereditas diſtribuatur. Proindeq; nepotes, quotquot ſunt, unum eundemque defunctum parentem repræſentant & referunt: & ob id ex hereditate plus ferre aut capere non poſſunt, quàm defunctus parens, ſi viveret, ferret aut caperet. §. *cùm filius.* 6. *& §. penult. infr. hoc tit. l.* 1. §. *ſi filius.* 4. *& §. non minùs.* 6. *ff. de ſuis & legit. heredib. l.* 2. *&* 3. *C. de ſuis & legit. liber. Auth. in ſucceſſione. C. eod. tit. Novell.* 118. *cap.* 1. *Cajus lib.* 2. *Inſtit. tit.* 8. *Ulpian. titul.* 26. §. 1. *Fürſtl. Würtemb. erneuert Landrecht.* (*) *tit. von* Succeſſion *der* Deſcendenten. §. *So aber ſiirt ander. pag.* 472. *Oliverius Textor in tractat. de ſucceſſion. ab inteſt. num.* 14.
Cæterùm ſucceſſio in capita fieri dicitur, 65
cùm tot æquales fiunt hereditatis partes, quot ſunt ſuccedentium perſonæ. *l.* 2. §. *hæc hereditas.* 2. *ff. de*

(*) Conſtit. renov: Wirtemb.

Digitized by Google

de suis & legit. heredib. dict. Novell. 118. *cap.* 2. §. *si verò. ibi, secundùm personarum numerum. &c.* Ast in stirpes fieri dicitur successio: cùm pro numero stirpium, unde personæ succedentes descendunt, partes hereditariæ constituuntur: ita ut quælibet stirps partem suam ferat, non habita ratione multitudinis vel paucitatis personarum. *Exempli gratiâ:* Titius habens decem vel plures liberos, moritur. Hi omnes avo succedentes, eam tantùm partem accipiunt, quam parens illorum Titius, si vixisset, habiturus fuisset. *dict. Novell.* 118. *c.* 1. *vers. sic tamen, &c. Mynsinger. Wesenbec. Schneidevvin. & communiter Dd. in d.* §. *cùm filius.* 6. *infr. hoc tit. Donell. lib.* 9. *Commentar. de jur. civil. cap.* 2. *pag.* 402. *lin.* 20. *Forster. in tract. de success. ab intest. lib.* 3. *cap.* 34. *Hemmingus Wegner. Disp* 9. *ad Instit. thes.* 1. *ad lit. l. & L. Joachimum Scheplitz. in not. ad promptuar. tam jur. civil. quàm feud. Balthasari Klammeri. titul.* 24. *de heredit. quæ ab intest. defer.* §. 4. *numer.* 2. *Idque fusius declarat Rittershusius in expositione*
66 *Novellar. Justin. part.* 7. *cap.* 1. *n.* 8. Repræsentationis autem jus antiquissimum est, utpote ex duodecim Tabul. ortum, *dict.* §. *penult. infr. hoc titul. & dict. l.* 3. *Cod. de suis & legit. liber.* ejusque ratio perhibetur æquitas naturalis, *dict. l.* 1. §. *si filius.* 4. *ff. de suis & legitim. heredi-*
67 *bus.* Æquum enim esse videtur, nepotes neptesvè, item pronepotes proneptesvè, in patris sui locum succedere, *d.* §. *cùm filius.* 6. *infr. hoc titul.* cùm pater & filius eadem persona penè intelligatur, *l. fin. C. de impuber. & al. substitut.* & filius sit portio ac caro patris: imò ut unus cum patre, *can. jam itaque.* 8. *caus.* 1. *quæst.* 4. *Bald. in l. ultim. C. de servis fugit. Paul. Castr. cons.* 264. *col.* 3. *vol.* 2. *Tiraquell. de jure primigenior. quæst.* 40. *num.* 31. *D. Besold. in delibat. jur. ex lib.* 37. *ff. quæst.* 7. *pag.* 133.

68 Sed nunquid etiam abnepotes, & reliqui remotiores, hoc successionis seu repræsentationis jure fruantur & gau-
69 deant, opportunè quæritur? Et quamvis nonnulli ultra pronepotes locum non esse repræsentationi opinentur, *Bartol. in dict. l.* 1. §. *sed si quis.* 5. *ff. de suis & legit. heredib. Angel. & Fab. in dict.* §. *cùm filius* 6. *infr. hoc titul. & id genus alii:* veriùs tamen est, jus illud in omnibus omninò descendentibus, sicque in infinitum habere locum, *per textum in* §. *ultim. infr. hoc titul.* ubi apertè dicitur; nepotes, pronepotes, & alias deinceps personas, adeòque etiam abnepotes & reliquos remotiores descendentes, in infinitum parentum suorum locum subintrare, & ad successionem ascendentium cum propinquioribus descendentibus admitti. Deinde eadem sententia confirmatur *dicta Novell.* 118. *c.* 1. *vers. sic tamen, &c.* ubi Justinianus disertè inquit: si quem descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias, aut alios descendentes, in proprii parentis locum succedere. Quibus utique verbis Imperator Justinianus repræsentationem non restringit ad certos descendentes: sed illam in omnibus sortiri locum, indefinitè & generaliter statuit. Eandem quoque assertionem corroborat *l.* 1. §. *libros.* 7. *ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus. & dict. Auth. in successionem ibi, nepotes & ulteriores, &c. C. de suis & legitimis liber. nec non jus renovatum Topicum Würtemberg. dicto tit. Von* Succession *der* descendenten, §. *und soll solches, &c. pag.* 472. Adhæc geminum potest desumi argumentum *ex d.* §. *cùm filius.* 6. *infrà h. t.* Primò enim ejus principium indicat; in lineâ descendente proximiorem non excludere ulteriorem sive
70 remotiorem. Ergo nunquam ille hunc excludet. Oratio siquidem indefinita universali æquipollet, *l. quod dicitur.* 4. *ff. de tutel. l. si ita.* 43. *in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat.* 2. *Dein eodem in* §. subjicit Imperator: æquum esse, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Ast eandem æquitatem in cæteris quoque subesse quis non dixerit? imò subesse arguit Pauli ratio *in leg. cùm ratio.* 7. *in princip. ff. de bonis damnator. Liberis, inquit,* naturalis ratio parentum hereditatem addicit, velut ad debitam suc-
71 cessionem eos vocando. Si liberis addicit: certè non tantùm nepotibus ac pronepotibus: sed & abnepotibus &
72 cæteris remotioribus addicit. Liberorum enim appellatione non solùm nepotes & pronepotes, verùm etiam cæteri, qui ex his descendunt, continentur, *l. liberorum.* 220. *ff. de verborum signification. D. Besold. in thesauro pract. lit. K. num.* 16. *pag.* 463. *& seq.* Quin imò pronepos, decedens ante apertas tabulas, transmittit à proavo sibi relictam hereditatem in suos liberos, *l. unic. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.* Ergo 73
multò magis se ipsum repræsentabunt: cùm repræsentatio faciliùs, quàm transmissio inducatur. *l. ut intestato.* 3. *C. de suis & legitimis liber. l. emancipata.* 4. *C. quia admitti ad bonor. possess. possunt.* Denique hanc suis calculis decisionem Interpretes plerique comprobant: *Antonius Gomezius tomo* 1. *variarum resolution. cap.* 1. *num. ultim. Valentin. Forsterus libro* 4. *de successionibus. cap.* 21. *num.* 2. 6. *& seqq. hujusque filius Guilielm. Forster. libro* 3. *disputat.* 15. *thes.* 5. *Ranchin. in tractat. de succession. ab intest.* §. 3. *num.* 6. *pag.* 27. *Borcholt. in tractat. de gradibus. tit. de successionib. descendent. pag.* 182. *cum seq. Grassus libro recept. sent. successio ab intestato. quæstion.* 2. *num.* 13. *Schneidevvinus hic in cap. de succession. filiorum naturalium & legitimorum simul. num.* 17. *Vultejus hic num.* 33. *Bocerus n.* 32. *pag.* 64. *Heigius capite* 5. *n.* 51. *Wesenbecius ad dictum* §. *cùm filius.* 6. *num.* 3. *& ibi Mynsingerus num.* 6. *hoc titulo. & ibidem Theodorus Marcilius & Antonius Matthæus in suis Not. Roberus Disputat.* 13. *thes.* 2. *Treutler. vol.* 2. *disp.* 16. *th.* 1. *lit. Habiq; in suis not. Bachovius pag.* 1000. *& Hunnius ibidem quæst.* 12. *pag.* 203. *idemque Hunnius lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 1. *quæst.* 6. *Paulus Berens disputat. ad Institut.* 8. *them.* 1. *quæst.* 1. *Rittershus. in exposit. Novell. Justin. part.* 7. *c.* 4. *num.* 15. *Andreas Gerhardi Decad.* 11. *quæstion.* 2. *Schurerius in tractat. de hereditatib. quæ ab intest. defer. tit.* 8. *regul.* 1. *ampliat.* 5. *Schröter. diatrib. domesticar. decad.* 6. *quæst.* 10. *Ungepaur. Exercitior. Justin.* 14. *quæst.* 9. *Arumæus Exercit. Justin.* 11. *thes.* 5. *Hænonius Disputat.* 12. *controvers.* 2. *Plebst. dict. Disputat.* 4. *ad jus Topicum Würtemberg. thes.* 80. *ed.* 1. *Olemannus libro* 3. *disputation. juris civil. Giphanii, disput.* 23. *num.* 4. *&* 5.

Non adversatur isti conclusioni, quòd *in dict.* §. *cùm* 74
filius. 6. *infr. hoc tit.* nepotum tantùm & pronepotum, non etiam cæterorum fit mentio. *Nam id* exempli causa factum est. Exempla autem regulam non arctare aut restringere, sed duntaxat declarare, tralatitium est, *arg.* §. *hactenus.* 7. *infr. de gradib. cognation. l. regula.* 9. *ult. ff. de jur. & fact. ignor. l. damni infecti stipulatio.* 30. §. *fin. ff. de damno infect. l. prætor.* 3. §. *Julianus.* 2. *ubi exemplo manifestiùs fiet. ff. de collat. bon. Zas. lib.* 1. *singul. respons. cap.* 2. *num. fin. Thoming. decis.* 22. *num.* 4. *Card. Tusc. tom.* 3. *conclus.* 548. *in princ. lit. E.* Quin & aliàs unius 75
inclusio non est protinus exclusio alterius: sed quod unâ in lege est omissum, id suppleri debet ex aliâ lege: cùm sit incivile, de sententia totius juris judicare, ut saltem particulâ ejus lectâ aut inspectâ, *auctore Celso in l. incivile.* 24. *ff. de legib.* Atqui ex prædictis, tam veteribus legibus, quàm Novellâ Justiniani constitutione apparet, jus repræsentationis non solùm nepotibus & pronepotibus, sed deinceps etiam aliis descendentibus concedi. *d. l.* 1. §. *liberos.* 7. *ff. de conjungend. cum emancip. liber. d.* §. *ult. infrà hoc tit. d. Novell.* 118. *c.* 1.

Minùs obstat *l. si libertus.* 23. §. 1. *ff. de bonis libert.* 76
ubi nepotes patroni ad liberti successionem non admittuntur, quamdiu filius patroni adest: hac additâ ratione: quia proximum quemque ad hereditatem liberti vocari, manifestum est. *Etenim* illud in jure patronatûs cùm specialiter receptum sit: ad consequentiam non est producendum, *l. quod verò contra.* 14. *& l. seq. ff. de legibus, &c.* Ratio autem specialitatis est: tum quia jus patronatûs non 77
defertur jure hereditario. *l. ut jurisjurandi.* 7. §. *si liberi.* 6. *ff. de operis libertor. Joan. Fab. in d.* §. *cùm filius infr. hoc tit. num.* 2. tum quia jus patronatûs est personale: ac proinde non ita facilè transmittitur, ut nepotes cum patruis in locum defuncti veniant, *Christophorus Castellioneus in l. si duo patroni.* 33. *in pr. ff. de jurejur. Jas. cons.* 215. *lib.* 2. *Forst. d. lib.* 4. *c.* 22. *n.* 8. *&* 7. *Timæus Faber d. disput.* 21. *ad Instit. Imperial. sub. th.* 6.

Nec præterea aliquid momenti habet, si objiciatur: otio- 78
sam hanc esse, & nimis supervacuam disputationem; pro-

propterea

Digitized by Google

pterea quòd nunquam fere accidere soleat, ut ad id ætatis nostro quis seculo perveniat, ut moriens abnepotes, remotioresvè descendentes relinquat. Quandoquidem in materia fideicommissi, per testatorem descendentibus sive familiæ relicti, disquisitio illa utilitate non caret.
79 Hoc namque fideicommissum devolvitur ad eos, qui post mortem unius è familia, qui primus id obtinuit, ab intestato tanquam proximiores defuncto succedunt, *l. cum ita legetur (in Gothofredi corpore est l. omnia) 32. §. fin. ff. de legat.* 2. Quare si ponas: fideicommissum ad nepotem, ceu ad proximiorem, devolutum esse, isque postea moriatur, superstitibus pronepotibus & abnepotibus defuncti, à quo fideicommissum procedit: hic profectò abnepotes unà cum pronepotibus fideicommissum consequentur. Intrant enim (*ut antè num. 69. ostensum*) locum pa-
80 rentum suorum, eosque repræsentant. Et sanè quòd repræsentatio non solum in dispositione legis vel statuti, locum habeat, *per notata Alexandri cons. 88. incip. quod concurrere. vol. 1. Jason. cons. 159. incip. Odericus. col. 4. vers. quintò & ultimo. vol. 4. & Decii in l. 1. col. 6. in 14. notab. C. de secund. nupt.* sed etiam in feudis, emphyteusi & fideicommissis, atque ita in dispositione hominis tenent *gloss. in d. l. cum ita legatur. 32. §. ult. ff. de legat. 2. & ibi Bartol. Angel. de Periglis, & Castrens. Imola in l. Gallus. 26. §. 1. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. Tiberius Decian. respons. 1. num. 350. & seqq. vol. 1. & resp. 9. vol. 2. hosque citans Borch. in d. tract. de gradib. pag. 185. edit. 1. Franc. Mantica in tract. de conjectur. ult. volunt. lib. 8. c. 11. n. 2. Heigius hic c. 5. n. 53. Rudinger. lib. 2. var. lect. jur. feud. c. 19. Consil. Marpurg. 18. n. 96. & seqq. vol. 1. & Chassanæus in consuetud. Burgund. fol.* 150. quem refert Forsterus *d. lib. d. de successionib. ab intest. c. 22. n. 5.* qui tamen *num.* 2. hanc Accursii opinionem à plerisque Interpretibus, quos recenset, communi suffragio rejectam esse, asserit.

81 Etsi autem omni jam luce est evidentius: non nepotes tantùm, & pronepotes; sed inferiores etiam descendentes jure repræsentationis cum propinquioribus ad successionem ascendentium admittendos esse: id tamen dubitationis haud est expers: ecquid nepos ex filio primogenito, in successione Regni vel Electoratus patruo suo secundogenito sit præferendus? Sed huic illum præferendum esse constat ex aurea Bulla Caroli IV. *tit.* 7. quæ in dignitate Electoratûs apertè præfert primogeniti filium patruo. Ergo & in regali successione idem statuendum erit: eò quòd electoralis dignitas regiæ æquiparetur. *Daniel. Moller. lib. 1. semest. c. 40. num. 1. Paul. Berens disput. ad Institut. 8. them. 1. quæst. 4. vers. Quartò jus primogenituræ, &c. pag.* 173. Hujusque enunciati rationes potissimæ hæ sunt: I. Quia unius Regis plures primogeniti esse nequeunt, sed unus solummodo, & quidem natu maximus, ac heres suus, *argumento l. quod contra. 141. in fine ff. de reg. jur.*
82 Atqui nepos est primogenitus heresque suus: quia in patris sui mortui locum succedit, & communi & feudorum jure, *l. si nepotes. 7. ff. de collat. bonor. tit. 8. in princ. ibi, nepotes ex filio loco sui patris. lib. 1. feud.* Imò nepos mortui patris sui locum adeo repentè occupasse dicitur, ut ne momento quidem ullo vacasse patris locus intelligatur, *arg. l. 2. in fine principii. ff. de bonis libertor. & l. 3. §. ult.*
83 *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Ergo meritò nepos eodem, quo pater, jure utitur, *l. qui in jus. 177. ff. de reg. jur.* II. Quia natura pater & filius eadem ferè persona reputantur, *l. ult. C. de impuber. & al. substitut.* Unde vox patris tanquam vox filii est *auctore Justiniano in §. si quis alii. 4. vers. ei verò. infr. de inutilib. stipulat.* & una caro probantur pater & filius. *can. contradicimus. 21. §. hac authoritate. caus. 35. q. 3.* Hinc pater, cui commissa est à
84 Republica legatio, filium legationi expediendæ substituere potest, *l. sciendum. 4. §. legati. ff. de legationibus.* Quare ut pater primogenitus, sic & ejus filius ad primogenituræ jus admitti, & in eo patruo suo præferri debet. III. Quia filius primogenitus vivo quoque patre, jus suum primogenituræ perfectè acquisitum habet: quippe cum illud fratri suo, etiam vivente adhuc patre, vendere & cedere
85 possit, ut jus divinum & canonicum testantur, *Genes. 25. v. 31. can. quam periculosum. 8. caus. 7. q. 1.* Quod autem perfectè cujusque est, id ad suos quoque transmittit heredes, ut qui in omne jus defuncti succedunt, *l. heredem. 59. & l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* Quocirca primogenitus filius jus suum primogenituræ ad propriam suam sobolem transmittit: præsertim cùm illud (*ut modo dictum*) alii cedere possit: & id, quod cessibile est, ad heredes etiam sit transmissibile, *arg. l. ex pluribus. 42. ubi Bartol. n. 1. & alii ff. de administr. & peric. tutor.* Verum an & quatenus jus primogenituræ vendi possit à filio primogenito, uberius exponit Tiraquell. *in Commentar. de jur. primogen. quæst. 29.* eumque citans D. Martin. Rümelin. *Dissert. 6. part. 1. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imp. th.* 10. 86
IV. Quoniam in odiosis etiam eadem jura, quæ filius habebat, nepoti dantur. *l. si quis filium. 34. circa med. ibi, jubemus, in tali specie eadem jura nepoti dari, quæ filius habebat, &c. C. de inofficioso testam.* Quapropter jus quoque, quod primogenitus obtinet, eo mortuo soli ipsius filio dabitur. V. Quia jus ordini & loco alicui concessum, ei tantum, qui ordinem & locum illum occupat, debetur, *arg. l. immunitates. 4. & l. semper. 5. §. quibusdam. 12. ff. de jure immunitat. l. 1. in princ. l. 3. §. 1. & l. 4. §. quamquam. 3. ff. de censib.* Quod vel maximè in regali pro- 87
cedit dignitate: quæ cùm uni ordini sive stirpi acquisita est, quamdiu in eâ masculus superest, tamdiu ad alteram non transfertur. *tit. 1. §. 1. tit. 14. §. 1. & tit. 18. §. si quis miles. lib. 1. feudor. & tit. 11. lib. 2. feudor.* Atqui verò jus primogenituræ ordini & loco filii natu maximi tributum est. Ideòque jus illud ei debetur tantùm, qui in locum & ordinem filii natu maximi successit, qualis est nepos, *argum. l. filius. 28. §. 1. ff. de liberis & posthum.* ex quâ efficitur: quòd, priore subducto de familiâ suo herede, ulterior in proximum locum succedat. VI. Quia ju- 88
ra magis subveniunt de damno vitando certanti, quàm lucrum captanti. *l. Proculus. 26. ff. de damno infect. l. 2. §. item Varus. 5. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend. l. si is, cui. 71. in fin. ff. de furtis. & l. un. C. pœnis fiscalibus creditores præferri. lib.* 10. Sed nepos in nostra specie de damno vitando certat: quoniam spem succedendi in patre suo radicatam habet, quæ jam ad ipsum transmissa est. Patruus autem de lucro captando laborat: quia, quod petit, nunquam habuit: ita ut si id consequeretur, tanquam merum lucrum ipsi obtingeret. VII. Denique hæc sententia exemplis etiam seu judicatis probari illustrarique potest. Nam Angli Eduardo Regi Richardum nepo- 89
tem, ex Eduardo filio ejus primogenito, suffecerunt; postpositis aliis tribus ipsius Eduardi Regis filiis, *referente Polydoro in histor. Anglic.* Similiter tempore Caroli Pulchri, Regis Galliarum, Anno 1331. per Proceres Regni Comes Nivernensis declaratus Flandriæ Comes, & Patruo prælatus fuit, *ut tradit Paulus Æmilius.* Idem & sub Ottone Magno, deinde sub Henrico I. Impp. in Germaniâ contigisse: & Patruos à fratris filiis duello superatos legitur apud Witekindum, *lib. 2. histor. Atque his, aliisque pluribus argumentis & exemplis hanc conclusionem firmant Tiraquellus in Comment. de jure primogenior. quæst. 40. n. 19. & aliquot seqq. Hotoman. illust. quæst. 3. Mynsinger. cent. 3. observ. 23. D. Collega Bocer. in tract. de jure succed. in feud. c. 3. quæst. 48. pag. 323. D. Collega Besoldus lib. 1. de reg. success. dissertat. 7. num. 4. & lib. 1. Politicor. c. 6. §. 5. num. 30. Knichen. in Comment. de Sax. non provoc. jur. ad verb. Electorum. c. 3. Nicolaus Betsius, in tract. de pactis famil. illustr. c. 8. pag. 459. & seqq. Jacobus à Saâ, Eques Lusitanus, in tract. de primogenit. per discursum. Ludovic. Molin. de majorat. tract. 2. quæst. 626. & 632. Arumæus Exercit. Justin. 11. th. 6. Fachin. lib. 6. controversiar. jur. c. 2. Johan. Andreæ in additionib. ad Speculator. super rubrica, de feudis. versic. redeundo ad individuum, & circa finem. Oldrad. consil. 224. incip. Istæ sunt allegationes, &c. Frider. Schenck Baro ad tit. 14. de feudo Marchiæ. l. 1. feudor. numer. 14. Helgius hic cap. 5. numer. 72. Petr. Greg. de Republ. lib. 7. c. 10. Henning. Arnisæus polit. lib. 1. c. 9. p. 220. & lib. 2. de Republ. c. 2. sect. 10. Hunn. lib. 3. var. res. jur. civ. tract. 5. quæst. 26. Lipsius monit. polit. lib. 2. c. 4. n. 2. & 3. Chassan. de gloria mundi. part. 5. consil. 42. Rauchin. de success. ab intest. §. 10. n. 8. & seqq. Buxtorff. disp. ad Auream Bull. th. 85. lit. c. Johan. Lauterbach. in suo Principe*

Digitized by Google

Christian. c. ult. num. 132. *Quirinus Cubach. lib.* 2. *Ju-*
risprud. publ. c. 31. *num.* 7. *& seqq. Arnold. Engelbrecht.*
in Disquisit. de success. in Elector. th. 15. *Johan. Wolffgang*
Hiller. in resolut. tit. 7. *Aur. Bull. th.* 3. *& seqq. D. Mar-*
tinus Rümelinus, Gener meus, filii instar, Charissimus, d.
Dissertat. 6. *part.* 1. *ad Aur. Bull. Caroli IV. Imp. th.* 2. *&*
4. *ibiq; Speidel. in addit. ad lit. a. pag.* 170. *Joan. Georg.*
Maier. etiam Gener mihi exoptatiss. in Synopsi Jurisprud.
Beneficiar. sect. 3. *cap.* 9. *num.* 102. *pag.* 63. *egregiè Il-*
lustris Enenkel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg.
3. *cap.* 1. *num.* 23. *& cap.* 4. *num.* 4. *& seqq. Matthæus Ste-*
phani cent. 3. *quæst.* 5. *aliique ab his allegati.* Tametsi
(*post multos alios, quos cumulavit Tiraquellus d. q.* 40. *nu-*
mer. 15.) dissentiant *Cujacius ad tit.* 11. *libri* 2. *feudor.*
Joan. Petr. Surdus consil. 403. *num.* 34. *& seqq. lib.* 3. *&*
Goldastus, in Discursu exoterico d. tractat. Jacobi à Saâ,
& Ludovici Molinæ præfixo, prout illum allegat D. Besoldus
d. lib. 1. *Politic. c.* 6. *§.* 5. *num.* 30. *in fine.*

90 Conclusioni nostræ primò non obstat, quòd jus repræ-
sentationis hanc vim tantum habeat, ut eo jure fretus re-
motior cum proximiori in successione concurrat, non et-
iam ut proximiorem prorsus excludat: id quod in pro-
posito casu contingit. Nam præterquam quòd dispar
est causa hereditatum privatarum & regalis dignitatis, in
quam jure singulari primogenitus tantùm exclusis cæte-
ris, succedit: haud perpetuum est, quòd repræsentatio-
nis jus non pertineat etiam ad excludendum aliquem, qui
pari sit gradu cum eo, qui repræsentationis jure ad suc-
cessionem admittitur. Fratrum namque filii Germani,
qui pares sunt gradu defuncti fratribus, præteruntur in
successione ejusdem defuncti patruis, & aliis similibus.
Novell 118. *c.* 3. *& Auth. post fratres autem. vers. hi au-*
tem. C. de legit. heredib.

91 Secundò non obest, quòd ubi valet proximitatis ratio,
non possit etiam valere ratio repræsentationis; eò quod
invicem pugnent. *Quia* hoc falsum esse, *ex d. Novell.*
118. *c.* 3. liquidò constat: ubi fratris præmortui filiis suc-
cessio sive jus repræsentationis ita conceditur, ut simul
cum fratre superstite, patruo suo, qui propinquior est,
admittantur. Unde manifestum est, quod illo casu jus
92 repræsentationis cum propinquitatis jure concurrat. Et
quamvis jus repræsentationis tantùm in ordine descen-
dentium sive liberorum, & non collateralium, sit recep-
tum, unus tamen duntaxat hic casus exceptus reperitur,
quem introduxit Justinianus *d. Novella* 118. *c.* 3. ubi et-
iam in transverso limite solis fratrum filiis hoc tribuit, ut
in successione patres suos repræsentarent; atq; ita patruo
succederent unà cum patruis. *Forster. lib.* 4. *de successio-*
nib. ab intest. c. 21. *Wesenbec. in d. §. cum filius.* 6. *inf. hoc*
tit. num. 2. *&* 3.

93 Tertiò non adversatur, quòd filii non debeant esse dete-
rioris conditionis, quàm nepotes. *l. si viva matre* 3. *vers.*
nam licet. C. de bonis matern. Atqui si nepos admittere-
tur ad regnum, excluso patruo, seu defuncti filio: melior
esset conditio nepotis, quam filii; & hujus deterior, quàm
illius. *Respond.* enim: filii meliorem, quàm nepotis de-
bere esse conditionem, si eadem sit ratio utriusque. Ast
in proposito diversissima est ratio nepotis & filii. Nepos
siquidem refert ac repræsentat patrem suum defunctum,
adeòque pro primogenito habetur. *l.* 3. *C. de suis & legit.*
liberis d. §. cum filius. 6. *infra hoc t. d. Novell.* 118. *c.* 1. *&*
3. *&* consequenter ejus in locum successit: ejusque jure
& privilegio utitur fruitur *d. l. qui in jus.* 177. *ff. de reg. jur.*

94 Quartò nihil ad rem facit hæc ratiocinatio: Si nepos,
jure primogenituræ, in successione avita antefertur patruo
suo: succedet vel ex consuetudine, primogenitum secun-
dogenito anteferente: aut verò succedet, illique præfere-
tur jure communi. Atqui non præfertur nepos patruo
ex consuetudine, primogenitum ad successionem vocante,
eundemque secundogenito præferente: quia non est pri-
mogenitus, utpote quem genitura præcedit patruus: nec
etiam ex jure communi patruo præfertur: cum hoc jure
beneficio repræsentationis, æqualiter cum patruo succe-
dat. *d. §. cum filius.* 6. *infr. hoc tit.* Igitur consequens est:
nepotem ex primogenito, jure primogenituræ, patruo
suo non præferri. Hæc, *inquam*, ratiocinatio nihil ad rem
facit. Quia respondendum: nepotem ex filio primoge-
nito, jure primogenituræ, succedere & patruo præferri
non tam ex jure communi, quam ex statuto vel consue-
tudine, primogenitum secundogenito anteferente. Licet
enim nepos ex primogenito natus non possit, propriè &
accuratè loquendo, dici primogenitus: utitur tamen
jure primogeniti, patris nimirum sui, cujus in locum re-
pentè succedit, cujusque personam repræsentat, sustinet,
& occupat, *per rationes & jura superius allegata.*

Quintò non refragatur hoc argumentum: Quod in spe 95
tantùm est, id utique transmitti non potest *l. sed si plures.*
10. *in princ. & l. qui habebat.* 47. *ff. de vulgari & pupill.*
substitut. l. Sempronius. 26. *ff. de usu & usufruct. legat. l.*
si cùm heres. 4. *ff. quando dies legator. vel fideicomm. ced.*
l. heres meus. 79. *§.* 1. *ff. de condit. & demonstrat.* Atqui jus
primogenituræ filio primogenito defuncto, cùm adhuc
viveret, in spe duntaxat competebat. Ergo id ad filium
suum transmittere non potuit. Hoc, *inquam*, argumen-
tum non refragatur. Respondetur etenim: illud, quod
dicitur, spem non esse transmissibilem, simpliciter verum
non esse: sed tum demum procedere, cùm spes non sa-
tis firma aut radicata est, nec certa: cujusmodi non est
hæc, de quâ hic agitur, quæ primogenito à nemine aufer-
ri potest. Ideòque haud dubiè transmittitur. Quinimò
quòd spes etiam ad heredes extraneos transmittatur, lu-
culenter patebit ex *§. sub conditione.* 4. *instr. de verb. obli-*
gationib. ubi Justinianus in hæc verba scribit: *Ex condi-*
tionali stipulatione tantùm spes est, debitum iri: eamque ipsam
spem in heredem transmittimus, si priùs, quàm conditio ex-
tet, mors nobis contigerit.

Sextò nihil nostræ decerpit sententiæ hæc argumenta- 96
tio: Si jus primogenituræ in nepotem transmittitur: tunc
fit illud aut actu, aut potentiâ. At primum dici non po-
test: quia filius primogenitus vivo patre, non habet jus
actuale: ac ea propter nec illud transmittere potest. *l. si*
quis filium. 34 *C. de inoffic. testam.* Secunda namque causa 97
debet effectum suum agere ex vi primæ causæ, *arg. l.*
tutor. 69. *ff. de fidejussorib. & l. qui id quoq.* 33. *in pr. ff.*
de donationib. A primordio quippe tituli posterior forma- 98
tur eventus. *l. unic. in fine. C. d. imponenda lucrat. descript.*
Et omnis derivatio præsupponit vim derivantis in alte- 99
rum, sine quo nulla potest fieri derivatio, *arg. l.* 2. *ff. de*
stipulat. servor. Alterum quoque, quod de potentiâ est,
fieri non potest: quia talis potentia effecta est caduca
morte filii: atque ideo nec transmitti potest. *l. un. §. in*
novissimo. 5. *& §. sin autem.* 7. *C. d. caduc. tollend.* Hæc, *ajo*,
nostræ sententiæ argumentatio nihil decerpit. Quia jus 100
competens beneficio legis (cujusmodi est jus primogeni- 101
turæ) transmittitur etiam, antequam fuerit delatum: ut
patet in arrogato, qui legis beneficio habet quartam in
bonis arrogatoris, quam & in heredem transmittit, non-
dùm delatam *l. si arrogator.* 22. *in princip. ff. de adop-*
tionib. l. 1. *§. si impubere,* 21. *ff. de collat. bonor.* Sic & 102
querela inofficiosi testamenti non nascitur ante aditam
hereditatem *l. Papinianus.* 8. *§. si conditioni.* 30. *vers. quo-*
niam. ff. de inoffic. testam & tamen si filius moriatur an-
te aditam hereditatem ab herede instituto, transmittit in
suum filium querelam, licet nondum natam, nec præpa-
ratam, *per textum expressum in l. si quis filium.* 34 *C. eod.*
cujus rationem glossa ibi, in verbo, *causam*, hanc reddit:
quoniam pater spem habuit Igitur etiamsi concedatur, pri-
mogenitum vivente patre nihil juris ex primogeniturâ
habere: tamen ratione spei, & ejus quidem certæ ac in-
dubitatæ, & quæ tolli non potest, hoc jus ipse in filium
transmittit. Sed & illud dici poterit, quòd potentia suc-
cedendi transmittatur etiam in nepotem à filio mortuo an-
te patrem, *per Novell.* 118. *c.* 1. Idque expressè voluerunt
Bartol. & Paul Castrens. *in l. is potest.* 18 *ff. de acquir. vel*
omitt hered. eosque referens Tiraquellus *d. quæst.* 40. *n.* 125.

Septimò non frangit opinionem nostram, quod in jure 103
patronatûs filius non repræsentat patrem, sed à patruo ex-
cluditur, tam in tutelâ, quam in successione liberti. *l. tu-*
tela 3. *§ proinde* 7 *ff. de legitim. tutorib. l. si libertus* 23 *§* 1.
ff. de bonis libert. Nam aliud statutum est in successionibus
libertorum: aliud in successiion. sanguinis. In illis nepos non
succedit loco filii, *per jura modò allegata*: in his secus, *d. §.*
cum

Digitized by Google

cùm filiis. 6. infrà hoc. tit. d. l 3. C. de suis, & legit. liber.
104 *Auth. cessante. C. de legitimis hered.* Ratio differentiæ hæc
est: tum quia jus patronatûs jure hereditario non defer-
tur. *l. ut jurisjurandi. 7. §. si liberi. 6. ff. de operis libertor. & dictum suprà n.76.* Tum quia favore libertatis, libertus
plures patronos habere non debet. *Joan. Faber. in §.ult. infr. de success. libertor. Jason. in l. si aviæ. 2. Colum. 2. C. de*
105 *successor. edicto* Cæterùm ad tutelam quod attinet: dici po-
test, quòd & ea jure hereditario ad alium transire nequeat, *per textum apertum in l. tutela. 16. §. 1. ff. de tutelis,* sicuti
nec alia officia & dignitates. *l. non distinguemus. 32. §. quæsitum. 16. ff. de receptis, qui arbitrium, &c. c. into delegatorum. 42. ibiq; gloss. de offic. & potest. judic. delegat.*
106 Octavò nihil negotii facessit, quod cessante causa,
cessat effectus. *l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. c. cùm cessante. 60. de appellat.* & propterea cessante causa
privilegii, cessat ipsum privilegium. *l. ex facto. 43. in pr. ubi Bartol. & Bald. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Atqui
in nepote ex primogenito cessat & deficit primogenitura,
quæ causa est hujusmodi juris & privilegii, prælationis in
successione. Ergo & ipsum privilegium, quod primoge-
107 nitura tribuit, cessat & deficit. Nihil *inquam*, negotii
illud facessit. Major siquidem propositio non procedit,
quando reliquiæ quædam causæ remanent & supersunt.
Tunc quippe licet cesset causa: non tamen cessat effe-
ctus, propter reliquias illius causæ, *arg. l. 2. & 3. ff. de act. rer amotar.* Ast in nostro casu adhuc reliquiæ primo-
genituræ supersunt. Siquidem ex prædictis constat, jus
primogenituræ a filio in nepotem transmissum ac transla-
tum esse. Et sanè cum nepos primogenitum, patrem nem-
pe suum, repræsentet, & cum eodem una eademque per-
sona habeatur: non potest dici, jus primogenituræ defice-
re & cessare. *d. l. ult. C. de impub. & al. substitut.*
108 Nonò & ultimò nihil movet, quòd jus primogenituræ
sit privilegium personale: proindeque ad heredem non
transeat, *l. in omnibus causis id observatur. 68 ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. de regul. jur. in 6.* Etenim id nostram
potiùs confirmat, quam evertit sententiam: quippe cùm
ex eo evidenter sequatur, quòd jus primogenituræ nec ad
patruum transeat: quoniam pars patris in filio remanet,
vivit, vigetque; ita ut mortuus dici nequeat, *per textum rotundum in d. l. ult. C. de impuber. & aliis substitutionib.*
109 in quâ dicitur, quòd naturâ pater & filius eadem esse per-
sona pene intelligantur. Ubi probe ponderandum est
verbum, *naturâ*: quod arguit id ita esse non tam ex fi-
110 ctione, quàm ex veritate ipsius juris naturalis. Est siqui-
dem verè filius portio patris, in eoque est substantia &
caro patris: imò unus est cum patre ipso, *ut suprà num. 67. dictum ex can. jam itaq; 8. caus. 1 q. 4.* Et, *ut scite scripsit Paulus de Castro cons. 264. col. 3. lib. 2.* caro filii,
est veluti caro patris aucta: ita quidem, ut licet efficiatur
novus homo, propter novam animam: non tamen dica-
tur primus homo omnino extinctus. Sicuti in simili ar-
bor haud ob id mortua dicitur; quòd, antiquis radicibus
mortuis, quæ loco animæ sunt, cùm vitam suppeditent,
novas egerit, *argumento l. adeo. 7. §. ult & l. qui ratione. 9. in princ. ff. de acquir. rer. dom.* quamvis alio respectu
dicatur alia arbor, propter novas illius radices. *l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. eod. tit.* Ex quo consequitur: quòd
primogenitus non dicatur prorsus extinctus, cùm nepos
ex eo superest, in quem caro & substantia patris transfu-
sa fuit. Quod & aperte significat illud Ecclesiastici *cap. 30. v. 4. Mortuus est pater ejus, & quasi non est mortuus. Similem enim reliquit sibi post se, &c.* Præter hæc modò al-
lata, complura sunt alia, pro patruo contra nepotem quæ
facere videntur, argumenta; sed ad ea latè abundeque re-
spondit Tiraquellus *in d. tract. de jure primigenior. d. q. 40. num. 100. & multis seqq. itemq; noviter Hunnius d. lib 3. var. resol. tract. 1. q. 26. pag. 779. seqq.* quia porrò jam sæ-
piuscule primogeniti facta est mentio, & deinceps quoque
ejusdem jura paulò latiùs declarare animus est: idcirco
priusquam longius progrediar, quis dicatur primogeni-
111 tus, breviter exponam. Primogenitus igitur is dicitur,
qui primus natus est, sive alii post eum nati sint, sive nul-
li ipsum secuti fuerint. *cap. Joseph. 5. ext. de verb. significat.* Idque verbi etymon sive notatio aperte indicat. Pri-
mogenitus quippe is appellatur, qui primus est genitus.
Atqui & eum primum esse genitum, post quem nulli alii
sunt nati, quique unigenitus est, plusquàm manifestum est
Caroll. Molin. in Commentar. in consuetud. Paris. titul. 1. §. 8. gloss. 1. numer. 1. Balthasar. Thomasius tract. h. tit. 1.
fol. 537. & seqq. Eandem sententiam dilucidè confirmat 112
textus *in c. 8. v. 16. & c. 18. v. 15. Numeri, item in c. 13. v. 2. Exod.* quibus in locis primogenitum dicitur omne,
quidquid primùm aperit vulvam, vel quicquid primum
erumpit è vulvâ: nec distinguitur, utrùm id unigenitum
sit, an minùs. Eòdem non parum confert exemplum 113
Christi, qui primogenitus dicitur Mariæ filius, etiamsi
post Christum ea nullos ampliùs liberos pepererit. *Matth. c. 1. v. ult.* Et nullo modo statuendum est, Josephum post
miraculosam Christi nativitatem cognovisse Mariam,
eamque plures edidisse liberos. Qui enim in Scriptura 114
(more Hebræorum:) fratres Christi vocabantur, ejus
cognati erant, non fratres. Neque vocabulum (*donec*) 115
semper brevem alicujus rei durationem significat, *ut liquet ex Genes c. 8. v. 7.* ubi ita legitur: *Aperiens Noe fenestram arcæ, quam fecerat, dimisit corvum, qui egrediebatur, & non revertebatur, donec siccarentur aquæ super terram.* Ubi ex adverbio *donec* minime colligere
licèt, quòd siccatis aquis, corvus deinde reversus sit
in arcam. Sic *in Psalm. 110. v. 1.* dicit Pater cælestis
ad filium suum Jesum Christum: *Sede a dextris meis: donec ponam inimicos tuos scabellum pedum tuorum.* Ex
quo certè non rectè infertur: quòd cùm inimici positi
fuerint scabellum pedum Christi in novissimo die, vel ei
subjecti fuerint, non ampliùs sessurus sit ad dextram Pa-
tris. Sic quoque non rectè infertur *ex d. c. 1. v. ult. Matthæi* Mariam non mansisse virginem post natum Chri-
stum; sed potius ibi significatur: Mariam ante Christum
primogenitum, nunquam anteà fuisse imprægnatam: *ut*
bene ibi uterq; Osiander, Pater & Filius, annotavit. Unde 116
meritissimè in Ecclesiâ Dei refutatus & damnatus est
Helvidii error, qui Mariam plures peperisse liberos con-
tendebat. Et hoc ipsum jam olim adversus Helvidium,
ejusque asseclas, scripsit Divus Hieronymus *in d. c. 5. ext. de verb. significat. Joseph, inquiens, non cognovit Mariam, donec peperit filium suum primogenitum. Ex hoc loco quidam perversissime suspicantur, & alios filios Mariam habuisse: cùm mos divinarum scripturarum sit, ut primogenitum illum vocent, quem fratres sequuntur, sed*
eum, qui primò natus fuit. Denique huc facit, quòd 117
in l. ex duobus. 34 in fine principii. ff. de vulg. & pupill. substitut. primus intelligitur non solum is, qui ante a-
liquem est, sed etiam is, ante quem nemo est: *& in l. qui duos. 9 in fine princ. ff. de reb. dubiis.* dicitur
quis primus decessisse, licèt post eum nemo decesserit.
Sic & primum decretum appellatur, licèt secundum
non interveniat, aut subsequatur: *quemadmodum scribit Speculator in tit. de primo & secundo decreto. §. 1. in fine; eumque laudans Tiraquellus in Commentar. de jure*
primigeniorum. q. 1. numer. 5. Hujusque disquisitionis 118
usus insignis est. Si enim legatum fuerit primogenito
Titii relictum; Titius verò præter eum, quem habuit
tempore legati relicti, alios non susceperit; debebitur
legatum unico illi filio Titii: siquidem primogenitus est,
quem alii non sunt subsecuti. Non autem debebitur,
si primogenitus solùm is dicitur, quem nulli præcesse-
runt, sed alii subsecuti sunt, *tradente Hunnio lib. 3.*
var. resolut. jur. civ. tract. 1. q. in fine. Primogenitus 119
itaque vere & naturaliter habetur, qui primus ex ute-
ro matris exivit, sive alius post eum, sive non, natus
sit: adeò, ut si duo simul uno eodemque partu edan-
tur, is, qui primus ex utero prodiit in lucem, quam-
vis confestim & momento temporis alter eum fuerit se-
cutus, jure primogenituræ nihilominus gaudeat, *per textum satis apertum Genes. c. 25 v 25. & 33.* ubi E-
sau prior egressus, & protinus, nullo temporis interval-
lo intercedente, secutus est Jacobus, illius plantam pedis
manu tenens: ex isto temporis puncto jus primogenitu-
ræ consecutus est, quod postmodum fratri Jacobo ven-
didit. Sed & alias in jure nostro ratione brevissimi 120
temporis quid dicitur altero priùs, vel posterius

Digitized by Google

& ita præponitur, vel poſtponitur. *l. ſi quis eum. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* ubi teſtamentum dicitur prius, quod unâ ſaltem horâ ante aliud confectum fuit. Atque hoc ipſum plurium Doctorum auctoritatibus confirmat Tiraquellus, *d. Comment. de jure primigenior. q. 2.*
121 *n. 2.* At quid dicendum, ſi is, qui primus genitus erat, illico, nullâ etiam editâ voce, ab hac luce ſubtractus & mortuus fuerit, an primogenitus cenſebitur? Et primogenitum cenſeri, verius eſt: non ſolum quia primus ex utero materno exiit, vulvamque primus aperuit: ſed etiam quia pro nato habetur, qui in hanc lucem editus ſtatim deceſſit, *per textum clariſſimum in l. quod certatum 3. C. de poſthum. heredib. inſtit.* in cujus fine Juſtinianus Imp. reſcribit: non inſpiciendum eſſe, an natus vocem emiſerit: ſed hoc tantummodo requirendum, an vivus perfectè ſit natus ad nullum declinans monſtrum vel pro-
122 digium. Etenim non ſunt liberi, qui contra formam humani generis converſo more procreantur, *reſpondente*
123 *Paulo in l. non ſunt. 14. ff. de ſtatu homin.* Haud quippe ſatis eſt ad hominis propagationem, ut ex ſpermate humano oriatur: ſed forma quoque humana requiritur, à cujus perfectione, ut cæteræ res; ita & homo nomen ſuum accipit, ſine quâ rationis particeps reddi nequit. *l. Julianus. 9. §. ſed ſi quis. in fine. ff. ad exhibend. l. ſi is, qui 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid. Idque latiùs explicat. Hunnius d. lib. 3. var. reſolut. tract. 1. q. 20.* Porrò de monſtroſis partibus multa ſcitu perdigna collegit Speidelius *in Notab. jurid. hiſtor. polit. lit. M. num. 31. verb. Miſzgeburt pag. 657. & ſeqq.*

124 Quanquam autem, per rerum naturam fieri non poteſt, ut duo pluresve ſimul, uno impetu, ex utero matris erumpant. *l. Arescuſa. 15. ibi. nec enim natura permiſit. ff. de ſtat. homin.* cùm tamen interdum vel per incuriam obſtetricis, vel aliam ob cauſam ignoretur (Id ſiquidem nonnunquam ignorari, relucet *ex l. ſi fuerit. 10. in princ. & §. 1. ff. de reb. dubiis. item ex Geneſ. c. 38. v. 27. & ſeqq.*) uter ex gemellis, aut etiam ex fratribus non geminis, prior ventrem maternum exierit: idcirco intricata admodum & anceps quæſtio exoritur, uter illorum jure primogenituræ gaudere debeat; De hac quæſtione tot ferè extant Interpretum opiniones, quot illorum ſunt capita. Alii namque utrumque admittunt: alii, neutrum primogenituræ prærogativâ uti debere, ſtatuunt: alii gratificationi Superioris locum eſſe, cenſent: alii vel formoſiorem, vel robuſtiorem primogenitum eſſe, præſumendum exiſtimant: alius patris eſſe electionem, utrum ſibi velit eſſe primogenitum, arbitrantur: alii eum, qui in poſſeſſione eſt, pro primogenito habendum putant: alii eum, qui primus juris primogenituræ poſſeſſionem nactus eſt poſt mortem patris, etiamſi tempore litis conteſtatæ non poſſideat, alteri præferendum eſſe, autumant: alii totum hoc negotium ſorte dirimendum concludunt: alii denique in alia ſententiarum divortia abeunt. *Quas opiniones copioſiſſime & diligenter referunt & examinant Joannes Ciriꝰ in tract. primogenituræ. lib. 1. q. 6. & aliquot. ſeqq. Molinæus d. Comment. in conſuetud. Pariſ. t. 1. §. 8. gl. 1. n. 3. cum ſeqq. Tiraquellus d. Comment. de jure primigenior. q. 17. Hunnius d. lib. 3. tract. 1 q. 21. D. Rumelin. d. diſſert. 6. ad Aur. Bull. th. 8 & Hieronymus de Cavallos*
125 *tom. 1. opinion. commun. contra com. q. 248.* In iſthac Interpretum diſſenſione eorum reor ego probandam ſententiam, qui ſorte ritè pièque inſtituta rem terminari, dirimique debere, affirmant. Quæ ſententia confirmatur per omnia jura, quæ rem dubiam ſorti committendam eſſe volunt. *l. ſed cùm ambo. 14. ff. de judic. l. ſi quæ ſunt cautiones. 5. ff. famil. erciſc. l. generaliter. 24. §. quid ergo, ſi plures. 17. ibi, aut ſortiri eos oportebit. ff. de fideicommiſſar. libertatib. l. ult. in princ. C. communia de legat. §. optionis. 23. in fine. ſupr. de legat. & l. 2. poſt principium.*
126 *C. quando & quib. quarta pars debetur, &c.* Eidem ſententiæ non parum roboris addit, quòd non ſolùm Deus ipſe terram promiſſam inter tribus populi Iſraelitici ſorte dividi juſſerit. *Num. c. 26. v. 55. & ſeq. cap. 33. v. 54. c. 34. v. 2. & 13. itemque cap. ult. v. 2. Deuteronom. c. 1. v. 38. & c. 31. v. 7. Joſuæ c. 1. v. 6. 13. & aliquot ſeqq. 1. Paralipom. c. 24. v. 5. & Pſalm. 77. v. 55.* verùm etiam Sacerdotes, Levitæ, Janitores, Clerici, Apoſtoli, & cæteri ſacris rebus præfecti, ſortibus olim deligi ſoliti fuerint: *ut videre eſt ex 1. Paralipom. cap. 24. 25. & 26. actor. cap. 1. v. 26. can. non ſtatim. 2. & can. non exemplo. 4. cauſ. 26. q. 2. can. cleros. 1. Diſtinct. 21.* Quin & exemplis admo- 127
dum illuſtribus noſtra aſſertio corroboratur. Nam refert Livius *l. 1. ab Urb. condit.* Romulum & Remum, cum eſſent gemini, nec ætatis verecundia diſcrimen facere poſſet (ignorabatur enim, uter eorum eſſet major natu) ſorte augurii diremiſſe, uter nomen novæ urbi daret, quique conditam imperio regeret. Sed & poſt mortem Romuli Interrex ſorte delectus eſt. Patricii ſiquidem in Senatum conſcripti à Romulo ducenti numero cùm eſſent; diviſi ſunt in decurias, poſteaque immiſsâ ſorte, illi, quorum ſors prima exibat, Urbi præſidebant, Imperatorium magiſtratum agentes, *ut tradit Dionyſius Halicarnaſſæus l. 2.* Darius primus Perſarum Rex, regnum ſorte adeptus eſt. Eo namque regno vacante, mortuo Cambyſe, Smerdeque fratre occiſo, ſeptem ex Perſis, & ii quidem prudentiores, ſucceſſionem regni ſorti fortunæque commiſerunt: ita ſcilicet, ut ſub ortum ſolis conſcenſis equis, eos ante regiam producerent, & cujus equus vocem ſive hinnitum primus edidiſſet, is regno potiretur: quod & factum eſt, Dariusque eo pacto, quoniam ſcilicet ejus equus primus omnium adhinnivit, regnum obtinuit, *referente Herodoto lib. 3. Ammiano Marcelliano lib. 23. poſt medium. Oroſio lib. 2. c. 9. & Polyæno lib. 7. ſtratagemat.* Præterea ſucceſſores quoque Alexandri Magni regnum ſorte inter ſe diviſiſſe, ſcribit Juſtinus *lib. 13.* Hujusque rei exempla ferè innumera ex probatis Hiſtoricis & Scriptoribus accumulavit Tiraquellus *prædicta quæſt. 17.* Quæ profectò exempla, cùm juri & divino & humano, ſortitionem licitam approbanti, congruant: omnino contemni, aut
floccipendi non debent. Nec ad rem facit, quod in no- 128
ſtro præſenti caſu nulla lex, nulla Principis conſtitutio ſortem admittat: ac proinde ex ſuprà adductis textibus nil
quicquam firmiter inferri queat. Quicquid enim in jure 129
expreſsè prohibitum non eſt, id cenſetur permiſſum & conceſſum *arg. l. 1. § 1 ff. de teſtibus.* Cùm igitur ſors, in quâ nullus dolus aut fraus ſive captio intervenit, nullibi reperiatur in noſtro caſu prohibita: utique permiſſa
ac conceſſa intelligetur. Quò confert etiam, quod *in l.* 130
neque leges. 10. & tribus ſeqq. ff. de legibus. à Juliano & Ulpiano reſpondetur: neque leges, neque ſenatusconſulta ita ſcribi poſſe, ut omnes articulos, aut caſus, qui quandoque inciderint, ſigillatim comprehendant.

Nihil quoque movet, aut urget, quod objectatur à ple- 131
riſque: quæſtionem præſentem (*uter ex gemellis ſit primogenitus?*) eſſe potiùs facti, quam juris. *l. idem erit. 16. ff de ſtatu hom.* Commune a. eſſe & vulgatum Doctor. axioma: quæſtionem tantum juris, non quæſtionem ſeu dubium facti ſortitione terminari debere ſed factum allegantem ad ejus probationem obligatum eſſe. *l. 2 eum, qui. 22. ff. de probationib. l. actor 23 C. eod. Gloſſ. in l. unic. in verb. prohibebit. in fin. ibiq. Cynus Bartol. Bald. Salicet. Angel. & cæteri. C. uti poſſidet. Jaſon. Alex. Corneus, & alii in l. ult. C. commun. de leg. Joan. Andr. Panormit. & Joan. de Anania in c. ult. ext. de ſortilegiis. idem Panorm. Felinus. & omnes ferme Canoniſtæ. in c. licet cauſam. 9. ext. de probationib.* Etenim reſpondetur: illud axioma nullo jure probari; & rationes eaſdem, quibus in dubio juris ad judicium ſortis recurritur, æquè militare in dubio ſive incertitudine facti, quod aliter non poteſt ita commodè explicari, putà ut ambitionis vel gratiæ ſuſpicio auferatur. *arg. d. l. generaliter. 24 §. quid ergo 17. ff. de fideicommiſſar. libert.* & ut altercatio finiatur, *d. l. ult. C. Communia. de legat. Ita tenent Philippus Decius in d. c. licet cauſam 9. n. 28. de probat. Carol. Molinæus d. Comment. in conſuetud. Pariſ. t. 1. §. 8. gloſſ. 1. n. 8. cum ſeqq. & noviſſimè Clariſ. Dn. Collega Beſoldus l. 1. de regia ſucceſſione. diſſertat. 4. num. 14.*

Dubia quoque & notabilis controverſia eſt: utrùm de- 132
ſcendentes ad avi vel proavi hereditatem admittantur, quando parens eorum prædefunctus paternæ vel avitæ hereditati nondum delatæ, legitimè renunciavit? Cujus quæſtionis ſive controverſiæ, ut meliùs ea intelligatur, familiare hoc ſit exemplum: Nobilis quædam virgo, cùm

nuptui

Digitized by Google

nuptui collocaretur, acceptis in dotem mille florenis, hereditati paternæ renunciavit cum juramento, *juxta formam c. quamvis. 2. de pactis. in 6.* Poſtea deceſſit relictis aliquot liberis. Quæritur, an ejus liberi ad defuncti avi hereditatem, tanquam nepotes, cum avunculis ſuis ſint admittendi? Et ſane ſi filia, quæ renunciavit poſt patrem ſuum mortua fuerit: unanimis & expedita Doctorum concluſio eſt: nepotes, propter renunciationem iſtam juratam, cum avunculis avo ſuccedere non poſſe. *Bellon. conſil. 15. num. 14. Baptiſta a Villalobos in communib. opinionib. verbo, filia. num. 150. Rodericus Zuares in repetit. l. quoniam in prioribus. 32. limitat. 4. num. 9. C. de inoffic. teſtament. Graſſus in libro receptar. ſentent. §. legitima. quæſt. 4. num. 3. aliiq; per hunc adducti. Eadem de re videatur Hunnius lib. 3. var. reſolut. jur. civ. tr. 1. q. 17. & 18. itemq; Rittershuſius in expoſit. Novell. Juſtin. part. 7. c. 9. num. 9.* Illud autem perplexum eſt: ſi filia, quæ paternæ (acceptâ dote) renunciavit hereditati vivo adhuc patre, mortem obierit: numquid ejuſdem liberi cum avunculis vel materteris ſuis, avi, qui poſt filiam deceſſit, hereditatem petere poſſint? Et nil remorante contrariâ opinatione *Ludovici Romani l. qui ſuperſtitis. 94. num. 3. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Decii conſil. 181. colum. penult. Gulielmi Bened. in c. Raynutius verſ. duas habens filias n. 181. de teſtam. Socini junioris conſ. 67 n. 59. vol. 2. Beroi, conſil. 49 n. 38. vol. 1. Bellon: conſ. 15 n. 6 cum ſeqq & aliorum quorundam)* poſſe veriſimilior eſt, ea que receptior traditio.

133 Quæ quidem ſequentibus potiſſimum innititur rationibus ac fundamentis. Primum quia ubi filia renunciat hereditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem loco hereditatis: ſed dote contenta dicitur hereditati adhuc ſibi debitæ renunciare. Pater ſiquidem filiæ dotem dare tenetur. *l. ult. C. de dot. promiſſ.* Et nihilominus filia patri ſuccedit, conferendo tamen dotem. *l. illam. 19. C. de collationib.* Ergo non videtur hereditatem conſecuta, ſeu loco hereditatis accepiſſe dotem: ſed acceptâ dote, non ampliùs ſuccedere poteſt: quia renunciavit. Filii igitur ejus, quibus hereditas avi non ex perſonâ matris, ſed ex jure proprio defertur, illam vindicare queunt: cùm neq; renunciaverint, neque ex perſonâ renunciantis veniant.

134 Deinde iſthæc filiæ renunciatio cenſetur facta ſub hac conditione: *ſi hereditas paterna ad ipſam viventem devoluta ſive delata fuerit.* Atqui ſi filia ante patrem decedat: hereditas paterna ei non defertur. Ergo nepotes, utpote deficiente conditione, renunciationi tacitè inſerta, ab avi ſucceſſione non excluduntur. Qui enim ſub unâ conditione renunciat, is ſub contrariâ conditione non renunciaſſe, ſed hereditatem ſibi, ſuiſque poſteris reſervare voluiſſe intelligitur, *argumento l. quotiens 14 in fin. ff. de novationib. l. ſi ita ſit ſcriptum. 45. §. 1. ff. de leg. 2. & l. Titio uſusfr. 96 ff. de condit. & demonſtrat.* Adhæc renunciatio ſtrictiſſimi juris eſt: nec egreditur perſonas renunciantium: neque etiam ad ius porrigitur, quod verbis ejus palam non eſt comprehenſum. *l. quicquid adſtringendæ. 99. ff. de verb. obligat. Socin. conſil viſo proceſſu in fin. lib. 1.* At filia ſuo tantum juri, non verò liberorum ſuorum renunciavit: imò ne renunciare quidem potuiſſe videtur, *arg. l. ſi unus 27. in pr. ff. de pact. & totius t. C. ne filius pro patre, &c.* Quocirca liberi, non obſtante matris renunciatione, ad ſucceſſionem avi hoc caſu pervenire poterunt. Quando enim mater renuncians moritur, ſuperſtite patre: liberi illius ſtatim ſubintrant locum matris, iiſque ſucceſſio debetur, non quidem intuitu matris, ſed proviſione ſeu beneficio legis, tradito *in Auth. ceſſante. C. de legitimis heredib.* quod beneficium ipſis adimi non debet, *arg. l. ſi arrogator. 12. §. 1. ff. de adoptionib. & l. ſi quis filium. 34. C. de inoffic. teſtam.* Præterea aliquid firmamenti noſtra ſententia habet *ex l. ſi ex patronis. 10. §. 1. in fin. ff. de bonis libertor. & l. ſi quis filio. 6. in princ. ff. de injuſto, rupt. irrito facto teſt.* ubi expreſſum eſt; quòd, ſi pater exheredet filium ſuum, qui moritur ante teſtatorem, iſthæc exheredatio non noceat nepotibus ex illo filio: ſiquidem pro non factâ habeatur. Ergo eodem modo non nocet nepotibus in propoſitâ ſpecie renunciatio, per matrem facta: quominùs ad ſucceſſionem avi perveniant: quia validè ſumitur argumentum ab exheredatione ad renunciationem, *docente Paulo Caſtrenſ. ad d. l. qui ſuperſtitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

Nec adverſatur, quòd liberi, tanquam heredes, promiſſionem ſive factum & renunciationem matris ratam habere teneantur; eique, petendo avitam hereditatem, contravenire nequeant, *l. plum. 31. ff. de liberali cauſ. l. ex qua perſona. 149. ff. de reg. jur. l. cùm à matre 14. C. de rei vindicat.* Nam liberi, ſi poſt obitum matris, ante avum defunctæ, ad bona avita aſpirant: matris, cui heredes extiterunt, renunciationem promiſſionemve minimè impugnant. Illa ſiquidem, ut ante dictum, tacitam hanc conditionem annexam habet: *ſi ſucceſſio ſeu hereditas matri deferatur.* Unde facile intellectu eſt, in eum eventum, ſi fortè mater ante patrem ſuum, atque ſic ante delatam ſibi hereditatem, vitam cum morte commutaverit, renunciationem factam non eſſe. 136

Ea quippe conditionis natura eſt, ut prius impleri, quam emolumentum ex illâ quæri debeat, *l. pecuniam, quam. 36 ff. de reb. credit. ſi cert. petet. l. neceſſario. 8. in princip. verſ. quòd ſi pendente. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Thais 41. §. Stichus. 11. ff. de fideicommiſſar. libertatib. l. Mævius. 55. ff. de cond. & demonſtrat. l. hoc jure. 10. ff. de verbor. obligationib.* & niſi in veritate impleta fuerit, nihil (uti noſtri *Dd. loquuntur*) ponit in eſſe, *argum. l. filiusfamilias 114. §. cum erit. 13. ff. de legat. 1. l. ſi quis ſub conditione. 8. ff. ſi quis omiſſa cauſ. teſtament. l. ſi poſt diem. 5. §. 2. ff. quando dies legator. cedat. l. Areſ ... 15. ff. de ... bonor. l. ult. § ex hoc apparet. 8. ff. de verb. oblig. l. ſed re dicit. 213. ... num. 12. ff. de verb. ſignif. ... conditio. 3. & l. ſeq. C. de conditionib. inſert. Corn. conſ. 79 n. 11. vol. 3. Pariſ. conſ. 32. num 45. & 17. vol. 1. Surdat. conſ. 44. num 28. vol. 1. Gail. lib. 2. obſerv. 132. num. 3.* 137 idque non tantùm in expreſſa, ſed & tacita conditione locum habet, *per textum in l. item quia. 4. §. hujus rei. 2. & ibi gloſſ. ſuper verb. cauto. & Dd. communiter ff. de reb. cred. ſi cert. pet. l. ſi qui. 9. verſ. nam quædam in ſermone tacitè excipiuntur. ff. de ſervitutib. & l. res in dotem. 42. ff. de jure dot.*

Nec hanc aſſertionem turbat *l. conditiones. 99. ff. de condit. & demonſtrat.* ubi Papinianus oſtendit, quod ea, quæ tacitè inſunt, legatum vel obligationem conditionalem non faciant: ut fructus fundi ſi legati fuerint, quamvis hi ſub hac conditione, *ſi nati fuerint*, relicti intelligantur: nihilominùs tamen, ſi legatarium ante horum proventum decedere contingat, ejus heredi debeantur, *l. cùm illud. 25. ad finem. ff. quando dies legator. cedat.* Sic eàdem ratione aſſerendum videtur: quod renunciatio, licet conditio ejus tacita in vitâ renunciantis non extiterit: nihilominùs poſt hujus obitum, in perſonâ heredis impleri poſſit. Hoc, *inquam*, aſſertionem noſtram non turbat. 138

139 Nam in conditionibus potiſſimum locum voluntas tenet, earumque ſenſus magis, quàm verba, amplectendus venit, *reſpondente Ulpiano, in l. ſi quis ita. 3. §. conditio. 9 ff. de adimend. vel transfer. legat.* Quod utique in tacitis conditionibus maximè dicendum eſt: cum eæ non verbis exprimi, ſed ex ſolâ diſponentium voluntate colligi ſoleant. Quamobrem hac etiam in parte ſi diſponentium mentem penſiculatè conſideraverimus: ingens horum caſuum differentia & diſcrepantia apparebit. Teſtator etenim fructus purè legando, hoſce omninò legatario, ejuſque heredibus acquiri voluit: nec ullam proculdubio, ſi mortis tempore extitiſſent, conditionem adjeciſſet. Ideoque ex præſumptâ diſponentis voluntate, legato iſtiusmodi nullam conditionem, ſed præſtationi moram duntaxat injectam eſſe, Paulus reſpondit, *l. quod pure 6. § 1. ff. quando dies legat. cedat.* Aliter ſe res habet in conditione iſtâ tacitâ: *ſi hereditas paterna filiæ renuncianti delata fuerit.* Omnis namque renunciationis vis & efficacia in illâ conſiſtit: eaque ut ſubintelligatur, ipſa rei natura ac ſubjecta materia ſuadet, dictatque. 140

Alias enim hoc renunciationis pactum non ſubſiſteret: cùm nulla viventium hereditas aut ſucceſſio eſſe, & conſequenter de eâ nulla pura renunciatio fieri poſſit, *l. 1. ff. de hereditate vel act. vend. d. l. qui ſuperſtitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Neque etiam negotium faceſſit, quòd liberi here-

Digitized by Google

dès matris, ejusdem juri sint obnoxii, non activè tantùm, sed & passivè. *l. hereditatis.* 119. *ff. de verb. significat. l. heredem.* 59. *& l. hereditas* 62. *ff. de reg. jur.* Cùm enim mater nullum jus habuerit in vivi patris futurâ hereditate: cùm non-entium nulla sit qualitas. *l. decem.* 116. *ff. de verbor. obligat.* proindeque renunciationis illius effectus re ipsa dilatus sit in futuram patris mortem: in eam autem mater non supervixerit: sequitur inde, quòd matris renunciatio isthæc nihil officiat liberis: quippe cùm patris hereditas & renunciatio illa se mutuò arguant, ut subjectum & adjunctum: & subjecto deficiente, ipsum quoque adjunctum deficiat: ac ea propter renunciatio illa perinde habenda sit, ac si non esset facta à matre, vivo patre defunctâ. Cùm ergo renunciatio illa, & effectus ejus non continebatur sub jure matris tempore mortis ipsius, haud dici potest, quòd ea liberis obesse queat. *D. Collega Bocer. in hoc tit. num.* 41. *& seq. part.* 66.

141 Nihil quoque obstat, quòd heres & defunctus habeantur pro unâ eâdemque personâ: proindeque quod defunctus pepigit, & heres pactus censeatur, *Novell.* 48. *in fine præfationis.* Quandoquidem illud ex fictione juris venit: siquidem in rei veritate diversæ sint personæ. Sed & illud procedit in his, quæ heres immediatè à defuncto habet, tanquam heres. Atqui in nostrâ quæstione filii successionem avitam non tanquam heredes matris, sed ex proprio jure obtinent. Ergo quoad illam non repræsentant matrem: nec eadem persona cum matre dici possunt.

142 Præterea non obsistit *cap.* 1. *An agnatus vel filius defuncti possit retinere feud. &c. tit.* 45. *lib.* 2. *feudor.* ubi filii non possunt habere feudum ex pacto & providentiâ, & repudiare hereditatem patris: & tamen illud feudum habent ex personâ propriâ, videlicet ex providentiâ primi domini, concedentis feudum, & dispositione legis. Sic etiam proposito in casu licèt filii veniant ex personâ propriâ; tamen cùm sint heredes matris, pactum matris approbare debent. Hoc, *inquam*, non obsistit. Quia renunciationis pactum à matre factum, propter non impletam conditionem pro non facto habetur. Renunciatio enim (*ut jam suprà inculcatum numer.* 133. *&* 135.) sub eâ conditione videtur facta: *si matri hereditas paterna delata fuerit.* At verò hereditas illa matri non fuit delata. Quapropter renunciatio, tanquam deficiente conditione, pro non factâ habetur, *argum. l. qui heredi.* 44. *& l. Mævius.* 55. *& similium. ff. de condit. & demonstrat.* Concludendo ergo intrepidè statuendum est: cùm vinculum renunciationis per obitum matris, adeòque per conditionis defectum penitus sublatum sit: & nepotes avitam successionem non ex matris, sed propriâ personâ agnoscant: maternam renunciationem, cujus virtus in eos descendere non potuit, nullâ ratione iis, in avitâ hereditate obtinendâ, obesse aut præjudicare posse. Et hanc, utpote frequentioribus calculis receptam sententiam, tenent & pleniùs explicant *Bartolus & Paulus Castrensis in d. l. qui superstitis.* 94. *ff. de acquir. vel omitt. heredit. Baldus, Alexander, & cæteri in l. pactum.* 3. *C. de collationibus. Idem Baldus in l. fin. C. de pact. Natta in c. quamvis. de pactis. in* 6. *& ibidem Matth. Boys. part.* 2. *n.* 124. *cum seqq. ibidemq; Covarruvias §.* 2. *num.* 4. *& rursus §.* 3. *num.* 7. *Marauta Disput.* 10. *Wesenbecc. consil.* 11. *num.* 14. *& cons.* 71. *n.* 16. *& aliquot seqq. Cephalus cons.* 308. *num.* 51. *consil.* 334. *& cons.* 650. *num.* 78. *Cravetta cons.* 84. *numer.* 5. *& cons.* 127. *cent.* 1. *Gozadin. cons.* 75. *in fin. Grassus d. §. legitima. quæst.* 4. *numer.* 3. *&* 4. *Kirchovius communium conclus. cent.* 6. *conclus.* 100. *Tiraquell. in Comment. de jure primigenior. quæst* 40. *num.* 113. *&* 120. *Bronchorst. cent.* 1. *Miscellan. controvers. assert.* 18. *Villalobos in commun. opin. litera F. numer.* 151. *Stephan. Ranchin. in annotat. ad Guid. Pap. quæst.* 598. *Fachinæus lib.* 3. *controvers. jur. cap.* 23. *Ludovic. Morot. consil.* 22. *num.* 1. *cum seqq. Hartman. Pistoris lib.* 4. *quæst.* 7. *num.* 4. *& seqq. Berlichius part.* 2. *conclusion. practicabil. conclus.* 43. *numer.* 17. *cum seqq. pag.* 925. *& seq. Dominicus Card. Tuschus tom.* 6. *practic. conclusion. lit. R. conclus.* 181. *num.* 36. *& seq. D. Besold. in delibatis jur. ex lib.* 2. *Pand. titul.* 14. *numer.* 19. *pag.* 225. *cum seqq. & in thesauro practico lit. V. n.* 23. *p.* 809. *Paul. Æmil. Gall. in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quàm ex testam. part.* 1. *tit.* 2. *except.* 1. *fol.* 73. *cum seqq. Forsterus junior in tract. de pact. c.* 6. *pag.* 168. *cum seq. & Barthol. Kellenbentz. de renunciatione success ion. quæst.* 33. *pluresque alii, ab his cumulatim citati.* Quò faciunt etiam valde, quæ tradita sunt à Georgio Beato *in decisionib. antinomiar. quæstion.* 26. Item à Dn. Nicolao Varenbülero, *consil.* 13. & Francisco Husmanno *consil.* 14. *vol.* 1. *Consiliorum D. Besold. fol.* 286. *& multis seqq.* nec non Doctore Marta *tom.* 3. *digestorum novissimorum, tit. renunciatio. cap.* 7. *& seqq. fol.* 292. Et de renunciatione filiæ juratâ, plura notatu digna tradit Rittershusius *lib.* 3. *different. juris civ. & can. cap.* 5. *pag.* 201. *& seqq.* Portò an & quatenus filius primogenitus juri primogenituræ renunciare queat, ubertim explicant *Tiraquellus d. Commentar. de jure primog. quæst.* 26. *&* 27. *Arnoldus Engelbrecht. in Quæst. de Success. in Electorat. th.* 21. *& D. Rümelin. d. dissertat.* 143 *6. part.* 1. *ad Aur. Bull. Carol. IV. th.* 7. *&* 9. Cæterùm quod suprà *num.* 57. dictum est, descendentes vel liberos parentibus æqualiter succedere: id procedit quidem in liberis, qui ex eodem matrimonio, iisdemque nuptiis procreati sunt; at secus est, si liberi diversi matrimonii fuerint. Tunc enim unaquæque soboles donationem propter nuptias, vel dotem sui parentis præcipuam habet: in aliis bonis illi æqualiter succedunt, *l. cùm aliis.* 4. *C. de secund. nupt. Novell.* 22. *cap.* 29. *Borcholt. d. tract. de gradib. tit. de success. descendent. in fin. pag.* 186. *& in Commentar. ad consuetud. feud. cap.* 7. *de successione. num.* 16. *Grass. d. lib. sententiar. §. successio ab intestato quæst.* 17. *& Heigius hic cap.* 5. *num.* 83. *& subsequenti.*

Planè non solum jure civili, sed & feudali liberi æqua- 144 liter succedunt, *cap.* 1. *§. & quia vidimus. de his, qui feud. dare poss. titul.* 1. *lib.* 1. *feud. cap.* 1. *de successione feud. titul.* 8. *lib.* 1 *feud.* beneficio repræsentationis retento, ut nimirum primi gradùs liberi in capita; ulterioris verò, in stirpes succedant, *dict. tit.* 8. *ibi nepotes ex filio, loco sui patris &c. lib.* 1. *Roland. à Valle cons.* 68. *n.* 22. *& seqq. vol.* 1. *Henningus Goden cons.* 21. *num.* 1. *Antonius Gabriel. Roman. libr.* 4. *conclus. tit. de successionibus ab intestato. conclus.* 1. *numer.* 7. *Hunn. in suis resolut. ad Treutler. vol.* 2. *disput.* 16. (*vel* 15. *ut ipse numerat*) *th.* 1. *quæst.* 13. *pag.* 145 205. Et possunt liberi inter se feudum suo arbitratu dividere: nisi feudum sit regale, quod ex lege Friderici Imperatoris, propter conservationem dignitatis & splendoris familiarum, dividi nequit, *per textum apertum in tit.* 55. *de prohibitâ feudi alien. per Frider. §. præterea ducatus. lib.* 2. *feudor. latè Andreas Gail. observ.* 153. *libr.* 2. *Leopoldus Northoff in chronic. comitum de Marcka, huncque referens Goldast. lib.* 2. *de majorat. cap.* 17. *n.* 51. *Theodor. Reinkingk in tract. de regim. secul. & ecclesiast. libr.* 1. *class.* 4. *cap.* 17. *num.* 10. *& Borcholt. d. Comment. feudal. c.* 7. *num.* 40. *& seqq. ubi plures citat.* Quamvis enim feudum per se & suâ naturâ sit individuum, ut & ususfructùs, cæteræque servitutes: utilitatis tamen causâ inductum est, ut materia feudi instar ususfructùs, id est, fructùs ipsi dividantur. *d. titul.* 55. *§. præterea ducatus. libr.* 2. *feudor. junctâ l. ususfructus & ab initio.* 5. *ff. de usufruct. D. Bocer. class.* 5. *Disputat.* 18. *thes.* 19. *ad lit. b. edit.* 2. Hincque Günther. *libr.* 8. *de rebus gest. Friderici I. Imp. fere circa finem ita canit:*

Marchia seu Comitis possessio, sive Ducatus,
Integra permaneant. Feudalia cætera multis
Participanda patent. ———

Cùm autem Imper. Friderici constitutio feudum rega- 146 le, velùti regnum, ducatum, marchionatum & comitatum, dividi disertè vetet: in quæstionem non immeritò vocari potest: ecquid primogenitus in successione feudi regalis, & dignitatem annexam habentis, cæteris suis fratribus præferri debeat? Et debere præferri, non sine ratione 147 affirmatur, *argum. Aureæ Bullæ Caroli IV. tit.* 24. *§. si cæteros Principes. & §. seq. D. Bocer. in tract. de jure succed. in feud. c.* 3. *quæst.* 48. *Goldastus d. libr.* 2. *de Majorat. cap.* 15. *eosq; referens D. Rümelin. Gener mihi charissimus, Dissert.* 4. *part.* 3. *th.* 4. Sed & jus primogenituræ evidenter

Digitized by Google

denter ſatis ex ipſo jure divino conſtat, *Deuteron.cap.*21. *verſ.*17. *Geneſ.cap.* 27. *verſ.*29. *Paralipom. lib.*2. *cap.* 21. *v.*3. *& alibi.* Quinimò ordo non ſolum naturæ ac divinæ legis, ſed etiam omnium ubique gentium jus iſtud approbat. Naturâ ſiquidem comparatum eſt, ut majores natu imperent, præſint, dominentur, juniores ſerviant, ſubſint & obediant: idque vel inter bruta animalia obſervari videmus. *Ariſt. libr.* 6. *hiſtor. animal. cap.* 18. *Plinius lib.* 11. *cap.* 40. *Ælian. libr.* 3. *de natura animant.* Ac certè olim tam apud Ægyptios, Moabitas, Albanos, Græcos, Athenienſes, Macedones, Trojanos, Perſas, Numidas, quàm Germanos, omnesque gentes conſuetudo fuit, hodieque eſt, & ea quidem à jure approbata: ut in his, quæ dignitatis ſunt, primogenitus cæteris præferatur, *uti videre eſt ex exemplis, quæ allegant Petrus Gregor. Tholoſ. lib.* 7. *de Republic. cap.* 5. *Bodinus lib.* 6. *de Republic. cap.* 5. *Tiraquell. in præfat. Commentar. de jure primigenior. num.* 22. *& multis ſeqq. D. Beſold. lib.* 1. *de regia ſucceſſ. diſſertat.* 4. *&* 6. *n.* 15. *item lib. Politic. cap.* 6. *num.* 27. *Erneſt. Cothman. conſil.* 1. *num.*202. *&* 284. *& ſeqq. vol.* 5. *Adde Joannem Georg. Majer. Generum mihi itidem dilectiſſ. in Synopſ. Juriſprud. Beneficiariæ ſect.* 3. *cap.* 9. *n.* 101.
148 *pag.* 63. Hinc natu maiores ſive ſeniores anteponendos eſſe minoribus, haud obſcurè innuit Calliſtratus *in l. ſemper* 5. *ff. de jure immunit.* Hinc etiam Alexander Imperator Ulpianum Juriſconſultum, parentem ſuum vocavit, eò quòd eſſet ſenior. *l. ex divi.* 4. *C. de locato & conduct.* Hinc quoque ſeniores primo loco ſedere debere, arguit *l.*2. *C. de Præfectis Prætorio, &c.* Et, illo jure naturæ inter Principes violato, ſæpius contigit, ut graviſſima bella, funeſtiſſimaque parricidia ſint ſecuta. *Bodin. & Petr. Gregorius Tholoſanus locis præallegatis. Juſtin. libr.*16. *& Livius libr.* 10. *belli Maced. Sed conſulatur D. Hunnius lib.* 3. *& var reſolut. jur. civ. tract.* 1. *quæſt.* 22 *& ſeqq. ubi eleganter oſtendit: jus primogenituræ non ſolum ex jure naturæ & gentium deſcendere: verum etiam conſuetudine & ſtatuto rectè induci poſſe. Eadem de re pleniſſimè diſſertat Andreas Tiraquellus d. Commentar. de jure primigenior. quæſt.* 4. *& ſeqq.*

149 At quid judicandum, ſi primogenitus ſit ignavus, iners, deformis, balbus, luſcus, claudus, gibboſus? numne ideò ſceptra de manibus illi extorquenda? Minime hoc fieri poſſe, rectè ſtatuitur. Quia nullæ corporis aut animi deformitates tantæ eſſe debent, ut propter eas ab hoc jure omnium gentium communi diſcedatur. Ac melius utique eſt, ſub gibboſo, aut claudo eſſe Principe, cui conſilium probum adjungi poteſt, quàm ſub Principe integro, cui malum conſilium eſſet. Ideòque memoriæ prodidit Herod *lib.*5. quòd apud Lacedæmonios Ageſilaus, etſi claudus, tanquam proximior, ad regnum ſit vocatus. Sic Ungariæ Comitia Colomannum primogenitum, Alino fratri ſecundogenito prætulerunt: tametſi gibboſus, claudus, luſcus & balbus fuerit, *referente Heming. in geneal. reg. Ungar.* Similiter Carolo VIII. Regi Gallorum, quamvis corporis totius effigies fuerit deformis, regni adminiſtratio commiſſa fuit. *Paul. Æmil. libr.* 10. *hiſtor. Franc. Pontan. lib.*2. *cap.*34. Nec præterea propter ignaviam & inertiam primogenitus eſt repellendus: cùm per procuratores aut vicarios, ſi per ſe nolit, aut nequeat, adminiſtrare poſſit. Quamobrem retineantur ex ſucceſſione Principes primogeniti, vel in memoriam priorum, vel ex lege, vel quia etiam tales, per ſe non valentes imperare, ſint utiliores Reipublicæ, quàm ſi novâ electione cardines totius pacis ac Reipublicæ eſſent commovendi. *Petr. Gregor. d. lib.*7. *de Republ. c.* 6. *Bodin. d. libr.* 6. *de Republica. c.* 5. Verùm an & quatenus primogenitus, qui ad regnandum inhabilis videtur, à ſucceſſione ſit removendus, latius explicant. *Tiraquellus d. Comment. de jure primigen. quæſt.*23. *Molinæus in Comment. ad conſuetud. Pariſ. tit.* 1. *§.*8. *gloſſ.* 1. *quæſt.*2. *num.*26. *Keckerman. lib.* 1. *Polit. c.* 4. *Dn. Beſold. d. lib.* 1. *de regia ſucceſſ. diſſert.* 10. *edit.*2. *Ludovic. Molin. lib.*3. *de jur. prim. cap.* 2. *Georgius Ritter. in diſſertat. de homagio ſubjectionis cap.*3. *concl.* 56. *& Arniſæus. lib.* 2. *relectionis politicæ. c.* 2. *ſect.* 8. *num.*62. *pag.*295. Illud hoc loco breviter admonendum: quòd pater ſecundogenitum primogenito præferre haud poſſit: propterea quòd jus primogenituræ à lege delatum & quæſitum primogenitus obtineat: ac proinde ei à patre illud auferri nullo modo queat, *arg. l. id quod noſtrum* 11. *ff. de reg. jur.* cùm nec ipſo Imperator de plenitudine poteſtatis, alteri jus quæſitum adimere valeat, *ut ſuſius demonſtravimus ſupra ad princip. tit. de rer. diviſ. n.*95. *& multis ſeqq.* Illudque copioſiſſimè explicant *Tiraquell. d. Comment. de jur. primogenit. q.* 21. *Arnold. Engelbrecht. in Quæſt. de ſucceſſ. in Electorat. th.* 21. *eorque laudans D. Rümelin. Diſſertat.* 6. *ad Aur. Bull. Caroli IV. th.* 6.

Sed non minus ardua, quam pulchra hic emergit quæ- 150
ſtio: an & is primogenituræ jure fruatur, qui alios quidem nativitate præceſſit: eo autem tempore pater illius regnum, de cujus ſucceſſione agitur, nondum acquiſierat? Et affirmatæ ſententiæ firmiſſimum poſitum eſt fundamentum *in l. ſenatoris.* 5. *ff. de ſenatoribus.* ubi Ulpianus reſpondit: ſenatoris filium non ſolùm accipiendum eſſe eum, qui naturalis eſt, verùm adoptivum quoque: nec referre, in ſenatoriâ dignitate conſtitutus eum ſuſceperit, an ante di-
gnitatem ſenatoriam. Quam legem cum nonnulli ex ad- 151
verſariis videant noſtram firmiter ſtabilire ſententiam, in voculâ *ſuſceperit* receptaculum quærunt, dictitantes; ibi per *ſuſceptum* non ſignificari natum, ſed conceptum. At fruſtrà. Siquidem hoc loco per *ſuſceptum* denotari natum, dilucidè probatur *l. filius emancipatus.* 25. *ff. de ritu nupt.* ubi ſuſceptus filius dicitur avo heres eſſe: quod ſine abſurditate dici non poſſet, ſi acciperetur pro concepto.
Poſthumus enim, antequam naſcitur, neque homo. *l. in* 152
Falcidia. 9. *in fine ff. ad leg. Falcid.* neque in poteſtate patris. *l. ult. ff. de collat. bonor.* neque pupillus eſt. *l. non eſt pupillus.* 161. *ff. de verb. ſignif.* multò minus heres dici poteſt. *l. poſthumi.* 3. § 3. *ff. de inuſt. rupt. irrit. fact. teſtam.* Hæcque inter conceptum & ſuſceptum differentia ad oculum patet ex *l. ex facto.* 17. § *ex facto.* 5. *ff. ad ſenatusconſult. Trebell.* quæ luce aut declaratione non indiget. Non igitur *in d. l. ſenatore.* 5 *ff. de ſenatorib.* à propria verbi ſignificatione recedendum eſt. *l. non aliter.* 69. *in princ. ff. de legat.* 3. præſertim cùm ipſe contextus & comparatio filii naturalis & adoptivi id exigant. Verbum etenim *ſuſceperit* non tantùm ad filium naturalem, ſed etiam ad adoptivum eſt referendum: quòd certè ſine abſurditate fieri nequit, *ſi ſuſceptum* dicimus pro concepto. Nemo quippe adoptivum dixerit concipi. Quò conferunt etiam haud parùm *l. filius.* 22. *§. ſenatores* 5. *ff. ad municip. l. qui ad tempus.* 2. *§. in filiis decurionum. ff. de decurionibus. & fil. eor. l. moris.* 9. *§ ſed utrùm.* 14. *ff. de pœnis l. cum advocatio.* 8. *ibi, cum liberis quandocunque genitis. C. de advocat. diverſ. judicior. l.* 2. *C. de advocat. diverſor. judicum. l. neque Dorotheum.* 61. *l. neminem.* 64. *& ſeqq. C. de decurionib. l. ſi ſenator.* 11. *C. de dignitat. c. ad extirpandas, & c. adhæc. extr. de filiis presbyt.*
Et ratio eſſe poterit: quoniam bona patris liberis contin- 153
gunt, quia ſunt liberi; & non, quia parens in dignitate fuit poſitus, aut non; nullâ habitâ etiam ratione temporis, ſed ſolius mortis. Proinde meritò Imp. Antoninus ad id tempus refert conſiderationem officioſi & inofficioſi teſtamenti paterni. *l. cumquæritur.* 6. *C. de inoff. teſtam.* Præterea licèt natus ante regnum patris, interim dum pater eſt privatus, non dicatur filius Regis: attamen cùm primùm pater Rex fuit, is quoque filius Regis fuit, *per jura ſuprà allegata*, & ita continuò incipit eſſe primogenitus Regis. Si enim filius Regis eſt, & nemo illum præcedit: conſequens eſt, ut ſit primogenitus Regis. *Cap. Joſeph. ext. de verborum*
ſignificat. Adhæc niſi hæc admitteretur ſententia: ingens 154
abſurditas inde ſequeretur; videlicet, quòd ſi rex decederet, relicto unico filio, qui natus eſſet ante regnum partum, is non ſuccederet. Sequeretur item & alia abſurditas, quòd præferrentur in ſucceſſione regni aut comitatûs, nati poſt dignitatem illius, de cujus ſucceſſione agitur, excluſis ante natis proximioribus fortè in gradu, contra jura, quæ primo loco admittunt proximiores *l.* 2. *§. hæc hereditas.* 2. *ff. de ſuis & legit. heredib. § ſi plures.* 5. *inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. l.* 1. *§. ſi quis igitur.* 7. *ff. unde cognati.* Itemque ſequeretur, quod filii non ſuccederent in quibuscunque rebus, poſt eorum nativitatem acquiſitis, ſed eos excluderent
poſtea nati: quod nullo jure cautum reperitur. Quin ex 155
jure communi liberi omnes nullo delectu æqualiter ſuccedunt.

Digitized by Google

cedunt. *l. inter filios.* 11. *C. famil. ercisc. l penult. in fin. C.*
156 *communi divid. l. ut liberis.* 17. *C. de collationib.* Denique isthæc decisio exemplis quoque sive præjudiciis firmari poterit. Darius enim ipse sic judicavit, cum duo ipsius filii, Artaxerxes & Cyrus natu minor, de regni successione contenderent: quorum ille ante regnum patri quæsitum; hic verò postea natus erat: Artaxerxem, utpote natu majorem, Cyro prætulit: quamvis nihil non ageret mater Cyri, ut ipsum Artaxerxi præferret. *Plutarch. in Artax. à princ.* Idem fuit judicium Herodis, cùm Antipatrum, ante principatum de privatâ uxore sibi genitum, Alexandro & Aristobulo, se Rege natis anteponeret, *Josep. lib.* 16. *Antiq. c.* 3. sic & Peiga apud Ungaros, à Bela II. adhuc privato genitus, sine controversia, de consensu populi, exclusit Ladislaum, Stephanum & Almum, post adeptum regnum procreatos; *ut à Michaele Riccio in Regibus Ungariæ scriptum est.* Sed & in Germania nostra Ottoni Magno frustra se opposuit Henricus frater: quòd Eberhardus, Comes Palatinus, & Giselbertus Lotharingiæ Dux, ipsi suggessissent, potiorem sese regni heredem esse, quòd à patre in Imperio, Otto verò, antequam Imperium Henrico Aucupi à Conrado I. traderetur, natus esset. *Sibert. in Otton. H. Mutius Chron. Germ. lib.* 13. Quin & novissimè habemus exemplum in Electoratu Saxoniæ, scilicet in Christiano II. excellentis recordationis. Is enim natus erat Anno Christi 1583. vivente adhuc Avo Augusto Electore; quo tempore Christiani II. Pater Christianus I. Electoriâ dignitate nondum fulgebat. Anno Christi 1585. Electore Patre Johannes Georgius natus est. Patri vero Christiano I. rectè successit ipse filius primogenitus Christianus II. Quo mortuo demùm, Johannes Georgius, qui hodie rerum potitur, ad Electoratum admissus est. *Anton. Coler. de jur. Imper. German. sect.* 52. *Atque ita sentiunt Chierus in tract. primo. genituræ. lib.* 1. *quæst.* 12. *Tiraquell. in Commentar. de jure primigenior. quæst.* 31. *num.* 12. *&* 27. *& per notata ejusdem de Nobilitat. cap.* 15. *num.* 7. *Forster. lib.* 4. *de successionib. cap. ultim. num.* 36. *cum seqq. Hotom. illustr. quæst.* 2. *Heigius hic cap.* 5. *num.* 71. *Hackeman. illustrium quæstion. Disput.* 18. *thes.* 5. *Treutler. Disput* 19. *thes.* 16. *vol.* 1. *ibique videatur Bachovius in suis not. pag.* 238. *& seq. Illustris Dn. Enenkel. in tract. de privileg. Parent. &c privil* 3. *cap.* 5. *Hunnius Disput.* 12. *ad Inst. sub thes.* 4. *Heming. Arnisæus polit. libr.* 1. *c.* 9. *pag.* 222. *& d. lib.* 2. *relectionis Politicæ. c.* 2. *sect.* 11. *per tot. D. Collega Besoldus d. lib.* 1. *de regia success. dissertat.* 7. *item lib.* 1. *Politicor. c.* 6. *§.* 5. *num* 29. *Paulus Berens disput. ad Instit.* 8. *them.* 1. *quæst.* 3. *Menoch. libr.* 5. *de præsumptionib. præsumpt.* 33. *n.* 38. *& consil.* 677. *n.* 5. ubi duos viginti Doctores recenset, probantes; hodie magis receptam esse sententiam; filium Regis haberi & nominari qui natus est, antequam pater regnum nancisceretur, ad hoc, ut antequam primogenitus Regis ad regnum pervenire queat. Eum refert & sequitur Andreas Knichen *in Commentar. de Saxon. non provoc. jur. c.* 3. *n.* 51. *cum seqq.* Idem tenent *Molinæus in Commentar. ad consuetud. Paris. tit.* 1. *§.* 8. *gl.* 1. *quæst.* 11. *n.* 55. *Bod. in lib.* 6. *de Republ. c.* 5. *n.* 714. *Nicolaus Betsius in tract. de pactis famil. illustr. c.* 8. *pag.* 468. *Hunnius d. lib.* 3. *var. resol. tract.* 1. *q.* 25. *opin.* 4. *Joan. Cammannus disp.* 4. *de jurib. majestat. thes.* 29. *cum seq. Thomas Michael. in disput. de jurisdict. th.* 132. *Gerlac. Buxtorff. ad Auream Bull. c.* 7. *conclus.* 85. *lit. B. Joan. Schroterus diatrib. domesticar. decad.* 6. *quæst.* 8. *Andr. Gerhard. ad cap.* 7. *Aur. Bull. apud Arumæum Discurs. Acad.* 21. *th.* 11. *& seq. Quirin. Cubach. d. lib.* 2. *Jurispr. publ. lib.* 2. *c.* 31. *n.* 11. *Martin. Rumelin. d. dissertat.* 6. *ad Aur. Bull. th.* 5. *ibique Speidel. in addit. ad lit. a. p.* 172. *Wurmser. in exercit. juris publ.* 2. *quæst.* 14. *pag.* 79. *Petr. Greg. Tholosan. libr.* 7. *de Republic. cap.* 9. *Covarruv. libr.* 2. *variarum resolut. cap.* 8. *num.* 5. *vers. tertio opinioni, &c. ubi utramque in partem plures adducit.*

157 Huic decisioni nihil refragatur *l. si senator* 11. *C. de dignitatib. lib.* 12. ex cujus principio apparet; si quis filium procreaverit, antequam senator factus sit, eum hominem privatum & plebeium, non verò filium senatoris esse. *Nam* (rejectis diversis aliorum conciliationibus, *Duaren lib.* 2. *disputat. anniversar. cap.* 29. *& Pacii cent.* 1. *ἐναντιοφαν. quæst.* 39.) lex ipsa de speciali quodam senatorum privilegio intelligenda est, scilicet de immunitate functionis glebalis, id est, pensionis, quæ ex possessionibus ærario infertur: à quâ pensione & canone immunes sunt senatores, & eorum liberi. *l.* 2. *C. de prætorib. & honore præturæ, &c.* Veruntamen ab isthac functione glebali immunes non censentur senatoris filii, qui nati sunt, antequam pater senatoriam dignitatem suscepisset. Atque illud est, quod *in d. l. si senator.* 11. *in princ. C. de dignitatib.* rescribitur; privatos esse senatoris filios, id est, plebejos, qui editi sunt, priusquam pater senator esset: *quemadmodum ex Cod. Theodosiano istam legem interpretatur Cujacius ibidem, eumque referens Dn. Collega Bocer. in tract. de regalibus c.* 2. *n.* 11. Sic decurionis filius, ante patris decurionatum natus licèt dignitate patris gaudeat; non tamen omnibus sui patris privilegiis lætatur, *uti arguit textus in dict. l.* 2. *§. in filiis. vers. & quidem quantum pertinet. ff. de decurionibus.* Sic quoque illustrium virorum filii, ante dignitatem parentum editi, quamvis dignitate paternâ potiantur: non tamen à curiali conditione & functione liberi pronunciantur. *l. Doctitii.* 63. *§.* 1. *& l. seq. l. penult. & ult. C. de decurionibus.* nisi quædam familia ex speciali privilegio conditione & functione istâ, libera reperiatur, *d. l. neque Dorotheum.* 61. *C. eod.* Cùm ergò de speciali duntaxat functione, nimirum curiali, prædictæ leges agant: malè inde colligitur, quòd illustris filius non sit,
qui ante illustrem patris dignitatem est natus. Verùm ut 158
omnis difficultas removeatur faciliùs, dicendum videtur: quòd filii, ante patris dignitatem suscepti, fruantur quidem eâdem dignitate, maximè quoad pœnas quasdam evitandas; non autem, quoad onera publica sustinenda: & de pœnis evitandis est textus *dict. l.* 2. *§.* 2. *ff. de decurionibus. & in severam.* 10. *C. de dignitatib. D. Bocer. d. tract. de regalib. c.* 2. *n.* 13. Ad alia, quæ opponi nostræ sententiæ solent, respondent Arnisæus & Hunnius *locis prææallegatis.* De eâdem quæstione vide quoque latè disputantem Erasmum Ungepaur. *exercit. Justin.* 2. *quæst.* 13. *pag.* 69. *& seqq. edit. ult. nec non D. Besoldum in delibatis juris, ex lib.* 1. *Pand. tit.* 9. *de senatorib. n.* 39. *pag.* 135. *& seqq.* itemque Jeremiam Reusnerum *in methodo juris feudalis disp.* 6. *th.* 54.

Quanquam porrò jure civili liberi utriusque sexus 159
succedunt. *Novell.* 118. *cap.* 1. *§. item vetustas.* 15. *infr. hoc tit. & attigimus suprà num.* 57. jure tamen feudali regulariter masculos tantum, non etiam fœminas succedere, indubitatum est. *tit.* 1. *§. hoc autem notandum.* 3. *& tit.* 8. *de successione feudi. §. filia verò. libro* 1. *feudor. t.* 11. *de successione fratrum. §.* 1. *vers. ad filias vero & tit.* 50. *de naturâ successionis feudi. lib.* 2. *feud.* Hujusque multiplex affertur ratio: 160
Tum quia fœmina ab omnibus civilibus officiis remota est, *l.* 1. *§.* 1. *& l.* 2. *§.* 1. *ff. ad Senatusconsultum Vellejan. l.* 2. *ff. de regul. jur.* nec militaria munera sive servitia (ob quæ concedi feuda solent. *tit.* 24. *§. item. qui dominum. lib.* 2. *feudorum.*) obire, & dominum armis in pugnâ juvare & defendere potest. *Bald. in l. ult. num.* 1. *&* 7. *C. de suis & legit. Roland. à Valle consil.* 41. *num.* 11. *vol.* 4. *Jacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. Marchio in Italia. num.* 4. *Alexander consil.* 10. *viso instrumento. num.* 2. *vers. sed præmissis. vol.* 5. *Cravett. consil.* 6. *num.* 77. *volum.* 1. *Borcholt. de feud. cap.* 1. *num.* 19. *Vult. lib.* 1. *de feud. cap.* 4. *num.* 3. *& cap.* 9. *num.* 26. Quò spectat, quod Homerus tradit *lib.* 6. *Iliados*: Telam & colum, & ancillarum curam, esse mulierum propria; bella autem virorum, his verbis:

ἀλλ' εἰς οἶκον ἰοῦσα, τὰ σαυτῆς ἔργα κόμιζε,
ἱστόν τ' ἠλακάτην τε, καὶ ἀμφιπόλοισι κέλευε
ἔργον ἐποίχεσθαι, πόλεμος δ' ἄνδρεσσι μελήσει
πᾶσιν.

Et illud Ovidii *lib.* 12. *Metamorph.*

——————— *Columque*
I cape cum calathis, & stamina pollice torque:
Bella relinque viris. ———————

Item illud Virgilii *lib.* 7. *Aeneidos*:

Bella viri pacemque gerant, quîs bella gerenda.

Tum

Digitized by Google

161 Tum quia ratione verecundiæ naturalis, ac honeſtatis publicæ, mulier cœtibus virorum, maximè ſi illuſtris fuerit, immiſcere ſe non poteſt, arg. l. 1. §. ſecundo loco. 5. ff. de poſtuland. l. ſi qua illuſtris. 5. C. ad SC. Orfit. l. optimam. 14. verſ. cùm itaq; C. de contrah. & commit. ſtip. Bald. in d. l. ult. num. 7. C. de ſuis & legit. Borch. de feud. d. c. 1. num. 19. Schurer. in tract. de hered. quæ ab inteſt. defer. t. t. 9. Plebſt.
162 diſp. feud. 7. th. 34. ſub lit. a. Tum quia ob ſexûs imbecillitatem ſeu fragilitatem (propter quam multis caſibus ſuppoſita & objecta eſt, d. l. 2. §. verba. ff. ad Senatusconſultum Vellejan.) & futilitatem levitatemque naturalem, ſecreta domini ſibi commiſſa retinere, adeòque ea præſtare nequit, quæ fidelitatis forma, feudorum jure præſcripta, à vaſallo exigit. tit. 5. 6. & 7. lib. 2. feudor. Curtius junior de feud. part. 3. membr. 1. n. 1. Decian. conſil. 58. n. 45 & 48. Sonsbecc. in Commentar. ad uſus feud. part. 9. n. 120. Vultejus dict. lib. 8. de feud. cap. 9. n. 26. Gregorius Rolbagius in certaminis maſculo fœminei acie virili. cap. 1. num. 13. & cap. 23. n. 9. pluresq; alii ab eis relati. A quo non multùm abludit Johannes Poſthius, part. 5. delitiar. Poëtarum Germanor. illuſtr. pag. 224 ita canens:

Quàm vaga, quàm levis eſt pictarum turba volucrum,
Liberior magnum quæ ter inane volat:
Tam leve, tamq; vagum genus eſt muliebre; nec ullis
Legibus adſtringi carceribusq; poteſt.

Ut & Johannes Sprengius part. 6. delitiar. Poëtar. Germ. illuſtr. pag. 305.

Fœmineo generi nemo concredere quidquam
Audeat: inconſtans & leve pectus habet.
Omnia noſſe cupit mulier: ſecreta revelat:
Et, niſi quod neſcit, nil retinere poteſt.

163 Tum etiam quia feudi ſucceſſio pendet à domini concedentis voluntate, quæ veriſimiliter hæc eſt: ut ſoli maſculi in feudum ſuccedant. D. Bocer. claſſ. 5. Diſput. 18. theſ. 13. ſub lit. a. edit. 2. & in tract. de jure ſuccedendi in feudum.
164 cap. 3. quæſt. 3. pag. 125. Tum denique quia vaſallus inter pares ejusdem curiæ judicare debet, ſecundum cap. un. de controverſ. feud. ap. par. termin. titul. 16. lib. 2. feudor. & cap. un. an apud judic. vel cur. domini quæſt. feud. deb. term. titul. 46. lib. 2. feudor. à quo tamen officio fœminas publicâ lege remotas conſtat. d. l. 2. ff. de reg. jur. l. fin. C. de recept. arbitr. Wilhelmus Fornerius Aurel. in Commentar. feud. ſub tit. diverſa filior. parent. ſucced. genera. verſ. jure
165 civili filiæ, &c. Quamvis ergò filia vaſalli armis adſueta, & militiæ dedita ſit: in feudum tamen ſuccedere nequit: ſicuti (contra Andream de Iſernia ad tit. 1. §. hoc autem notandum. numero 20. & tit. 8. de ſucceſſione feudi. §. hoc quoque. libro 1. feudor. & Hieronymum Garzon. in tract. de fœmin. ad feud. recip. col. 24. verſ. vigeſimò primò, &c.) Doctores communiter exiſtimant: Martinus Laudenſ. Matthæus de Afflict. Loriottus & Alvarott. in §. & quia, de his, qui feudum dare poſſ. tit. 1. libro 1. feudor. Petrus Ravennas in §. hoc autem notandum. eodem titul. Zaſius in epitom. feudal. part. 8. de feudi ſucceſſione. n. 36. Joann. Thomas de Marinis titul. 11. de feudo fœmineo. num. 22. & hos, aliosq; referens Hartmannus Piſtoris lib. 2.
166 quæſtionum jur. quæſtion. 34. num. 3. Neque juvat diſſentientium opinationem, quòd lex de his conſtituitur, quæ frequenter, non quæ rarò contingunt. l. 3. & trib. ſeqq. ff. de legibus. proindeque dicendum; ſub lege feudali, quâ arcentur à ſucceſſione feudi fœminæ, non intelligi fœminas armis adſuetas. Cùm enim legis illius feudalis ratio ſit non modò, quòd fœmina ad militiam & arma minùs apta eſt: ſed & quòd conſilia domino ſuggerere, & ſecreta ejus conticere nequit: quæ duo etiam ſub fidelitate feudalitiâ continentur, titul. 5. 6. & 7. libr. 2. feud. patet inde luculenter, quòd mulier armis adſueta ſuccedere lege feudali prohibeatur. D. Bocer. in tractat. de jure ſuccedendi in feud. cap. 3. quæſt. 31. in fine. Henric. à Roſenthal. in tractat. totius jur. feudal. cap. 7. concluſ. 34. n. 14. Li-
167 cèt prætereà feudum generaliter ſit conceſſum primo acquirenti, & ejus heredibus: attamen filia primi acquirentis, ut quæ hac conceſſione non comprehenditur, in feu-
168 dum non ſuccedit. In feudis enim appellatione heredum intelliguntur tantùm heredes feudales, qui mares ſunt, non fœminæ, per textum expreſſum in titul. 13. de alienatione feudi. §. etſi clientulus. libr. 1. feud. & titul. 34. de lege Corradi. §. ſimiliter. lib. 2. feudorum. Forſterus libro 3. de ſucceſſionibus. cap. 34. num. 4. & ſeqq. Fachinæus libro 7. controverſiar. jur. cap. 3. 4. 7. 42. & 43. Mynſinger. centur. 5. obſervat. 72. numer. 6. Hænon. Diſput. 12. ſub controverſia. 5. Zaſius conſil. 11. numer. 5. & conſil. 13. numer. 25. volum. 1. Decian. conſil. 45. num. 14. volum. 2. Beſold. & Wiebel. in Diſſertat. de jure mulier. ſingulari.
part. 2. concluſ. 75. & ſeqq. In tantùm autem à feudi ſuc- 169
ceſſione fœmina excluditur: ut neque illo caſu, quo feudum alicui, & heredibus ejus quibuscunque datum fuit, admitti videatur: cùm appellatio heredis jure feudorum ad filios duntaxat vaſalli pertineat, ut modo oſtenſum: &
dictio, quibuscunque, reſtringenda ſit ad perſonas habiles, 170
& intelligenda juxta materiam ſubjectam, argum. l. ult. & ibi gloſſ. C. ſine cenſu vel reliquis fundum comparari non poſſe. l. 1. ibi, unusquisque. C. de SS. Eccleſiis. l. 1. ibi, quibuscunque. ubi gloſſ. C. de fide inſtrumentor. cap. 1. §. ultim. de jurejurando. in 6. Baldus in cap. 1. donare. num 4. qualiter olim poterat feudum alienari. tit. 9. libr. 2. feudor. & ibidem Martinus Laudenſ. Præpoſitus & Schenck Baro. Alexander conſil 30. num. 11. volum. 1. Corneus conſil. 199. num. 69. volum. 2. Rubeus conſil. 110. num. 9. Decius conſil. 171. numer. 6. & conſil. 185. verſ. ſecundò reſpondetur & conſil. 193. numero 5. in fin. & conſil. 208. num. 11. Beccius conſil. 101. numer. 38. Cephalus conſil. 2. num. 15. Barbat. conſil. 63. num. 11. lib. 1. Menoch. conſil. 1. numer. 456. Zaſius dict. epitom. feud. part. 8. num. 62. verſ. quid autem, ſi feudum. Vultejus dict. libro 1. de feud. cap. 9. num. 29. in fine. D. Bocer. d. tractat. de jur. ſucced. in feud. cap. 3. quæſt. 39.
At quia longo uſu, communique applauſu recepta eſt 171
opinio eorum, qui feudum hereditarium eſſe volunt, quoties in inveſtiturâ heredis facta eſt mentio: ac proinde illud etiam ad fœminas, & quoscunque alios heredes tranſire, aſſerunt: certè ab iſthac opinione in praxi recedendum non erit. Eamq; comprobarunt Baldus ſibi non conſtans in leg. 1. quæſt. 45. & 48. ff. de rerum diviſ. & in cap. in præſentia. numer. 20. de probat. & in cap. 1. in princ. numer. 19. de prohibit. feudi alienat. per Frider. Curt. Jun. in tractat. feud part. 3. n. 62. Jaſon. in leg. 2. num. 198. Cod. de jur. emphyt. Albertus Brunus conſil. 16. verſ. quintus eſt etiam caſus Socin. ſenior. conſil. 297. volum. 2. Socin. junior. conſil. 72. num. 23. vol. 1. Gozodin. conſil. 6. num. 43. & conſil. 8. nu. 25. Roland. à valle conſil. 3. n. 65. & conſil. 69. num 49. & conſil. 96. num. 37. volum. 1. & conſil. 79. n 34. volum. 2. & conſil. 1. num. 47. volum. 3. Riminal. conſil. 65. num. 19. Cravett. conſil. 256. Burſat. conſil. 22. volum. 1. Molinæus in addit. ad Alexandrum. dict. conſil. 39. num. 15. volum. 1. & conſil. 105. num. 4. volum. 6. Fachinæus dicto libro 7. controverſiarum jur. cap. 6. Joan. Baptiſta à Villalobos in communibus opinionibus lit. F. num. 2. & Soarez. in theſaur. recept. ſent. lit. F. num. 99. aliiq; plures, quos referunt & ſequuntur Ludolphus Schraderus in tractat. feud. part. 7 cap. 3. num. 1. & Hartm. Piſtoris lib. 2. quæſt. 1. num. 39.
De feudo franco, id eſt, à ſervitiis libero, an in illud 172
filia ſuccedat, mirè controvertitur? Et quamvis opinionem affirmativam amplectantur Baldus in cap. 1. §. & quia. num. 19. de his, qui feudum dare poſſ. titul. 1. lib. 1. feud. Rom. ſingulari 168. incipiente, hodie fœmina. &c. & conſ. 33. & conſil. 367. n. 12. Alexand. conſil. 29. num. 1. & dict. conſil. 30. num. 24. volum. 1. Wurmſer. de feud. obſervat. 14. verſ. ſicut etiam videmus. Paris de Puteo, de redintegrat. feud. cap. 108. num. 7. Ruin. conſil. 24. num. 9. verſ. & ſimiliter. & conſil. 38. num. 7. volum. 1. Grat. conſil. 9. num. 153. vol. 1. Jul. Clarus in §. feudum. quæſt. 73. n. 7. & alii memorati & probati à Vultejo libr. 1. de feud. c. 9. numer 41. pagin. 410. & Hartmanno Piſtor. dict. libr. 2. quæſt. 34 num. 29. 33. & ſeqq. contrariæ tamen ſententiæ, utpote de jure veriori, ſubſcribunt Martinus Laudenſis in dict. cap. 1. §. & quia. num. 29. de his, qui feud. dare poſſ. Jacob. de S. Georg. de feud. ſuper verb. & fœminis. num. 5. Duar. de feud. c. 10. num 7. Hanneton libro 2. feud. c. 8. Franc. Curtius Junior in tract. feud. parte 3. n. 5. Zaſius dict. epitom. feud. part. 8. num. 44. Schrader. dict. tractat. feud. part. 7. cap. 4. num. 11. Borcholt. de feud. cap. 7.

cap. 7. num. 68. Henricus à Rosenthal. in synopsi juris feud. cap. 7. conclus. 87. & d. tract. totius jur. feud. c. 7. conclus. 34. num. 10. cum seq. D. Bocerus prædictâ class. 5. Disputat. 18. thes. 13. ad lit. d. & d. tract. de jur. succed. in feud. c. 3. quæst. 29. Ejusque ratio non difficilis aut obscura est: Tum quia generaliter placitis feudorum definitum est, fœminas à feudi successione arceri. *dict. tit. 1. §. hoc autem notandum. & dict. tit. 8. §. filiæ. libr. 1. feudorum. cum similibus*
173 *suprà citatis.* Generali autem regulæ inhærendum est, donec ejus exceptio demonstretur: *arg. l. ab ea parte. 5. ff. de probationib. l. suus quoque. 4. §. puto. ff. de heredibus. instituend. cap. ad decim. 2. in fin. de restitut. spoliat. in 6. Decius in l. 1. num. 7. de regul. jur. Tiraquell. in tractat. de*
174 *utroque retract. part. 1. §. 1. gloss. 9. num. 211.* Tum quia feudorum in libris duæ tantùm exceptiones proponuntur, quibus etiam fœmina ad feudi successionem admittitur. Prima est: si eo pacto specialiter datum sit feudum, ut & filia sive fœmina in illud succedat. *dict. tit. 1. §. hoc autem & d. tit. 8. §. filia. lib. 1. F. & tit. 11. §. ad filias. & tit. 50. in princ. lib. 2. feudor.* Altera: si feudum sit fœmineum, id est, à fœminâ primò acquisitum. *tit. 30. in princ. & dict. tit. 50. in pr. lib. 2. feudor. Schrader. d. part. 7. cap. 4. n. 48. & Borcholt. dict. cap. 7. num. 69. pag. 158. quibus in locis plures al-*
175 *legant.* Unius autem, vel alterius casûs exceptio, est reliquorum omnium casuum inclusio. *l. quæsitum. 12. §. idem respondit, domo instructa. 43. ff. de instructo, vel instrument. legat. l. cùm prætor. 12. in princip. ff. de judic. l. nam. quod liquidæ. 4. §. fin. ff. de penu legatâ.* Tum quia licèt feudum francum in eo, quòd à servitiis liberum est, à communi feudorum naturâ recedat: eandem tamen in cæteris retinuisse, existimandum est, *tit. 48. & tit. 26. §. penult. lib. 2. F. Zasius d. Epitom. feud. part. 12. num. 3. Sonsbec. in Commen. ad usus feud. part. 4. num. 6. Curtius junior dict. tract. feud. part. 1. quæst. 6. Molinæus in consuetud. Parif. tit. 1. §.*
176 *30. num. 100. in fine.* Tum etiam, quia non ea solummodò causa est, cur mulier à successione feudi removetur: quòd ipsa dominum armis juvare in bello non possit: sed & alias ejus rei esse causas, jam suprà expositum est, *n. 160. & seqq.* Quamvis ergo feudum à servitiis sit liberum, haud tamen liberum putatur ab aliis oneribus, vasallo incumbentibus, quæ sub formâ fidelitatis comprehenduntur, *in tit. 5. 6. & 7. lib. 2. F.*

177 Hanc decisionem negatum non evertit textus *in tit. 104. casus, quibus fœmina in feudo succedit, in capitulis extraordinariis.* ubi in fine principii expressè fœmina ad feudi successionem admittitur, cùm id sic datum est, ut nullum pro eo servitium fiat. Nam extraordinaria ista capitula in explicando quidem jure feudorum dubio, alicujus momenti esse possunt: at cum reliquis duorum librorum juris feudistici titulis parem authoritatem non habent: sed apocrypha & supposititia appellitantur, adeòque authentica esse negantur. Ideòque contra jurisfeudorum placita, aut eorum rationes allegari nequeunt: *ut, post Bald. ad tit. de successione fratrum. §. ad filias. libr. 2. F. sentit Alexander consil. 29. in fin. vol. 1. Jacobinus de S. Georgio in tract. de feudis. in verb. & fœminis. num. 5. Curt. Jun. eodem tract. p. 3. memb. 1. num. 5. vers. nec obstant, &c. & num. 14. & Duarenus in Commentar. in consuetud. feud. cap. 10. num. 7.*

178 Similiter nihil resistit, quòd fœmina à feudi successione arcetur, eò quòd servire feudum non valeat, *per textum in tit. 36. an mutus vel aliàs imperfectus feudum retineat. in fin. lib. 2. F.* ut proinde si liberum sit feudum, nullique servitio obnoxium, ad feudi successionem fœmina admitti debeat. Etenim servire feudum non tantùm est, armis juvare dominum in bello, aut quod aliud manuarium ministerium illi præstare; sed & fidem, consilium & taciturnitatem ei exhibere: *quemadmodum arguit forma fidelitatis proposita sub d. t. 5. 6. & 7. lib. 2. feudor.* Cum autem fœmina ob sexûs fragilitatem inops sit consilii: & propter loquacitatis, garrulitatis & futilitatis vitium, ne secreta domini pandat, suæque fideicommissa atque concredita palet, vehementer metuendum sit: meritò à feudorum successione eliminatur, & repellitur.

179 Nihil item adversatur, quòd ubi plures sunt dispositionis alicujus causæ, cessante eâ, quæ inter illas est potissima (qualis in proposito est servitium manuarium, & quidem militare) cesset etiam dispositio, *arg. quoniam. 5. §. porrò. & §. si autem. ext. ut lite non contestatâ non procedatur ad testium receptionem, &c.* Quandoquidem illud obtinet, si cæteræ causæ sint merè accessoriæ: quia semper ejus, quod principale est, ratio habetur, non etiam ejus, quod accessoriè & secundariò sive in consequentiam venit, *l. 1. ibi, prima enim ratio, &c. ff. de auctorit. & consens. tutor. cum similibus, collectis à Tiraquello in tractatu regulæ, cessante causa, cessat effectus. limitat. 22. num. 22. & seqq.* Quando 180
autem cæteræ causæ etiam per se, vel conjunctim necessariò considerantur; licèt potissima cesset causa: non tamen cessat effectus, *arg. §. affinitatis. 6. & §. seq. I. de nuptiis & l. si non lex Aelia Sentia. 83. ubi Bald. & Johan. de Imol. ff. de heredib. instituend. Nicol. Everard. in locis legalib. in loc. à cessatione rationis. num. 5. vers. secundò istud limitatur, &c.* Cùm ergo, præter servitia manuaria, vasallus domino suo etiam fidem, consilium & taciturnitatem debeat: in tantum, ut his non præstitis, feudum amittat: mulier verò, propter sexûs imbecillitatem, mentis inconstantiam, & futilitatem naturalem isthæc præstare non valeat: certè nec in feudum francum succedere poterit. Adde, quòd, licèt cesset in feudo franco servitium: non tamen cessat primi concedentis voluntas, qui tribuendo feudum masculo, voluit: ut in id mares duntaxat, non etiam fœminæ succederent.

Ex modò allatis & declaratis pendet quoque decisio illius quæstionis: an fœmina patri suo succedat in feudum, 181
pro quo servitium ejusmodi est præstandum, quod fœmina non minùs docenter & commodè, quàm masculus, explicare posset. Quamvis enim *in extraordinariis capitulis, dicto tit. 104. casus, quibus fœmina in feudo succedit.* fœmina ad hujusmodi feudum aspirare valeat, non tantùm si fuerit sola, sed & si cum fratre concurrat: attamen eidem jus succedendi etiam in tale aliquod feudum placitis feudorum denegari, abundè evincunt rationes, paulò ante in patrocinium proximæ quæstionis adductæ, & refutatio argumentorum, quibus Doctores opinionem suam affirmatam fulcire & confirmare conantur. *Atque ita sentiunt Andreas de Isern. ad tit. 23. in quib. caus. feud. amitt. lib. 2. F. Curt. Junior in tract. feud. part. 3. n. 12. Zas. in epitome feud. part. 8. num. 49. Duaren. de feud. d. c. 10. num. 7. Schraderus de feud. d. part. 3. cap. 4. num. 10. D. Bocerus d. class. 5. Disput. 18. th. 13. ad lit. e. aliiq; ab his allegati.* Tametsi plerique alii contradicant, *quos referunt & sequuntur Hartmannus Pistoris d. lib. 2. quæstionum jur. q. 34. num. 37. & Vultejus d. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 42.*

De feudo emptitio, an in hoc fœmina succedat, non levis etiam est Doctorum nostrorum contentio. Et sanè non 182
desunt, qui in eo fœminam succedere opinantur, *Odofredus in sua summâ. tit. qui poss. succed. in feud. Jason. in l. 1. num. 51. C. de jure emphyteut. & cons. 57. num. 3. vol. 1. Roman. cons. 367. num. 12. & ibid. Mandos. in addit. & singul. 184. Ruinus cons. 18. num. 18. vol. 1. Gozadin. cons. 9. num. 55. & cons. 56. num. 19. Campeg. inter Brun. consil. 11. num. 7. Bologn. cons. 9. num. 55. & cons. 10. num. 47. Natt. cons. 216. num. 3. & seq. vol. 1. & cons. 393. num. 8. vol. 2. Rolland. à Vall. consil. 2. num. 3. & 33. & cons. 48. num. 7. & cons. 90. num. 13. vol. 4. Anton. Rubeus cons. 110. num. 3. Decius cons. 208. num. 2. & consil. 269. num. 4. & cons. 424. n. 14. & consil. 398. num. 14. Cephal. cons. 3. nu. 115. & cons. 173. num. 8. Decian. cons. 58. num. 50. Matthæus Gribald. in thesaur. commun. opin. lit. F. in verb. in feudo empto. Schürerius in tract. de heredit. quæ ab intest. defer. titul. 9. limitat. 5. Jul. Clarus lib. 4. sententiar. §. feudum. quæst. 73. num. 6.* ubi hanc opinionem sibi magis placere, magisque communem & veriorem esse dicit. Atque tandem, ut de jure veriorem, ac melioribus fundatam rationibus, judicando sequendam, & secundùm eam in Camerâ Imperiali judicatum & observatum esse, testatur *Andreas Gail. lib. 2 observ. 159. n. 5. vers. & hanc partem affirmativam, &c.* Verùm ego cum aliis non contemnendæ auctoritatis Interpretibus longè tum verius, tum receptius esse censeo, fœminam nequaquam succedere in feudo empto. Tum quòd generaliter fœmina in feudum succedere jure feudorum vetatur, duobus

duobus casibus exceptis, quorum superiùs *n.*174. mentio facta est: inter quos hic non reperitur. Tum quòd fœmina præstare ea nequit, quæ forma fidelitatis à vasallo desiderat atque exigit Et licèt feudum pecuniâ comparatum, ob id, quòd contra communem feudorum naturam gratuitum non est, improprium videri possit: in reliquis tamen, quæ de natura feudi esse dicuntur, sicque et-
183 iam, si de ejus successione quæratur, propriam suam naturam retinet, per tritam illam ac vulgatam regulam: quòd feudum in unâ sui parte alteratum, in cæteris suam naturam retineat, *Socin. in Gallus.* 29. *& videtur.* 12. *in verb. etiamsi parente. col.* 2. *vers. quam conclusionem limita. ff. de liber. & posthum. heredib. instit.* Quòd autem Doctores præallegati pro confirmatione suæ opinationis asserunt; feudum emptum esse instar bonorum allodialium, atque in eo succedi jure contractûs emptionis-venditionis, non jure feudi: id ipsum est, de quo quæritur, & (*ut Logici vocant*) petitio principii, & probatur incertum per æquè incertum: imò verò jam non feudum, sed allodium esset dicendum. Huicque sententiæ subscripserunt non inviti *Andreas de Isern. Martinus Laudens. & Præpositus num.* 62. *in d. c.* 1. *§. & quia de his, qui feud. dare poss. in usibus feud. Zas. in epit. feud. part.* 8. *num.* 37. *& part.* 12. *n.* 21. *Hanneton. lib.* 2. *de feud. cap.* 8. *Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part.* 9. *num.* 122. *Pistoris. lib.* 2. *quæst.* 34. *n.* 8. *& quæst.* 38. *num* 47. *Molin. in consuetud. Paris. tit.* 1. *§.* 30. *num.* 100. *Menoch. cons.* 1. *num.* 427. *& cons.* 443. *num.* 69. *Alciat. respons.* 170. *num.* 3. *Wesenbec. cons.* 2. *n.* 91. *Mynsinger. cent.* 5. *observ.* 73. *Borcholt. de feud. cap.* 7. *num.* 65. *Garzon. in tract. de femin. ad feud. admittit. &c. restrict.* 6. *Kirchovius in thes. commun. opin. cent.* 3. *concl.* 46. *num.* 14. *Schrader. in tract feud. part.* 6. *cap.* 4. *num.* 5. *Vultejus lib.* 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 44. *aliique plures ab iis relati.* Quibus etiam novissimè accedunt *D. Bocerus d. class.* 5. *Disput.* 18. *thes.* 13. *lit. f. & copiosius d. tract. de jure succed. in feud. c.* 3. *q.* 26. *Gothofredus Antonius Disput. feudal.* 6. *thes.* 1. *lit. f. Niellius disput. feud.* 5. *thes.* 3. *sub. lit. a. & D. Wolff, in Prodromo responsor. & consi-*
184 *lior. juron.* 212. *& multis seqq.*

De feudo item ligio (quod à ligando ita dictum videtur: quia id habens arctiore fidelitate domino suo obligatus & obstrictus est, adversus omnes homines, *Alvarrott. in proœm. feud. num.* 32. *Duaren. de feud. c.* 4. *n.* 3. *Sonsbecc. in d. Commentar. ad usus feud. part.* 4. *num.* 26.) an in eo succedat fœmina, variant Interpretes? Affirmativam certè partem secuti sunt numero non pauci, *Curtius jun. in tractat. feud. part.* 1. *quæst.* 8. *num.* 26. *Johannes Ferrarius Montanus lib.* 1. *feudor. cap.* 6. *vers. sextam speciem. Thomas de Marin. titul.* 11. *de feudo fœmineo. num.* 24. *Alexand. consil.* 30. *n.* 2. *vol.* 1. *Alciat. respons.* 176. *num.* 3. *Forster. lib.* 4. *de successionibus ab intestat. cap.* 23. *num.* 58. *Decius cons.* 139. *n.* 1. *Ripa respons.* 1. *n.* 75. *vol.* 1. *Gozad. cons.* 56. *num.* 21. *Socin. jun. cons.* 77. *num.* 22. *vol.* 1. *& cons.* 1. *num.* 36. *vol.* 4. Sed neque istud feudum ad filiam sive fœminam esse transitorium, arguunt sufficienter rationes suprà propositæ, *& idem luculenter tradunt Menochius consil.* 1. *n.* 473. *vol.* 1. *Borcholt. de feud. d. cap.* 7. *num.* 70. *Schrader. d. tract. feud. part.* 7. *c.* 4. *n.* 9. *Rosenthal. in synopsi juris feudal. c.* 7. *conclus.* 101. *& in tractat. totius jur. feud. c.* 7. *conclus* 34. *n.* 12. *D. Bocer. d. tract. c.* 3. *quæst.* 30. *Vultejus d. lib.* 1. *de feud. c.* 9. *n.* 43. *Gotho-*
185 *fred. Anton. d. disp. feud.* 6. *th.* 1. *ad. lit. d. aliique per hos designati.* Nec affirmantium opinionem tuetur, quod ajunt: ligii vasalli non modò personam, sed & bona omnia potestati & jurisdictioni domini subjici: ac proinde justum esse, & æquum, ut in hoc feudum etiam fœminæ succedant: ne propriis quoque vasalli bonis priventur. Falsum namque est, ligii vasalli personam & bona etiam non feudalia submitti jurisdictioni ac potestati domini: quippe cùm vasallus subsit domino ratione tantùm feudi, non generaliter in omnibus, *per text. in Clement. Pastoralis, ibi ratione regni. tit. de sentent. & re jud. item in tit.* 54. *de allodiis, circa finem. ibi, pro quantitate feudi, &c. & tit. seq. §. firmiter. lib.* 2. *feudor. Bocer. d. quæst.* 30. Enimverò si alicubi recepta sit consuetudo, ut fœminæ in ligium succedant feudum: admittuntur etiam fœminæ vi consuetudinis illius; *uti tradiderunt Curtius Jun. d. tract. de feud. part.* 1. *c.* 9. *n.* 26. *Jason. in prælud. feudor. n.* 11. *Menoch. consil* 1. *n.* 474. *Sonsbecc. in Commentar. in usus feudor. part.* 4. *n.* 26. *Rosenthal. d. tract. feud. cap.* 7. *concl.* 34. *num.* 12. *aliique ab eo relati.*

Quemadmodum verò filia patri suo in feudum non suc- 186
cedit: ita nec ejus liberi masculi in illud successionem sibi vindicare possunt, *per textum expressum in titul.* 1. *§. hoc autem notandum. lib.* 2. *F. & titul.* 11. *de successione fratrum. §. ad filias libr.* 2. *F. D. Bocer. d. class.* 5. *disput.* 18. *thes.* 13. *lit. b. edit.* 2. *D. Besold. in tract. de success. reg. libr.* 1. *dissertat.* 12. *n.* 1. *&* 2. Cujus juris rationes hæ reddi solent. I. Quia fœminâ semel à successione feudi exclusâ, filii ex eâdem nati, tanquam in alienam familiam, patris scilicet sui recepti, *l. familiæ,* 196. *§.* 1. *ff. de verbor si-*
gnif. propter corruptam radicem non admittuntur. Ra- 187
dicè siquidem infectâ, infectum etiam censetur omne id, quod ab eâ descendit, *argument. l.* 3. *C. de bonis matern. l.* 1. *§. hujus rei. ff. de officio ejus, cui mand. est jurisdict. l. tria*
prædia. 31. *ff. de servitu. rusticor. præd.* II. Quia impedimen- 188
tum obstans defuncto, obstat ejusdem etiam successoribus: cum successor melioris conditionis esse non debeat, quàm ipsius antecessor, *l. quod ipsis.* 143. *ff. de reg. jur. d. l.* 3. *§. nam licèt. C. de bon. matern.* III. Quia nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet. *l. nemo.* 54. *& l.*
nemo plus commodi. 120. *ff. de reg. juris.* IV. Quia filius 189
eo ipso, quòd vult succedere, surrogatur in locum matris.
Atqui surrogatum sapit naturam ejus, cujus in locum sur- 190
rogatum est, *argum. l. si eum* 10. *§. qui injuriarum, ubi Bartol. Bald. & Jason. ff. si quis cautionibus in judic sisten-*
di caus. fact. non obtemp. V. Quia successiones fiunt non 191
per saltum, sed gradatim & ordine juris servato, *l.* 1. *§. prim. ff. de success. edict. l. penult. ff. unde cognati. §. placebat.* 7. *infr. de legit. agnator. succession. Ernest. Cothman. consil.* 26. *num.* 89. *lib.* 1. *Rittershus. d. exposit. Novell. Justin. part.* 7. *c.* 1. *n.* 12. ideòque necesse est, ad hoc, ut gradus sequens admitti possit, gradum præcedentem successionis esse capacem, *argum. l. meminimus.* 15. *C. de legitimis*
heredibus & l. Divo Marco. 11. *Cod. de quæstionibus.* VI. 192
Quia destructo antecedente, destruitur & consequens, *argum. d. l.* 1. *§. hujus. ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisd.*
Nicol. Everh. in Topic. legal. loc. à destruct. &c. VII. Quia 193
in successione fideicommissi si mater excluditur, exclusus quoque censetur ipsius filius, qui ex matris persona vult succedere, *Johan. Andr. in Addit. ad Speculat. de testam. in fin. Alexand. cons.* 56. *n.* 4. *vol.* 5. *Corn. consil.* 124. *n.* 14. *vol.* 2. *Ruin. cons.* 39. *num.* 11. *& cons.* 120. *num.* 13. *vol* 1. *Grat. consil.* 120. *num.* 11. *vol.* 2. *Natt. consil.* 187. *in fin. vol.* 1. Argumentum autem à fideicommissis ad feudum, receptum esse, ostendit Menochius *consil* 89. *num.* 65. *lib.* 1. *& consil.* 400. *num.* 42. *lib.* 4. *& Vultejus lib.* 1. *de feud. c.* 9. *num.* 27. *ubi hanc sententiam pluribus Doctorum auctoritatibus confirmat.*

Insignis & spinosa, diversisque diversorum Interpretum 194
opinionibus utramque in partem quasi fluctibus agitata, quæstio est: utrùm fœmina semel per masculum à successione feudi remota, perpetuò maneat exclusa: an verò deficiente masculo, jus adhuc succedendi in feudum habeat? Facti species talis sit: Cajus Sempronium de feudo aliquo investivit, addito hoc expresso pacto ut ipse Sempronius. & ejus descendentes heredes masculi & fœminæ id obtinerè possint. Sempronius postmodum moritur, relictis filio Pamphilo, & filia Julianâ. Pamphilus filius feudum illud successione acquirit: adeoque sororem suam Julianam excludit. Sed feudo acquisito, Pamphilus posteà sine liberis decedit: proindeque Juliana in feudum istud succedere intendit. At Cajus, dominus feudi, morte Pamphili ad se feudum reversum, ipsamque Julianam per Pamphilum fratrem semel exclusam, in perpetuum censeri exclusam & repulsam à feudi successione, asserit. Quæritur modò, ecquid feudi dominus Cajus ipsi Julianæ, an
verò Juliana Cajo, feudi domino, jure præferatur? Et 195
multi, iique magni nominis Jurisconsulti, tam veteres, quàm recentiores, omnino existimant: in proposito themate Julianam Cajo præferri, sicque fœminam per masculum à feudo semel exclusam, non perpetuò intelligi à feu-

à feudi successione remotam, *Jacobus de Belviso, Martinus Laudensis & Cujacius in titul. 6. §. quin etiam. lib. 1. feudor. Jacob. de Ardizone in summâ feud. part. 3. titul. de feudi success. vers. inde videtur, &c. Petrus de Monte forti, quem refert Matth. de Afflict. in d. §. quin etiam. Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9. num. 130. & seqq. Guerrin. Piso in prælud. feud. cap. 40. vers. quarta species. num. 27. Wesenbec. de feudis cap. 6. num. 23. Jul. Clar. in §. feudum. quæst. 80. num. 2. Joann. Fichard. in additionibus ad Joannem Baptistam à Villalobos. libr. commun. opin. lit. F. num. 60. Hartmann. Pistor. lib. 2. quæstion. jur. quæst. 36. n. 5. & seqq. Rosenthal. in synops. feud. cap. 7. conclus. 96. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. n. 52. & seq. Mynsinger. 5. observ. 74. num. 8. Forsterus lib. 3. de successionib. cap. 14 in fine. Petrus Heigius part. 1. quæst. 26. Loriott. in tit. de his, qui feud. dar. poss. §. & quia. vers. sed dubium. Matth. Stephani cent. 3. q. 6. ad lit. b. Hænonius Disp. 12. sub controvers. 5. ad fin. Joh. Jacob. Flebst. disp. feud 7. thes. 42. Arumæus disp. feud. 6. thes. 13. Ilico Unnius disp. de process. 18. in coroll. Rudinger. quæst. feud. 4. lib. 1. D. Besoldus lib. 1. de regia success. dissertat. 11. num. 17. & ibi in fine istius Tractatus. Valentinus Voltzius in suo consil. per tot. edit. 2. Idem Besoldus part. 1. consil. 2. & part. 4. consil. 171 num. 178. fol. 171. itemque part. 6. cons. 265. num. 35. cum seqq. fol. 63. Paulus Berens disputat. 8. ad Institut. them 1. quæst. 7. Niellius Disp. feud. 5. th. 4. sub lit. c. in fine. Wurmser. d. exercit. 2. de jure publ quæst. 12. pag. 73. & si qui sint alii ab his allegati.*

196 Cæterùm sententiam contrariam, quòd videlicet fœmina, propter masculi existentiam à jure succedendi in feudum semel exclusa, in perpetuum exclusa reputetur, omnium ætatum Doctores & Feudistæ antiqui, moderni (hoc est, mediæ ætatis Jurisconsulti & recentiores numero ferè infiniti, Viri sanè legalis scientiæ laude maximè conspicui & celebratissimi, in lecturis, consiliis, decisionibus & Disputationibus suis amplexi atque tutati sunt: *Andr. de Isern. Feudistarum auriga, Bald. num. 3. Alvarott. num. 3. & 4. Præposit. Afflict. Schenck Baro & Paulus Pi. us. num. 12. in d. tit. 6. §. quin etiam libr. 1. F. Joh. Blanc. in summ. sub tit. de success. feud. vers. vel dic, quòd masculis, &c. Odofred. in summa, sub titul. qui poss. in feud. succed. Zas. in epit. feud. part. 8. num. 58 Michael Graff in lib. sententiar. §. successio ab intestato. quæst. 4. num. 2. Wilhelm. Hunnetonius libr. 2. de jur. feud. cap. 9. sub fin. Tiraquell. in repetitione l. si unquam. ad verb. susceperit liberos. num. 193. & seqq. C. de revocand. donat. Gail. libr. 2. observ. 148. Francisc. Curt. jun. in tractat. feud. 3. part. princip. in princ. num. 32. vers. vigesimò septimo quæro. Duaren. de feud. cap. 10. num. 12. Joan. Thom. de Marin. in tract. feud tit. 11. de feud. fœmin. num. 38. & seq. Raphael Cuman. consil. 99. incip. quædam possessio. colum 1. Angel. de Perusio consil. 321. incip. pro decisione. col. 3 Franc. de Aret. consil. 50. incip. copiosè & eleganter. & consil. 158. incip. viso puncto. col. fin. vers. circa secundum. Stephanus Wernandus consil. 276 incip. viso casu mihi exhibito. Hugo Celsus consil. 26. incip. cùm ex facto jus oritur. num. 48. Joan. de Imola cons. 27. incip. viso quodam instrumento. post medium. Joan. Rubeus consil. 57. incip. præsupponitur. num. 2. Franc. Bursat. consil. 80. incip. dominus Ludovicus num. 9. Claud. Cantiun. consil. 35. num. 42. Joan. Cephalus consil. 20. incip. investituris. Tiber. Decian. consil. 98. incip. videbatur prima fronte. num. 21. volum. 1. Jacob. de Raminald. consil. 678. incip. præsens casus. num. 17. vol. 4. Lud. Zanthus Parmensis in consil. suis pro uxore consil. 2. num. 948. Anton. Henrichman. consil. 37. incip. Wilhelmus quondam. tom. 3. Thom. Grammat. decis. 63. incip. honorabilis. Marant. disput. 10. num. 15. & alii, quorum longum catalogum recenter exhibuit Adrianus Gylmannus tom. 2. Symphorematis supplicationum. part. 1. vot. 21. num. 11. & seq.* Quibus meritò etiam accensentur *Joannes Borcholt. de feud. c. 7. part. 2. num. 36. Schrader. tractat. feud. part. 7. cap. 4. num. 83. Mozz. de natural. feud. num. 99. Menoch. consil. 1. num. 458. volum. 1. & idem consil. 400. num. 15. volum. 4. Fachinæus lib. 7. controversiar. jur. cap. 45. D. Bocerus class. 5. Disput. 18. th. 16. edit. 2. & idem exquisitiùs in tractat. de investitura feud. cap. 5. n. 62. cum multis seqq & in tractat. de jure succed. in feud. cap. 3. quæst. 4. Andreas Knichen. part. 1. de vestiturarum pactionibus. cap. 3. num. 23. & pluribus subseqq. Joan. Georg. Majer. in Synops. Jurisprud. Beneficiar. sect. 3. cap. 9. reg. 33. pag. 66. & Gothofredus Antonius Disputat. feud. 5. thes. 6. ad lit. a.* Quorum 197
omnium traditio cùm non solùm communissima sit & receptissima: verùm etiam solidissimis urgentissimisque argumentis & rationibus (quas mox ordine percensebo) suffulta; ab eâ in judicando minimè recedendum esse, autumo, *argum. l. 1. in princ. ibi, sanè crebrior. apud veteres opinio est. ff. de officio quæstor. l. athletas. 4. in pr. ibi, & generaliter ita omnes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l. ita vulneratus. 51. in princip. ibi, dicitur vulgò ff. ad l. Aquil. l. quod dicitur. 5. §. penult. ff. de impens. in res dot. fact. & l. 1. §. sed neque. 6. C. de vet. jure enucleando.*

Primum autem argumentum sumitur ex textu *tit. 6.* 198
Episcopum vel Abbatem, &c. §. quin etiam lib. 1. feudor. ubi JC. Feudista, *Quinetiam*, ait, *si quis eo tenore feudum acceperit, ut ejus descendentes masculi & fœminæ illud habere possint: relicto masculo, ulteriùs fœminæ non admittuntur.* In quo textu per dictionem *ulteriùs* apertè ostenditur, quòd relicto & succedente masculo, fœmina nunquam ampliùs admittatur. Est etenim ista dictio *ulteriùs* 199
adverbium temporis perpetuò exclusivum, *ut arguit c. cùm accessissent. 8. vers. fuit insuper. ibi, ne primiceriatus dignitas esset ulteriùs in Ecclesia. ubi Bald. ext. de constitutionibus & l. 3. in fin. C. de præscript. 30. vel. 40. annor. & innuit, post alios, Tiraquell. in d. l. si unquam. in verb. revertatatur. num. 129. C. de revoc. donationibus,* atque adeò eandem potestatem continet, quam vox *ampliùs* aut *deinceps*: & denotat privationem seu summotionem perpetuam, non suspensivam aut moratoriam: sicuti dicitur de stipulatione, ampliùs vel deinceps non agi vel peti, *l. eadem dicemus. 4. §. Cato. ff. de verbor. obligationib. l. amplius non peti. 15. & l. procurator. 23. ff. rem ratam haberi.* Nec movet 200
quicquam, quòd cùm verbum illud, *admittuntur*, in textu positum sit præsentis, non futuri temporis, secundùm hujus verbi tempus accipiendum quoque sit adverbium *ulteriùs*: proindeque de præsenti, non verò de futurâ successione in feudum, textus ille intelligendus sit: eò quòd qualitas adjuncta verbo, secundùm tempus verbi exaudiri debeat *l. in delictis. 4. §. si extraneum. ff. de noxalibus. act. l. Titius 25. ff. de testamento milit. Alexand. consil. 83. n. 11. vol. 3 consil. 5. n. 3. & consil. 101. n. 14. volum. 5. consil. 29. n. 6 consil. 139. n. 3. consil. 143. in princip. consil. 198. num. 12. consil. 207. num. 10. & consil. 227. num 8. volum. 6.* Nam quoties qualitas verbo adjuncta non patitur, ut secundum tempus verbi illius intelligatur: toties fallit ista regula, quæ habet, quòd qualitas verbo adjecta, secundùm tempus verbi illius sit intelligenda, *argum. l. in substitutione 31. ff. de vulg. & pupill. substitut. c. ult. §. item opponitur. 22. quæst. 2. c. Raynutius. 16. ext. de testament. Petrus Duennas in fallentiis regul. juris. sub lit. Q. reg. 556. vers. secundo fallit. & vers. quinto, &c. Menoch. consil. 225. num. 16 & cons. 227. num. 25. & 60.* Quare adverbium *ulteriùs* cum sit futuri temporis, propriâ ejus naturâ inspectâ: juxta ejus genuinam proprietatem, verbum quoque illud *admittuntur* censendum erit. Reliqua, quæ tum ab Hartmanno Pistoris *d. lib. 2. quæst. 36. num. 2;* tum Hermanno Vultejo *d. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 53.* contra communem & verum *prædicti §. quinetiam.* intellectum regeruntur: satis abundeque enervat & diluit D. Collega Bocerus *d. tract. de investiturâ feudi. c. 5. num. 64. & 66. item d. tract. de jur. succed. in feud. c. 3. q. 4. nec non Andreas Knichen d. part. 1. de vestiturarum pactionib. c. 3. n. 84. & seqq.*

Secundum argumentum suppeditat clausula generalis 201
dicti tit. 6. §. ult. lib. 1. feud. ubi Feudista inquit: *Et his omnibus casibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur.* Ex quibus verbis indubitatè constat: quòd in isto *tit. 6.* (ut & in proximè præcedenti) de casibus agatur, quibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur. Unus proponitur *in princ. & §. 1. ejusdem tituli*: duo autem *in d. §. quinetiam. & §. ultim.* Primus casus est, quo feudum non jure datum redit ad dominum: ut quia Prælatus Ecclesiæ in feudum res Ecclesiæ dedit, quæ antiqui-

tiquitus dari in feudum non consueverunt. Alter est, quo sine liberis decedit vasallus, per quem fœmina prius exclusa fuit. Tertius est, quo vasallus, quòd naturâ mutus est, feudum retinere non potest. Cùm igitur his casibus omnibus feudum amittatur, & ad dominum revertatur: plusquam manifestum inde fit, quòd fœmina per masculum priùs exclusa, eo mortuo, ad feudi successionem in locum masculi nunquam ampliùs admittatur.
202 Qui enim feudum amittit: jus succedendi in illud, salvum habere ampliùs nequit: cùm remoto subjecto, feudo scilicet & jure succedendi in illud, removeatur etiam necessariò ejus adjunctum, ipsa nimirum successio. Adhæc si feudum, à quo per masculum fœmina fuit repulsa, eo masculo sine liberis defuncto, ad dominum revertitur: haudquaquam verè dici poterit, quòd fœmina ista exclusa, ad illud regressum jure habeat.

203 Tertium argumentum tale est: Quicunque in defectum alterius ad successionem vocatur: is succedente eo, cujus in locum vocatur, in tantùm excluditur, ut postea non admittatur ampliùs; licèt ille, per quem remotus semel fuit, postea decesserit, aut jure, in quod successit, abstinuerit, *l. 3. & l. quamdiu. 69. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. ait Prætor. 7. §. sed quod. 10. ff. de minoribus. l. verbis civilibus. 7. l. in pupillari. 14. & l. ex facto. 43. in princip. ff. de vulg. & pupill. substit. §. masculo igitur. 8. suprà, de pupillari substitut. & l. post aditam. 5. C. de impuber. & aliis substitutionibus.* Atqui verò fœmina quando investituræ pacto ad feudi successionem vocatur; in defectum saltem masculorum vocari intelligitur, *titul. 17. in princip. ibi, vel his deficientibus. tit. 18. ibi, & masculis deficientibus. & tit. 30. ibi, deficientibus filiis masculis. lib. 2. feud.* Ergo masculo succedente, fœmina, quæ pari gradu cum eodem masculo extat, sed per ipsum feudo excluditur, nunquam postea ad idem feudum, mortuo quantumvis eo masculo, admittitur.

204 Quartum argumentum hujusmodi est: Quicquid sub conditione datur; sub contrariâ conditione non dari censetur: & contra, quicquid sub conditione adimitur; sub contrariâ conditione dari intelligitur, *l. quibus diebus. 40. § quidam Titio. & l. aliquando. 107. ff. de condit. & demonstrat. Cravett. consil. 344. n. 4* Sed jus succedendi in feudum pacto investituræ datur fœminæ sub hac condi-
205 tione, *si masculi deficiant.* Verba namque, *deficientibus masculis, in d. tit. 17. d. tit. 18. & d. tit. 30. lib. 2. feud.* conditionem important: cùm sint duo ablativi absoluti; quorum ea natura est, ut conditionem inducant, vel in conditionem resolvantur, *l. sub emptione. 58. ff. de pact. l. creditor. 13. in princ. ff. qui potior. in pignor. hab. l. evictis. 18. in princip. & l. lite contestata. 35. ff. de usur. l. fructus. 7. §. divortio facto ff. solut. matrimon. l. acceptis. 93. ff. ad legem Falcid. l. facta. 63. §. rescripto. ff. ad Senatusconsultum Trebellian. Roland. a Valle cons. 65. num. 23. vol. 3. cum multis aliis relatis per Forsterum libro 3. de successionibus. l. 15. axiom. 3. num. 6. & 7.* Quocirca sub contrariâ conditione, si scilicet masculi non deficiant, sed extent, & in feudum succedant, non censetur fœminæ datum jus succedendi in feudum. Cui autem jus succedendi non competit: ei nec successio competere dicitur: cùm successio ipsius juris succedendi effectus perhi-
206 beatur.

Quintum argumentum ita habet: Quicunque aliquo modo à successione excluditur, is nulla ratione ad eam ampliùs admittitur, *arg. l. si ponas. 23. §. 1. ff. de inoffic. testamento. l. 2. in princ. & §. 1. & 2. ff. de exceptionib.* Atqui fœmina, à feudi successione per masculum remota, excludi dicitur, *per textum in tit. 104. casus, quibus fœmina in feudo succedit. §. item si quis eo tenore. ibi, fœminæ excludantur. in extraordinar. capitulis, in usib. feudor.* Igitur fœmina, à feudi successione semel per masculum remota, nul-
207 li ratione ad eam ampliùs admittitur.

Sextum argumentum & ratio hæc est: Jus semel consopitum sive extinctum ampliùs haud reviviscit. *l. 3. §. si capitis 19. vers. etiamsi omiserit. ff. de bonis libertor. l. in tantum 6. sacra autem. vers. semel. ff. de divis. rerum. l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. de acquir. rer. dom. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ff. de verborum. obligat. l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionib.* Sed jus succedendi in feudum, fœminæ ex pacto investituræ competens, extinguitur extante & succedente masculo, *per d. tit. 104. §. item si quis. in extraordinar. capitul. & alia jura & argumenta s. adducta.* Illud ergo jus, mortuo postmodum eodem masculo, haud reviviscit.

Septima, pro communi opinione quæ afferri solet ratio 280
à simili, est illa: Fœmina, quæ vigore statuti per masculum à successione bonorum semel fuit remota, licèt masculus ille deinde fuerit defunctus, ad successionem tamen ampliùs non admittitur, *ut docent Bartolus in leg. ult. ff. ad Senatusconf. Tertyllian. Baldus in l. si quis posthumos. 9. §. si filium. ff. de lib. & posthumis. & in leg. posthumus 6. & in princ. ff. de inoffic. testam. Franciscus Aretinus cons. 144. incip. viso puncto. Alexander cons. 43. incip. consideratis. vol 3. Socin. cons. 92. vol. 1. & cons. 50. vol. 3. Paris. cons. 22. num. 16. Gail. lib. 2. observ. 148. num. 4. Ant. Peregrinus in tract. de fideicommiss. artic. 27. num. 17.* Quapropter fœmina, etiam à feudi successione per masculum remota, eo masculo defuncto, amplius non admittitur: quippe cum jus feudorum regulariter fœminas à feudis penitus repellat, *tit. 1. §. hoc autem 3. & tit. 8. §. filia vero lib. 1. F. & tit. 50. libr. 2. feud. & latius expositum suprà num. 159. & seqq.*

Octava denique ratio petitur ex trita illâ, vulgatâque 209
juris regulâ, quâ dicitur: quod unumquodque ad naturam suam facilè revertatur. *d. l. in tantum. 6. in princip. ff. de divis. rer. l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. vers. quotiens enim. ubi Jason. ff. de pact. l. hac consultissima. 21. §. si quis autem. C. de testament. can. ab exordio. 2. & ibi glos. super verb. revolvit. ad a. distinct. 35.* Cùm ergo feudi natura ea sit, ut ad ejus successionem fœminæ non admittantur: certè ad hanc naturam revertitur feudum, si fœmina per masculum semel à feudi successione repulsa, in perpetuum exclusa maneat. *Contra hanc, ut & superiores nonnullas rationes, quæ ab Antagonistis proponuntur; ad eas solidè respondet D. Bocerus. d. tract. de investitura feudi. c. 5. num. 73. & 74.*

Restat nunc, ut adversariorum fundamenta, quibus sen- 210
tentiam nostram, & rationum irrefutabilium pondere, & Doctorum gravissimorum auctoritate corroboratam, oppugnare laborant, evertantur. Neque enim verum dicere sufficit: sed simul contraria refellere, & falsitatis causam assignare oportet, tradente Aristotele *lib. 7. Ethic. c. 14.* & Nevizano *in sylva sua nuptial.* quos referendo sequitur Joannes Borcholt *in Comment. ad tit. Digest. de V. O. c. 3. n. 27. in fine.* Et objectis non respondere, est animi elati, aut ignorantiæ tenebris involuti, prout inquit Angelus *consil. 110. num 7.* & Fr. Card. Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib. 7. tit. 8. num. 21.* hosque laudans Joannes Ulricus *Wolff*, *in prodromo responsor. & consil. jur. cons. 3. num. 16.*

Primò itaque nihil movet argumentum à lege cessante 211
depromptum, quòd videlicet jure feudali nusquam dispositum reperiatur: fœminam, quæ ex pacto ad successionem feudi vocata, & propter masculum exclusa fuit, ita successionis jure privari, ut defuncto masculo amplius ad id aspirare non possit, sed feudum ad dominum potiùs revertatur. Sine juris autem authoritate temerè quid asseverare, erubescamus. *Novell. 18. cap. 5. in princ. l. illam. 19. ibi, eò quòd nulla constitutio, &c. C. de collationib. l. dissentientis. 5. ibi nulla juris præcipit constitutio. C. de repudiis.* Nihil, *inquam*, hoc movet argumentum. Nam inficiatione seu negatione antecedentis facilè tollitur. Siquidem suprà ex manifestissimo textu *in d. tit. 6. §. quinetiam. & §. ult. libro 1. feudor.* evidenter demonstratum est: quòd fœmina per masculum semel à successione feudi remota, perpetuò censeatur repulsa: ut quamvis postea sine prole masculus ille decedat: tamen ipsa denuò ad feudi successionem non ad-
mittatur. Accedit, quod Feudista ibidem utitur particula 212
quinetiam: quæ dictio, ut & vocula *quinimo*, inter alias proprietates augmentativa sive ampliativa est, additativa ejus, quod est plus, *arg. §. quinimo. supr. de militari testament. l. generaliter. 24. § ult. vers. quinimo. ff. de fideicommissar. libert. l. plures. 27. ff. de dam. infect. gloss. & Jason in l. jurisgentium. 7. §. quinimo. num. 10. ff. de pactis. Alciat. cons. 15. num. 4. lib. 8. Andreas Knichen. dict. part. 1. de vestiturarum*
pactionibus. cap. 3. numer. 32. Sed & simplex dictio 212
etiam ampliativa est, & (juxta conspirantem Dd. opinio-

Digitized by Google

opinionem) suâ naturâ casum magis dubium implicat, cumque similiter decidit. *Cephal. consil. 68. num. 9, lib. Paris. cons. 46. num. 30. lib. 4. Decianus respons. 46. num. 118. vol. 2. Roland. à Valle cons. 27. num. 19. vol. 4. Menochius cons. 27. l. num. 55. cons. 181. num. 14 cons. 289. num. 24 libr. 3. cons 392. num. 9. cons. 331. num. 6. & cons. 336. num. 17. lib. 4. aliique ab eo citati.* Cæterum casus, qui dictum §. *quinetiam.* præcedit, est de feudo, quod jure datum non est: ac proinde ad dominum revertitur. Est igitur & sequens ille *in d. §. quinetiam.* propositus casus de feudo, quod ad dominum revertitur. Præterea *in eodem §. quinetiam.* contra opinionis contrariæ defensores non parùm militat
214 proprietas, & vis verborum, *relicto masculo.* Quæ voces, cùm sint duo ablativi absolutè positi, conditionem hanc designant; *si masculus sit relictus*, *l. si debitor. 4. §. 1. ibi, nisi salvâ causa pignoris. ff. quibus modis pignus vel hypoth solvit. l. à testatore. 119. ff. de condit. & demonstrat.*
215 *& juribus similibus, suprà numer. 205. allegatis.* Conditionis autem naturam hanc esse constat; ut, eâ existente & purificatâ, confestim & planè evanescat id, quod ipsa dispositione concessum fuerat; nec ampliùs postmodùm reviviscat. *§. conditiones. 4 vers. nam si ea ita non sunt. infr. de verborum obligationib. l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionib. cum legibus concordantibus, suprà num. 207. annotatis.* Tandem hanc interpretationem & illud juvat: quòd Jurisconsultus Feudista *in multoties citato §. quinetiam.* utitur cum negatione verbo præsentis temporis, *non admittuntur.* Ex quo colligere promptum est: quòd fœminæ, masculo existente, ipso jure à feudi successione statim repellantur. Si ipso jure: postmodum in casu decedentis sine sobole illius masculi, ampliùs admitti neutiquam possunt: nisi juris expressi beneficio ostendantur denuò admissæ: quod jus in feudorum codice nusquam expressum invenitur. Est ergò *in textu prædicti §. quinetiam.* clarissimè & expressissimè dispositum: fœminam per masculum à feudi successione semel exclusam, perpetuò remotam exclusamque censeri: *ut id fusiùs & enucleatiùs declarat D. Bocer. dict. tract. de investit. feud. cap. 5. n. 76. & 77.*

216 Secundò, communi, cui patrocinamur, sententiæ non obstat textus *in tit. 8. de successione feudi §. filia verò. libro 1. feudorum.* ubi generaliter & indistinctè dicitur: filiam succedere, non extantibus filiis. Ergo si filii non extent: quia scilicet, postquam successerunt, defuncti sint absque liberis; fœminæ videntur esse admittendæ: cum filii etiam tunc non extare dicantur, quando masculus, per quem fœmina fuit exclusa, posteà sine prole decedit. Etenim verba illa (*Tunc etiam succedit filia, filiis non extantibus*) hunc habent sensum: quòd si mortuo vasallo, ejus filius non extet, qui ipsi patri in feudo succedat; extet autem filia; huic aditus ad feudi successionem pateat, si & fœminæ pacto investituræ ad feudum sint vocatæ: non verò hanc continent sententiam; quòd, masculo, qui patri vasallo successit, defuncto; ejus soror ad feudum admittatur. Etsi enim & ille filius non extare dicatur; qui, mortuo patre vasallo, in ejus feudum successit, & post successionem defunctus est: attamen cùm ibi quæstio sit de successione in feudum patris, ipso patre jam defuncto: sanè extantes filios *in illo §.* accipere jubemur de filiis non extantibus eo tempore, quo pater vasallus decessit: maximè cùm non extantes filii eo loco illi sint filii, qui alibi deficientes masculi dicuntur:
217 & deficere in successionis materiâ dicamus non illos, qui posteaquam successerunt, moriuntur: sed potiùs, qui tempore delatæ successionis vel mortui sunt, vel succedere nolunt. *§. si eadem res. 8. f. de legat. l. si in testamento. 5. ff. de vulgari & pupill. substitut. l. quod si. 78. ff. ad legem Falcid.*

218 Tertiò, nullum facessit negotium textus *in tit. 17. de eo, qui sibi vel heredibus suis masculis, &c. vers. non enim patet. lib. 2. feudorum.* ubi fœmina à feudi successione excludi generaliter dicitur, *donec* masculus superest ex eo, qui primus de feudo fuit investitus. Illud adverbium temporis *donec*, eam vim & naturam sive proprietatem habere volunt dissentientes, ut actum, cui adjungitur, non penitus removeat, sed tantum ad tempus suspendat. *l. 2. in pr. ff. de vulg. & pupill. substit. l. ambiguitatem. 12. vers. sin autem talis, &c. C. de usufructu, &c. Alexand. Raudens. decis. Mediol. seu tract. de analog. univoc. lib. 1. c. 27. num. 15. & seq. huncque referens D. Besoldus in thesauro practico lit. V. num. 22. pag 813.* Ille, inquam, textus nullum facessit negotium. Nam in eo Jurisconsultus Feudista non admodum ad naturam & proprietatem particulæ illius *donec* advertit: sed solummodò ad naturam feudi, quod pro masculis & fœminis datum est, respexit. Natura autem & proprietas feudi illius hæc censetur: ut, si & masculus & fœmina adsint tempore delatæ successionis in feudum; fœminæ in feudi successione locus non pateat: & vocula illa *donec* ad casum duntaxat delatæ successionis, & quidem omnem ejusmodi casum, referatur: atque adeò hoc sensu intelligenda sit, quòd fœmina ad feudi successionem non admittatur, quocunque etiam gradu cum masculo concurrat; hoc est, sive concurrat gradu primo, ut quo pater, primus vasallus decedit: sive gradu secundo, ut quo moritur primi acquirentis filius, & cum eo fœmina concurrit: sive remotiori aliquo gradu concurrat. De hujusmodi enim successionis gradibus nominatim eo in titulo agitur. Et quanquam dictionem illam 219
donec esse adverbium temporis, liberaliter concedatur: tamen dubium vix est ullum, quin vim limitativam habeat, *tradente Parisio cons. 28. num. 16. lib. 2. & Menochio cons. 181. num. 49. lib. 2.* & dispositionem conditionalem faciat, *l. si quis. 9. §. si oleum. 3 ff. de dolo mal. Tiber. Decianus post alios, quos allegat, cons. 9. n. 18. vol. 3.* proindèque dispositionem restringat. Quæ restrictio secundùm subjectam materiam, & rei, quâ de agitur, naturam intelligi debet. Cui consequens est, voculam illam *donec*, *in dict. titul. 17 positam*, limitandam esse & restringendam tantummodò ad delatæ successionis tempus, quo fœmina cum masculo concurrit: maximè cùm de eo solùm tempore & casu quæstio illius tituli tractet. *Atque ita recenter textum tituli istius 17. accipit D. Bocer. dict. tractat. de investiturâ feudi cap. 5. num. 82.* Tametsi ad eundem alii aliter respondeant. *Andreas Knichen dict. part. 1. de vestiturarum pactionib. cap. 3 num. 100. & seqq. Gylmannus prædicto tomo 2. symphorematis p. 1. vot. 21. num. 46. 50. & 51. & Ferrarius Montanus in tract. de feud. lib. 8. c. 18. & Fachinæus dict. lib. 7. controvers. jur. c. 45. vers. secundum argumentum, &c.*

Quartò, non adversatur regula *titul. 18. de duobus fratribus à capitaneo investit. libro 1. F.* quâ traditur, quòd 220
unusquisque sibi & heredibus potius, tum masculis, tum fœminis, quam extraneo sive domino concedenti contrahendo & paciscendo prospexisse, hocque omninò voluisse videatur: ut eo etiam casu filia succederet, quo post acquisitum feudum filius sine liberis decessisset; non autem ut feudum ad dominum rediret: idque ex paternæ pietatis affectione in liberos, *arg. l. cùm. avus. 102. ff. de condit. & demonstrat. l. cùm acutissimi. 30. C. de fideicommiss. & l. generaliter. 6. Cod. de institutionibus & substitutionibus.* Isthæc namque regula exaudienda est non generaliter, sed secundùm quæstionem ibi propositam; quæ est de casu, quo duo fratres de feudo novo simul sunt investiti hoc tenore sive pacto: ut, deficientibus masculis, fœminæ feudum habeant. Horum fratrum unus si postea, nullo masculo, sed filiâ tantùm relictâ; decedat, non frater decedenti fratri; sed filia ejus in feudum succedit: cùm pater filiæ potiùs, quam fratri, illo investituræ pacto prospexisse præsumatur. Et licèt patrem sive vasallum acquirentem in ipsa investiturâ id sensisse fingamus: ut etiam, filio mortuo, posteaquam is in feudum successit, filia admitteretur: cùm tamen ipsius solius hæc fuerit voluntas, non etiam domini concedentis sine effectu illa relinquitur. Filia quippe in feudum patris, non nisi ex pacto investituræ succedit. Pactum verò est utriusque, & 221
domini & vasalli, voluntas & consensus. *l. 1. §. 2. ff. de pactis. l. pactum. 3. in princip. ff. de pollicitationibus.* Quare non spectandum est tantùm, quid vasallus primus acquirens voluerit & senserit: sed & quid animi dominus concedens habuerit. Cùm igitur nullius expressa sit voluntas: intelligi utriusque debet mens ac intentio secundùm usitatam feudorum naturam, *argument. l. cùm quid. 3. ff. de rebus credit. & l. nec enim ordo. 6. ff. de so-*

de ſucceſſionibus. Natura autem feudorum hæc perhibetur: ut, exiſtente filio, non admittatur filia, quæ inveſtituræ pacto conjunctim cum maſculis vocata fuit: at filio deficiente, locus ipſi filiæ in feudi ſucceſſione patet, prædicto titulo. 6. §. quinetiam. & dict. tit §. 8. filia. libro 1. feudorum. Ideòque non intelligitur pater proſpexiſſe & conſuluiſſe filiabus, etiam in caſum, quo decedit maſculus, per quem antea remota fuit fœmina: propterea quod fœminæ cum maſculis conjunctim vocatæ, ſub conditione, ſi maſculi deficiant, vocatæ cenſeantur. Maſculo proinde ſucceſſionis delatæ tempore exiſtente, adeòque ipſa conditione deficiente: fœminarum quoque vocatio corruit, prorſuſque evaneſcit, nec ampliùs reviviſcit, prææalleg. l. qui res. 98 §. aream. 8. ff. de ſolutionib. dict. §. conditiones. 4. verſ. nam ſi ea ita. infrà, de verbo-

222 rum obligationibus. Deficiente ſiquidem conditione, perinde eſt, ac ſi diſpoſitio facta non fuiſſet, l. pecuniam, quam 36. ff. de rebus credit. l. neceſſario. 8. circa princ. verſ. quod ſi pendente. ff. de peric. & comm. rei vend. & paria ſunt, nihil fieri, vel fieri ſub conditione, quæ non purificetur: cum ea conditionis natura ſit, ut priùs impleatur, quàm effectus emolumentumve aliquod ex illa ſequatur. l. ſi poſt diem. 5. § ſed ſi ſub conditione. 2. ff. quando dies legator vel fideicommiſſ. cedat. Cephal. conſil. 269 num. 23. lib. 2. Roland. à Valle, conſ. 59. n. 8. vol. 3. & expoſitum ſuprà numer. 136.

223 Quintò, nihil reſiſtit hæc argumentatio: Quocunque in gradu maſculus exiſtit, fœminæ in ſucceſſione feudi præfertur, dict. tit. 17. & tit. 51. §. ſimiliter ſi quis. libro 2. feudorum Ergò à contrario, quocunque etiam gradu deficit maſculus, fœmina in feudum ſuccedit: & conſequenter, decedente ſine filiis maſculis, fœmina per eundem priùs ſubmota, ſuccedit in feudum. Nihil, inquam, hæc argumentatio reſiſtit. Plus enim eſt in concluſione, quàm fuit in præmiſſis, ut Logici loquuntur: quippe cùm præmiſſæ agant de maſculo deficiente: concluſioni verò aſſuta ſit appendix de maſculo, qui non deficit, ſed in feudum ſucceſſit. Maſculus ſanè, qui ſuccedit, & poſtea moritur, deficere haud dici poteſt: quandoquidem ille duntaxat deficere in ſucceſſionis caſu reputatur, qui ſucceſſionis delatæ tempore non ſuccedit, dict. § ſi eadem res. 8. ſupr. de legat. & juribus ſimilibus prææallegatis, num. 217.

224 Sextò, communem deciſionem non infringit ratiocinatio illthæc: Diſpoſitio quævis ita accipi debet, ne ſit otioſa & inutilis, ſed ut ſemper aliquid operetur. arg. l. ſi ſtipulatus 4. ff. de uſur. l. ſi quando 109. in princ. ff. de legat. 1. Ergo quando fœmina cum maſculis, pacto inveſtituræ ad feudi ſucceſſionem vocatur, pactum hoc ita exaudiri debet, ut fœmina etiam aliquo caſu ad feudum admittatur. Ideòque licèt ea fœmina ſemel per maſculum ſit excluſa: attamen eandem alio ſequenti caſu, quo maſculus à primo acquirente deſcendens, non extat amplius, ſuccedere poſſe convenit. Alias enim nullius momenti foret, nihilque operatur illa inveſtituræ pactio: cùm feudum hac ratione

225 nunquam ad fœminam iſtam perveniret. Non, inquam, deciſionem communem ratiocinatio illthæc infringit. Quia diſpoſitio quævis intelligenda eſt ſecundum diſponentium mentem & voluntatem. l. ſemper in ſtipulationibus. 34. in princ. ff. de regul. jur. l. in conventionibus. 219. ff. de verborum ſignification. l. 3 ibique Jaſon. C. de liberis præterit. & l. ult. Cod. quæ res pignori obligari poſſunt. ſive expreſſam, ſive tacitam, id eſt, juri & legibus conformem atque conſentaneam. dict. l. cùm quid. 3. ff. de rebus credit. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua. 20. ff. de ædilit. edict. l. ſi ſtipulatus 4. in princ. verſ. quia non eſt veriſimile. ff. de uſur. Lofred. conſ. 39. n. 17. Jam verò voluntas domini concedentis, & primi acquirentis expreſſa non eſt ut quovis caſu fœmina, per maſculum ſemel excluſa, in perpetuum vel ad tempus ſit excluſa. Quapropter voluntas tacita, juri ac legibus conformis & conſona, hic ſpectanda venit: quæ eſt, ut pacto inveſtituræ fœmina vocata per maſculum à feudo repellatur, & ſemel repulſa, alio ſucceſſionis caſu amplius non admittatur: quemadmodum ſuprà argumentis firmis & immotis, pro noſtrâ ſententiâ allatis, evidenter oſtenſum eſt. Igitur non inutilis aut otioſa eſt illa inveſtituræ diſpoſitio, quâ cum maſculis etiam fœminæ ad feudi ſucceſſionem vocantur; tamètſi fœmina ad feudum, à quo ſemel per maſculum fuit excluſa, regreſſum nullum habeat. Operatur etenim diſpoſitio iſta non ſolum illud, quòd fœmina in feudum ſuccedere poſſit, ſi maſculus tempore delatæ ſucceſſionis non extet, ſed omninò deficiat: verùm etiam illud efficit, quod fœmina antea per maſculum excluſa, denuò ſucceſſionis caſu exiſtente non admittatur..

Septimò, veritati concluſionis noſtræ nihil detrahit hoc 226
adverſæ partis enthymema: Quicunque propter alium, in medio exiſtentem, à ſucceſſione removetur; ejus jus ſuccedendi non penitus extinguitur, ſed tamdiu ſuſpenſum eſſe cenſetur, donec alius ſuccedendi caſus contigerit, quo impedimentum illud ceſſat, argumento textus in tit. 14. de vaſallo decrepitæ ætatis. & tit 50. de naturâ ſucceſſionis feudi, libro 2. feudorum. l. ſi filius. 22. ff. de bonis libert. l. penult. ff. de jure delib. & l. omnia. 82 §. ult. ff. de legat. 2. Ergo quamvis fœmina propter exiſtentiam maſculi, à feudo arceatur: non tamen ejus ſuccedendi jus omnino extinguitur: ſed contingente caſu, quo nullus extat amplius maſculus, ad feudi ſucceſſionem admittitur. Hoc, inquam, enthymema nihil veritati concluſionis noſtræ detrahit. Nam antecedens enthymematis non eſt perpetuò verum: quippe cùm ſubſtitutus hæres, propter heredem gradu primo inſtitutum, ſemel à ſuccedendi jure remotus, ab eo in perpetuum excluſus exiſtimetur: ita ut licèt inſtitutus moriatur poſt ſucceſſionem: ſubſtitutus tamen ad eam denuò non admittatur. l. poſt aditam. 5. Cod. de impuber. & aliis ſubſtitutionibus. cum juribus concordantibus ſuprà allegatis, n. 203. Itaque cùm fœminæ pacto inveſtituræ conjunctim ad feudi ſucceſſionem cum maſculis vocatæ ipſis maſculis tantùm ſubſtitutæ ex feudorum placitis intelligantur, ſuprà citato tit. 17. in pr. ibi, vel deficientibus maſculis. libro 2. feudor. conſequens ei eſt, fœmina per maſculum ſuccedentem ſemel rejectâ, jus illius prorſus extinctum peremptumque eſſe. Andr. Knich. tractat. de veſtitur. pactionibus pag. 1. cap. 3. num. 40. & ſeqq.

Octavò, minimè refragatur, quòd feudum, quod vaſal- 227
lus pro ſe & heredibus ſuis maſculis & fœminis accepit, fœmineo feudo æquiparetur: quòdque in hoc feudo fœmineo ſuccedat filia, deficientibus maſculis, licet maſculi aliquandiu feudum poſſederint, juxta Dd. ad tit. 30 de feudo fœminæ. libro 2. feudor. Sonsbec. in Commentar. ad uſus feud. part. 9. num 133. & Weſenbec. de feud. cap 6 num. 23. verſ. quod ſi in feudorum. &c. Hoc namque poſterius falſum eſſe: proindeque incertum per æquè incertum probari non poſſe, teſtantur Matthæus de Afflict. & Alvarottus in dicto tit. 30. libro 2. feudorum. Borcholt. de feud. cap. 7 parte 2. de ſucceſſione num 37. Alciatus, conſil. 170. num. 3 Rubeus conſil 57 num. 2. & Menochius conſil. 400. num. 15. Taceo, quod à feudo fœmineo ad maſculinum, 228
vel à ſpeciebus diſparatis neceſſario ad alias ſpecies inferri haud queat l. ult. ff. de calumniat. l. Papinian. 20. in fine principii. ff. de minorib. l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. ſi maritus 10. ff. de donationibus inter virum & uxorem. l. inter ſtipulantem 83. § ſacram. verſ. & hæc diſſimilia ſunt. ff. de verborum obligation. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi. propriam ac ſeparatam conditionem habent ff. pro emptore. l. neque natales. 10. C. de probationibus.

Nono, traditionem communem non turbat hoc argu- 229
mentum: Excludi à jure ſuccedendi non dicitur ille, cui nondum obtigit caſus, quo ſuccedere poſſet. Excluſio enim facta dici nequit, niſi præceſſit incluſio, arg. l. qui ſuperſtitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. hered. Michael ab Aguirre in reſponſ. pro Rege Hiſpaniæ apologetico. part. 3. num. 37. hunc que referens Petrus Heig. part 1. quæſt. 26. n. 19. Sed dum nec maſculus extat, non exiſtit caſus, quo ſuccedendi jus fœminæ competat. Ergo à jure ſuccedendi non dicitur excluſa fœmina, quæ ante propter maſculum ſuccedere non potuit: & per conſequens, caſu poſtea contingente, quo nullus amplius adeſt maſculus, per quem ſuccedere impediatur fœmina, hæc certe admitti debet. Hoc argumentum, inquam, non turbat traditionem communem. Quia jus ſuccedendi in feudum competit hoc caſu fœminæ ſub conditione, ſi ſcilicet tempore delatæ ſucceſſionis maſculus ex primo acquirente deficiat, ſive non extet,

Digitized by Google

ut suprà edoctum num. 203. *& seq.* Quando igitur deficit isthæc conditio: non ineptè suo conditionali hoc jure exclusa fœmina dicitur, *D. Henric. Boc. d. tractat. de investitura feud. c.* 6. *num.* 92.

230 Decimò, nihil obest regula, quâ dicitur, quòd concessum à Principe beneficium, perpetuò tributum intelligatur, *c. decet.* 16. *de reg. jur. in* 6. & quàm plenissimè, seu latissimè sit interpretandum, *l. penult. ff. de constitutionib.* Quoniam regula ista de eo beneficio accipienda est, quod purè & cum omni causa in aliquem confertur. Cæterùm quando feudum pacto investituræ pro masculis & fœminis datur; beneficium hoc fœminæ non purè conceditur, sed sub conditione; si scilicet masculus delatæ successionis tempore deficiat, *ut paulò antè dictum.* Dominus item feudum non cum omni causa concedit: quippe cùm directum (*quod vocant*) dominium sibi retineat, cum spe consolidationis futuræ, *tit.* 23. *in quibus causis feud. amittatur. lib.* 2. *feud. juncto tit.* 5. *quib. mod. feud. amittatur. §. rursus. & tit.* 13. *de alienatione feudi §. etsi clientulus. lib.* 1. *feud. Knichen. d. part.* 1. *de vestiturar. pactionib. c.* 3. *num.* 140. *& seq.*

231 Undecimò, nostram conclusionem haud enervat illa vulgatissima juris regula, cessante causa, cessat effectus, *l. adigere.* 6. *§. quamvis. ff. de jure patronat. l. ex facto* 43. *in princ. ff. de vulg. & pupill. substitut. l.* 1. *C. de haeret. l.* 1. *in princ. C. de Latin. Libert. toll. c. cùm cessante* 60. *ext. de appellat. c. cùm infirmitas.* 13. *ext. de pœnitent. & remiss.* Nam ea non procedit, quando effectus causæ jam perfectus & consummatus est, & (*ut vulgò loquuntur*) in esse productus, *docente Tiraquello in tract. cessante causa, cessat effectus. limitat.* 12 *nec non Adriano Gylmanno tom.* 2. *Symphorematis supplication. part.* 1. *vot* 21. *num.* 39. Quare cùm fœmina per masculum semel sit exclusa, atque adeò consummatus & perfectus semel effectus causæ illius, quæ est masculi existenti: certè prædicta regula hic planè vitiatur, & officium suum perdit, *l.* 1. *ff. de reg. jur.*

232 Duodecimò & ultimò, nihil ponderis aut roboris habet, quod de iniquitate & duritie sive rigore sententiæ communis, quam defendimus, ab adversariis adferri solet. Etenim hanc sententiam iniquam duramvè esse, negamus & pernegamus: Idque non sine manifesta ratione. Quandoquidem fœminas ex natura feudorum regulariter in feudum non succedere, abundè patescit ex illis, quæ docuimus *suprà num.* 159. *& seqq.* Quòd autem eæ ad feudi successionem ex pacto investituræ, contra feudorum indolem, nonnunquam admittuntur: id meritò soli gratiæ & benignitati domini concedentis acceptum ferre debent: cujus liberalitas secundum jus feudale mensuranda est, & æstimanda eo casu, quo simpliciter masculis & fœminis feudum est datum, nec expressè ac nominatim in pacto investituræ definitum, ut fœmina, licèt semel per masculum submota & exclusa sit, ipso tamen masculo postea sine prole defuncto, ad feudum admittatur. Quoties enim quid specialiter & nominatim contra subjectæ materiæ naturam cautum non est; contrahentes & paciscentes juri, reique, de qua agitur, naturæ in dubio se conformasse censentur. *l.* 3. *ibique Dd. ff. de reb. cred. c. cùm dilectus.* 8. *ext. de consuetudine. Alciat. in tract. de præsumpt reg.* 3. *præsumpt.* 32. *num.* 9. *Menoch. consil.* 331. *num.* 35. *lib.* 4.

233 Quamobrem cùm feudorum naturam hanc esse constet: ut prædicto investituræ pacto fœmina ad feudi successionem intelligatur vocata sub hac tantum condione, *si masculus deficiat*: hac utique condione semel deficiente, ita removeri confestim fœminam, ut perpetuum exclusa sit, firmiter concludendum est: *quemadmodum benè respondit D. Collega Bocer. d. tractat. de investitura feud. cap.* 5. *num.* 95. Et prædictam conclusionem egregiè corroborant, responsa Facultatum Juridicarum in Academiâ Ingolstadiensi & Heidelbergensi, itemque Tubingensi nostrâ; nec non præjudicia Cameræ Imperialis, de Anno 1590. in causa *Habern*, contra *Churfürstl. Pfaltz.* & de Anno 1612. in causa *deß Herrn Churfürsten zu Meintz*, contra *Nassaw und Wißbaden*: quæ refert Joannes Ulricus *Wolff in prodromo responsor. & consilior. jur. consil.* 1. *num.* 16.

234 Sicuti autem fœmina per masculum à successione feudi semel exclusa, in perpetuum exclusa censetur; adeò, ut nec mortuo illo masculo per quem repulsa fuit, in ejus locum admittatur, velut non levibus argumentum momentis hactenus comprobatum est: ita eadem semel ob masculi defectum admissa, quamdiu vivit, feudum retinet; etiamsi masculus aliquis postea nascatur. Feudorum etenim placita fœminam, extante masculo, à feudo per successionem acquirendo repellunt: non etiam illam à feudo jam acquisito removent, *d. tit.* 6. *§. quinetiam. tit* 8. *in princip. §. filia verò. lib.* 1. *feud. tit.* 11. *§. ad filias tit.* 17. 18. *&* 50. *in princip. lib.* 2. *feud.* & consequenter hunc casum decisioni dispositionis juris communis relinquunt, *argum. tit.* 1. *in princ. vers. strenuus autem. lib.* 2. *feud. & l. præcipimus.* 32. *§. ult. C. de appellationib.* Jure verò communi, quod alicujus factum est, id ab eo invito ad alium non transit, *l. id quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur. l. si procurator.* 31. *ff. de acquir. rer. domin* & ne quidem actio, quæ alicui semel quæsita est, eo invito resolvi, eique auferri potest, *l. habere.* 57. *in fine. ff. de evictionibus.* cùm jus semel quæsitum, perpetuum esse existimetur, *arg. l. sive possidetis.* 16. *C. de probationib.* Confert quoque huc, quòd multa fieri impediuntur: quæ tamen, si facta sint, tolerantur, *l. patre furioso.* 8. *ff. de his, qui sui vel alieni jur. sunt.* & quòd actus consummatus non vitiatur, licet deveniat eum in casum, à quo incipere non potuisset: *ut latè ostendit Tiraquellus in prææallegato Tract. cessante causa, cessat effect. limitat.* 12. quòd item contrariorum eadem est disciplina & ratio, *argum. §.* 1. *f. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l.* 1. *in princ. ff. eod l. si mortis.* 18. *in princ ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiunt. Aristot. lib.* 1. *Topic. c.* 11. *Nicol. Everhardus in locis legalib. loc. à contrariis, num.* 1. Ut ergo fœmina, semel à successione remota perpetuo exclusa permanet: sic semel admissa, quamdiu vivit, feudum retinebit. *Atque hanc sententiam utpote in puncto juris veriorem & crebriùs receptam, probant & sequuntur Baldus, Jacobus de Belviso, & Fridericus Schenck, ad dict. tit.* 17. *libr.* 2. *feudor. Franc. Curt. junior in tractat. feud. part.* 3. *memb.* 1. *num.* 32. *Zasius in Epitom. feud. part.* 8. *num.* 53. *Jul. Clarus. lib.* 4. *sententiar. quæst.* 80. *num.* 1 *Joann. Thom de Martin. tit.* 11. *de feud. fœmin. num.* 37. *vers. nono quæritur. Guerrinus Piso in præd. feud. sub tit. propria & impropria feuda quænam sint. vers. quarta species feudi improprii, &c. Hameton. lib.* 2. *de feud. cap.* 9. *Schrader. in tract. feud. part.* 7. *cap.* 4. *num.* 82. *Hartman. Pistoris lib.* 2. *quæst.* 35. *n.* 9. *Paul. Berens disputat* 8. *ad Instit. them.* 1 *quæstion.* 8 *D. Bocerus class.* 5. *Disp.* 15 *thes.* 17. *edit.* 2. *Joan. Georg. Majer in Synops. jurisprud. Beneficiariæ sect.* 3 *cap.* 9. *reg.* 35. *p.* 67 *Schneidewin. de feud. part.* 6 *n.* 48. *Mozz. de natur. feud. num.* 101. *& Vultejus lib.* 1. *de feud. c.* 9. *num.* 49. *in fine.* Quamvis reclament, *post glossam, Andreas de Isernia. Martinus Laudensis, & Matth. de Afflict. ad d. tit.* 17 *lib* 2. *feud. Hugo Celsus consil.* 26. *num.* 47. *&* 56 *nec non Franciscus Bursatus consil.* 63. *n.* 16.

235

236

237

238

239

240 Nec quicquam verissimo huic pronunciato decerpunt contrariæ negantis opinionis argumenta. Quod enim primo illius patroni ajunt, fœminam in casu deficientis masculi ad feudi successionem conditionaliter tantum admitti, si scilicet masculus postea non superveniet, *d. tit.* 17. *ibi, non patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest, lib.* 2. *feudor.* ac proinde nato post masculo, repelli fœminam antea admissam: id planissime falsum est. Nam in scitis feudalibus traditum quidem reperitur, quòd pacto investituræ fœminæ jus succedendi in feudum deferatur sub hac conditione, *si masculi deficiant defuncto vasallo, de cujus successione agitur.* At nusquam scriptum extat, quòd fœmina, deficiente masculo, ad feudi successionem sub aliquâ istiusmodi conditione admittatur. Non igitur ut illud receptum, ita & hoc sine lege feudali recipi debet, *ut in simili loquitur JC. Africanus in l. ejus, qui* 41. *ff. de reb. credit.* Cæterum quod attinet *dictum tit.* 17. *lib.* 2. *feud.* quem illi pro sua opinatione stabiliendâ allegant: loquitur is de succedendo in feudum, id est, de futurâ successione, non de successione jam factâ; quemadmodum ipsamet verba perspicuè arguunt & declarant.

241 Deinde nihil officit decisioni nostræ, quòd unumquodque facilè ad naturam suam reverti soleat, *l. si unus.* 27. *§. pactus, ne peteret.* 2. *in fin. ff. de pact. cum juribus similibus*

ſimilibus allegatis ſuprà num. 209. Siquidem militat hæc
& procedit regula; ſi jus quæſitum juſto modo, veluti ex
voluntate ejus, cui erat quæſitum, rurſus reſolvatur, ut
liquet ſatis clare *ex illo ipſo §. pactum, ne peteret. in fine.* &
l. in tantum. 6. *in princ. ff. de diviſione rerum.*

242 Præterea nihil ſtringit aut obeſt illa regula juris: quòd
ea, quæ à principio valent, ſi poſtea in eum perveniant
caſum, à quo initium ſumere nequeant, vitientur & eva-
neſcant, *§. idem juris.* 2. *verſ. item contrà. inſr. de inutilibus*
ſtipulat. l. quia in eum. 16. *ff. ad leg. Aquil. l. exiſtimo.* 98.
in princip. verſ. & *maximè. ff. de verbor. obligat. l. pro par-*
te. 11. *ff. de ſervitutib. l.* 3. *in fine. ff. de his, quæ pro non ſcrip-*
tis habent. Ea quippe regula non ita certa & generalis
eſt, ut ab omnibus juris conditoribus, & in omni ſpecie
ſit recepta: *ut arguit Marcellus in d. l. exiſtimo.* 98. *in prin-*
cip. ibi, maximè ſecundum illorum opinionem. & *Paulus in*
l. pluribus rebus. 140. *§. ultim. ff. de verbor. obligationib.*
& *in l. ambiguis.* 85. *§.* 1. *ff. de reg. jur. Borcholt. in*
Commentar. de verbor. obligat. cap. 2. *num.* 66. & 67. *item*
cap. 5. *num.* 6. Eſt autem iſti regulæ locus in iis duntaxat
ſpeciebus, quæ cùm perfectæ ſive conſummatæ nec dum
ſunt, in eum incidunt caſum, qui conſummationem, exi-
tum & effectum earum impedit, *Bartol. ad d. l. pluribus.*
140. *§. etſi placeat. ff. de verbor. obligat. Philip. Decius in*
d. l. in ambiguis. 85. *§.* 1 *num.* 2. *ff. de reg. jur. Dynus in c.*
factum. 73. *num.* 7. & 8. *de reg. jur. in* 6. *Cujac. in Com-*
mentar. in libr. 12. *reſponſ. Papin. pag.* 517. *D. Bocer. in tract.*
de Regalib. cap. 2. *num.* 85. & *ſeq. Eademque de regula ex-*
planatiùs dicetur infr. mener. 298.

243 Quòd ſi tamen vaſallus, fato functus, prægnantem
uxorem reliquerit, & ea poſteà filium pepererit: huic fi-
lio fœmina, quantumvis in feudum ſucceſſerit: cedere co-
gitur. Hujuſque ratio in promptu eſt: quoniam pro
jam natis habentur, qui in utero ſunt, quoties de illo-
rum commodo quæritur & agitur, *l. qui in utero.* 7. & 26.
ff. de ſtatu homin. l. ſi quis. 23. *ff. de captiv.* & *poſtlim. reverſ.*
l. cùm vir 25. *ff. de condit.* & *demonſt.* Et ita docuit Mat-
thæus de Afflict. *ad d tit.* 17. *lib.* 2 *feud.* quem referunt &
ſequuntur *Hartmannus Piſtorius prædict. quæſt.* 35. *num.* 11.
Hermannus Vultejus dict. lib. 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 49. *pag.*
mihi 436. *Bocerus d claſſ.* 5. *Diſp.* 18. *theſ.* 17. *ad lit. d. edit.*
2. & *in tractat. de ſucceſſ. feud. cap.* 3. *q.* 8. *p.* 169. *itemque*
Joan. Georg. Majer. in Synopſ. juriſprud. beneſic. ſect. 3. *cap.*
9. *reg.* 38. *num.* 134. *pag.* 67.

DE SUCCESSIONE LIBERORUM LEGITIMORUM TANTUM.

244 HActenus de liberorum naturalium & legitimorum
ſimul ſucceſſione copiosè & diligenter diſſeruimus:
nunc de ſucceſſione liberorum legitimorum tantùm vi-
245 deamus. Liberi legitimi tantum, vocantur liberi ado-
ptivi: qui neque ex juſtis nuptiis, neque ex concubinâ
procreati, ſed legis auctoritate poteſtateque ſunt facti. Ut
enim plerumque ars naturam imitatur: ita hic defectum
naturæ lex ſupplens, ſterilitati conjugii, vel mortalitati
deficientium familiarum medetur, & pro liberis natura-
libus legitimos ſuos reponit. *ut docuimus ſ. ad princip. tit.*
de adoptionibus n. 3. & *tradit hic Petrus Heigius cap.* 5.
246 *n.* 86. Adoptio quippe legis eſt, quæ imitatur naturam,
§. minorem. 4. *ſ. de adoptionib.* & facit, ut aliquis filium
habere poſſit, quem non generavit, *aſſertore Cajo lib.* 1.
Inſtitut. tit. 5. Sunt autem tales legitimi liberi in duplici
247 differentiâ. Nam vel adoptivi in ſpecie dicuntur, vel
arrogati. Illi ſunt filiifamilias, qui imperio magiſtratûs
filiorum loco adſciſcuntur: hi verò ſunt patresfamilias,
qui Principis ſeu Imperatoris auctoritate adoptantur, *§.*
248 1. *ſ. de adoptionib. l.* 2. *ff. eod. titul.* Sanè legitimi liberi,
cujuſcunque ſint generis, jure adoptionis durante, ad pa-
tris adoptivi, inteſtatò defuncti, ſucceſſionem omni-
nò admittuntur, *§. ſed hodie.* 2. *ſ. de adoptionibus. l. pe-*
nult. §. 1. *C. eod. §. ſed autem.* 2. *verſ. nec intereſt. infr.*
hoc noſtro tit. late Forſter. lib. 5. *de ſucceſſionibus. cap.* 2.
Aſt iidem emancipati, patri adoptivo minimè ſuccedunt.
Pendet enim jus ſuccedendi ab adoptione: quâ reſoluta
etiam ceſſat ſucceſſio; & emancipatus deſinit adoptivo
patri eſſe filius, & quantum ad ipſum, extranei loco dein-
ceps habetur: cùm nihil tam naturale ſit, quàm ut u- 249
numquodque eo modo ſolvatur, quò colligatum eſt. *§.*
at hi, qui 10. *ibique Mynſinger. num.* 2. & *§. ſed ea omnia.*
14. *infr. hoc tit. d. l. penult. in princ.* & *§.* 1. *C. de adoptio-*
nib. l. nihil tam naturale. 35. *ff. de reg. jur.* Secus tamen
eſt, ſi ab aſcendente aliquo fuerit facta adoptio, & eman-
cipatio fiat patre naturali mortuo. Hoc etenim caſu e-
mancipatio adoptivis hodie non nocet: ac proinde tam
naturali patri, quàm avo ſuccedere poſſunt, *Auth. in*
ſucceſſione. C. de ſuis & *legit. liber. Novell.* 118. *cap.* 4. *arg.*
§. final. ſ. de legitima agnator. tutel. & *l. jura ſanguinis.* 8. *ff.*
de reg. juris. Schneidewin. hic in cap. de ſucceſſione pliorum
adoptivorum. num. 11. & *ſeqq. Forſter. ſenior. d. lib.* 5. *de*
ſucceſſionibus. cap. 3. *n.* 9. & *ſeqq. nec non Forſterus junior.*
lib. 3. *diſput.* 15. *theſ* 8. Qui duo (*contra Accurs.* & *ejus*
aſſeclas, in d. l. penult. circa princ. verſ. ſi vero pater na-
turalis. in verb. reverti. C. de adoptionibus & *in §. ſed ea*
omnia. 14. *in verb. vocabuntur. infr. hoc tit.*) diſertè ſta-
tuunt: filiumfamilias, ſive ab extraneo, ſive à conjun-
cto adoptetur, ſi emancipetur, omnia nihilominus jura
in bonis patris naturalis integra reſervare. propterea quòd 250
in hac ſucceſſionum ab inteſtato materia, non patria po-
teſtas, ſed ſolùm jus cognationis naturalis ſpectetur, *d.*
Auth. in ſucceſſione. ibi, ſoli naturali cauſa inſpectâ. C. de
ſuis & *legit. heredib.* & jus ſanguinis nullo civili jure di- 251
rimi diſſolvique poſſit, *d. l. jura ſanguinis.* 8. *ff. de reg.*
jur. & *d. §. fin. ſ. de legit. agnator. tutel. Idem noviter do-*
cuit Hunnius lib. 3. *var. reſolution. jur. civil tractat.* 1.
quæſt. 9. Nec huic aſſertioni obſtat, quòd in propoſito 252
caſu, ubi filius ab aſcendente aliquo eſt adoptatus, duplex
vinculum, & civile adoptionis, & naturale cognationis
concurrat, *d. §. ſed hodie.* 2. *ſ. de adopt.* adeoque ſimplici
fortiùs liget; & conſequenter jus naturalis filiationis im-
mutet: *argum. auth. itaque ibique Dd. C. communia de*
ſucceſſionibus. l. re conjuncti. 89. *ubi Jaſon. ff. de legat.* 3.
cap. ext. de treuga & *pac.* Etenim nexus civilis & natura-
lis confirmat quidem adoptionem in utilitatem & com-
modum adoptivi, tantumque operatur, ut filius in ple-
nam poteſtatem avi adoptantis tranſeat, & eidem ex teſta-
mento & ab inteſtato, veluti filius legitimus & naturalis
ſuccedat, ad differentiam illius, qui ab extraneo adopta-
tus eſt. *d. §. ſed hodie. ſ. de adopt.* non autem nexus ille
jus ſanguinis tollit aut perimit, *argum. d. §. fin. ſ. de legit.*
agnat. tutel. Neque etiam adverſatur, quòd nemo duos 253
patres habere, nec duplicis ſucceſſionis commodo gau-
dere debeat, *per ea, quæ traduntur in l. Gallus.* 29. *circa*
princ. ff. de liber. & *poſthum. hered. inſtit. §. ſi res aliena.*
6. *ſ. de legat. l. ſi ſervus legatus.* 108. *§. Stichum.* 6. *ff. de*
legat. 1. *l. Mævius.* 66. *§.* 1. *ff. de legat.* 2. & *l. mutu.* 21. *§.*
1. *ff. de legat.* 3. Quandoquidem haud difficulter fieri po-
teſt, ut diverſis reſpectibus diverſos quis parentes habeat:
fictè unum; propriè verò & naturaliter alterum. Et ta-
lis quoque adoptio in augmentum & favorem filii adopti-
vi facta, in odium ejus retorquenda non eſt, *l. nulla.* 25.
ff. de legib. l. quod favore. 6. *C. eod. c. quod ob gratiam* 61.
de regul. jur. in 6 Cùmque filio, ab extraneo adoptato,
concedatur, ut adoptivo patri ſuccedat, omniaque inter-
ea apud patrem naturalem integra illibataque jura ſibi
reſervet, *d. §. ſed hodie. ſ. de adoptionib. d. §. ſed ea omnia.*
14. *verſ. hoc ſolito more corrigentes. infr. hoc tit.* & *d. l.*
penult. §. 1. *C. de adoptionib.* utique magis illud in adoptio-
ne aſcendentium dicendum erit, *Forſter ſenior. lib.* 5. *de*
ſucceſſ. c. 3. *num.* 12. Cæterùm arrogati, etiam à parente 254
arrogatore ſine juſtâ causâ emancipati, in quartâ bono-
rum parte inteſtato parenti ſuccedunt, *§. cùm autem* 3.
verſ. ſed & *ſi decedens. ſ. de adoptionib. l. ſi arrogator* 22. *ff.*
eod. Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de ſucceſſione liberor.
legitimor. pag. 190. *Adam. Keller. in tract. de jure ſuccedendi*
ab inteſt. tit. 25. *num.* 2. Adde Frantzkium *exercitat. ju-*
rid. 8 *quæſt* 6. *pag.* 235. & *ſeqq.* ubi, quomodo liberi adop-
tivi ſuccedant, nervoſe atque doctè explicat.

Porrò feudorum jure liberos duntaxat legitimè natos, 255
non etiam adoptivos, in feudum ſuccedere, certum eſt.
cap. 1. *§. adoptivus ſi de feudo defuncti content. ſit,* &c. *ti-*
tul. 26. *lib.* 2. *feud. Forſter. d. lib.* 5. *de ſucceſſionib. cap.* 5.
Schrader. tractat. feud. part. 7. *cap.* 5. *num.* 19. *Menoch.*

Digitized by Google

conf. 503. *num.* 21. *volum.* 6. & *conf* 625. *num.* 49. *vol.* 7. *Vultejus lib.* 1. *de feud. cap.* 9. *n.* 90. *Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part.* 9. *num.* 63. Et certè nisi hoc ita placitis feudalibus receptum fuisset: facilè fieri potuisset, ut domino feudi etiam invito vasallus ex alienâ familiâ, ex solius vasalli voluntate adsciſceretur: quod fieri non debere, arguit textus *in cap.* 1. *in fin. de fratribus de novo benefic. investit. titul.* 12. *libr.* 2. *feudor.* Quinimò adoptivorum successione concessâ, non modò alius ad feudi successionem admitteretur, quàmqui in investiturâ comprehensus esset: sed & per eundem illum excluderentur agnati, in investiturâ vocati: quod & absurdum & iniquum foret, *Wesenbec. de feud. cap.* 6. *num.* 13. *Decian. conf.* 34. *num.* 16. *vol.* 1. & *hos, aliosque citans Vultejus d.*
256 *cap.* 9. *num.* 90. Ex tenore tamen sive pacto investituræ, itemque loci statuto vel consuetudine, etiam adoptivus ad feudi successionem admitti poterit, *ut sentit Alvarottus ad d.* §. *adoptivus* & *Frideric. Schenck. ibidem n* 3. *Sonsbecc. d. part.* 9. *num.* 64. *Wesenbec. d. n.* 13. *D. Bocer. d. class.* 5. *Disput.* 18. *thes.* 6. *ad lit. a. Rittershus. lib.* 1. *partit. feud. cap.* 13. *n.* 5. *Gothofred. Anton. disp. feud.* 5. *thes.* 6. *sub lit. c.* Arrogatus quoque auctoritate Principis ea lege, ut in feudum succedat, admittitur ad feudum, *ut scribit Baldus ad dictum* §. *adoptivus. argumento l. quod Principis.* 23. *ff. de aquâ,* & *aqu. pluv. arcend. quem Martinus Laudensis ibi,* & *alii sequuntur. idemque tradit Schneidewinus hic sub cap. de*
257 *success. filiorum adoptivor. num. ult.* Id quod Schenck de Baro *in d.* §. *adoptivus. n.* 4. verum putat, si nulli extent arrogatoris agnati: quippe cum in præjudicium agnatorum Princeps nihil statuere possit, *argum. l.* 2. & *l.* 3. & *l. rescripta.* 7. *C. de precib. Imperatori offerend.* & *c. quam-*
258 *vis.* 8. *de rescriptis. in* 6. Sed & ipsius domini consensu hujusmodi arrogationem fieri debere, probabile est. Cùm enim deficiente legitimâ vasalli prole & agnatis feudi successoribus, feudum ad dominum redeat. *tit.* 11. *de successione fratrum.* §. *His verò deficientibus. lib.* 2. *feudor.* sinè in domini inviti præjudicium indulgentia Principis
259 operari nihil debet. Ea namque Principis probatur indulgentia, quæ petenti quidem prodest, at non lædit alium, *d. l.* 2. & *d. l. rescripta.* 7. *C. de precib. Imperat. offerend. Sonsbec. d. part.* 9. *n.* 65.
260 Enimverò non desunt in historiis exempla, ubi etiam adoptati, postea regni successores extiterunt: ut videre est in Jugurtha, qui ex adoptione Micipsæ, Numidarum Regis, successit in regno cum Adherbale & Hyempsale, filiis naturalibus ac legitimis ipsius Micipsæ, tam ex ejusdem patris, quàm S. P. Q. R. judicio, *ut testis est Salustius in bello Jugurthino.* Sic & Tiberius Augusto, Nero Claudio, Trajanus Nervæ, Antoninus Pius Adriano, & ipsi Pio Antoninus Philosophus, & Justino majori noster Justinianus, & aliis alii per adoptionem in Imperio successerunt, *auctoribus Cornelio Tacito, Suetonio, Dione, Aurelio Victore, Ælio Lampridio,* & *cæteris historiarum Scriptoribus.* Sic quoque Margareta, Daniæ Regina, Ericum Pomeranorum Ducem; & Anna Neapolitana, Alphonsum Arragoniæ Regem, per adoptionem ad regni successionem invitârunt, *ut ex Bodino lib.* 2. *de Republ. cap.* 4. *in fin. hic refert Heigius in cap.* 5. *n.* 93. & *eandem rem latius pertractat Tiraquellus ad l. si unquam.* 8. *in verb. suscepe-*
261 *rit liberos. n.* 19. *C. de revocand. donationibus.* Denique quod dictum est, in feudis filium adoptivum regulariter non succedere: id etiam ad emphyteusin Ecclesiasticam vulgò producitur; *sicuti post Matthæum de Afflict. in d. cap.* 1. §. *adoptivus, si de feudo defuncti content. sit, titul.* 26. *lib.* 2. *feudor. annotavit Heigius hic in d. c.* 5. *num.* 94. *Eidem de re videri etiam poterit Forsterus d. libr.* 5. *de successionib. c.* 7. *n.* 12. *ubi plures refert.*

DE SUCCESSIONE LIBERORUM NATURALIUM TANTUM.

262 SAtis superque de liberis, qui & naturâ & lege, vel hujus solius beneficio, ad parentum successionem vocantur, explicatum est: jam ut & de iis, qui naturæ saltem beneficio sese sustinent, sermo instituatur, reliquum est. Liberi naturales tantùm (ideo vulgò ita dicti, quia 263
natura in illis sola attenditur: adeoque lex sive jus civile eos non agnoscit, *docente Rittershusio in exposit. Novell. Justin. part.* 7. *cap.* 5. *n.* 2.) hic appellantur liberi, ex pellice sive concubinâ, (quam scilicet quis solutam & unicam, indubitato affectu, domi loco uxoris habuit) nati, *can. liberi.* 15. *caus.* 32. *quæst.* 2. *gloss. in cap. nisi cum pridem.* 10. *super verb. manzeres. extr. de renunciatione.* qui aliàs dicuntur nothi: *ut ex Quintiliano libro* 3. *capite* 6. *Jacobo Curtio tom.* 1. *conjecturar. libr.* 3. *cap.* 8. & *Giphanio docuimus in* §. *si adversus.* 12. *nummer.* 8. *supr. de nupt.* & fusiùs ostendit *Valent. Forster. libro* 6. *de successionib. ab intest. capite* 32. *numer.* 2. *cum seqq. itemque D. Besold. in delibat. jur. ex lib.* 3. *Pand. num.* 9. *pag.* 273. *cum seq.* & homines degeneres. *l. ult. in fine. C. de naturalib. liber.* & vulgò Bastardi, à Germanico, *böse Art*, id est, degeneris ingenii. *Cujac. ad Novell.* 18. *circa fin.* & *libro* 5. *observat.* 6. *Vultejus libro* 1. *Jurisprud. Rom. cap.* 8. *numer.* 46. *Ludovicus de Sardis in tract. de naturalibus liber. part.* 2. *n.* 2. *gloss. super Rubric. ff. de concubinis. Gothofred. ad dict. leg. ult. in verb. degeneres. Cod. de naturalib. liber. Schneidewin. hic sub cap. de successione liber. natural. tantum. n.* 4. *Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de successione natural. liberor. pag.* 187. & *in Comment. in consuetud. feudor. c.* 7. *part.* 2. *num.* 17. *Bocer. in tractat. de Regalib. cap.* 2. *num.* 104. & *Ranchinus in tractat. de successionib. ab intestato.* §. 7. *numer.* 15. Quibus annumerantur quoque illi, qui non ex concubinâ procreati sunt, sed ex aliâ liberâ fœminâ, quam quis impotentiâ amoris victus compressit: eosque liberos Germani vocant *Liebkinder*, *ut constitutio Electoris Palatini. part.* 4. *tit.* 2. & *jus municipale renovatum Würtenberg. part.* 4. *tit.* 18. *fol.* 479. item quibusdam in locis *Jungfraukinder*, *asserente Rittershusio loco suprà notato.* Liberi autem isti naturales, justis liberis & uxore 264
legitimâ non extantibus, patri succedunt in sextantem hereditatis, hoc est, in duas uncias, cum matre suâ in viriles partiendas. Cæterùm si defuncto conjunx legitima supersit: filios naturales: ex concubinâ natos, in totum removeri placuit, *dict. Novell.* 18. *cap.* 5. & *Novell.* 89. *c.* 12. §. *si quis autem defunctum. Auth. licet patri. C. de naturalibus liber. Heigius hic cap.* 5. *numer.* 115. *Covarruvias in Epitom. in quartum librum decretal. part.* 2. *capit.* 8. §. 4. *n.* 9. *Ludovicus de Sardis dict. tract. de naturalibus. lib. part.* 3. *n.* 2. *Fernand. Vasquius lib.* 3. *controversiar. illustr. cap.* 102. *num.* 15. & *seq.* Hujusque ratio hæc assignatur: tum ut parcatur pudori honestæ & legitimæ uxoris, tum ut justo ejus dolori occurratur; quam verisimile est justè offensum iri, si quos videat, se vivâ, in numero & jure liberorum defuncti haberi aliunde susceptos, quàm ex honesto & legitimo matrimonio, quale ipsius fuit cum defuncto. Id verò futurum est, si ipsâ superstite naturales ejuscemodi, nullâ ex parte defuncto succedant. *Ludovic. Molina tom.* 1. *de justit.* & *jur. tract.* 2. *disputat.* 166. *numer.* 5. *Donell. libr.* 9. *Comm. de jure civil. cap.* 2. *pag.* 400. *num.* 30. *D. Bocer. hic n.* 62. *p.* 69. & *c.l.* 3. *Disp.* 10. *th.* 12. *ad lit. b. edit.* 2. *D. Besold. in delibat. jur. ex lib.* 32. *ff. quæstion.* 5 *pag* 131.

Et hæc in liberis naturalibus primi duntaxat gradûs locum habent. Nam secundi vel ulterioris gradûs, hoc 265
est, nepotes aut pronepotes naturales, a successione avi vel proavi paterni prorsus excluduntur *d. l. ult. verf. sed hoc in his. C. de naturalib. liber. d. Novell.* 89. *cap.* 12. *in fin. Cujac. ad d. Novell.* 18. *Angel. Aretin. in* §. *novissimè. instr. de Senatusconsulto Orphiano Gail. lib.* 2. *observat.* 115. *n.* 1. *Forster. d. lib.* 6. *de successionib. cap.* 10. *n.* 5. *Matthæsylvan. in tract. de success. ab intest. membr.* 2 [illegible] *artic. n.* 4. *Gabr. Palæottus in tract. de nothis spuriis que* [illegible] *cap.* 38. *num.* 5. Ratio ejus hæc reddi solet: quia tametsi concu- 266
binatus per leges nomen assumpsit, *l. in concubinatus* 3. §. 1. *ff. de concubinis. ibique Gothofred.* vitium tamen aliquod in se continet, *d. l. ult. C. de naturalibus liber.* & ob id nepotes ac pronepotes naturales digni non judicantur, ut ab intestato ex bonis avi vel proavi paterni aliquid consequantur: maximè cùm de domo & familia patris 267
non sint, atque arma & insignia familiæ non ferant; *Bartolus*

Digitized by Google

Bartolus in leg. tutelar. 7. in princip. ff. de capite minutis.
Baldus in leg. generaliter. 6. §. cum autem. C. de inſtitu-
tionib. & ſubſtitutionibus. Tiberius Decian. reſponſ 1. num.
6. vol. 3. & reſ. 31. num. 92. & 93. vol. 1. Joannes Bor-
cholt. dict. tractat. de gradib. tit. de ſucceſſ. natural. lib.
pag. 188. Adam Keller. in tract. de jure ſucced. ab inteſt.
titul. 6. num. 5. Quamvis aliter ſentiant *Covarruv. ad d.*
lib. 4. Decretal. part. 2. c. 8. §. 4. num. 10. Bald. & Salicet.
in d. l. fin. C. de naturalib. liber. Graſſ. in §. ſucceſſio. quæſt.
18. n. 3. & Heigius hic c. 5. ſub tit. de jure ſuccedendi na-
turalium propriè ſic dictor. n. 117. Eâdem de re videtur
D. Beſoldus lib. 1. politicor. c. 11. num. 60. & Johan. Ste-
phan. Durantus *quæſt. jur. 19. & 20. pag. 85. & ſimi-*
libus.

268 At quid de filiis, ex diverſis concubinis ſimul exiſten-
tibus progenitis, cenſendum? Et eos patri, idque pro-
pter odium effuſæ libidinis, omninò non ſuccedere, a-
pertè deciſum eſt, *d. Novell. 89. cap. 12. §. ſi vero effuſa.*
5. Forſter. d. lib. 6. de ſucceſſionib. c. 10. n. 3. Matthias Ste-
269 *phani cent. 3. ſub quæſt. 9.* Ad matris porrò, etiam il-
luſtris, nec non aliorum aſcendentium, per lineam ma-
ternam conjunctorum bona, naturales unà cum legitimis
liberis æquâ lance & pariter convolare, indubitati juris
eſt, *dict. l. novißimè. 3. ubi Angel. Aretin. inſtr. de Sena-*
tuſconſulto Orſician. l. 2. & l. Modeſtinus. 8. ſ. unde cogna-
ti. l. ſi qua illuſtris. 5. C. ad Senatuſconſultum Orſician.
Schneidewin. hic ſub cap. de ſucceſſ. liberorum natural.
tantum. num. 14. & ſeqq. Covarruv. dicto loc. num. 15.
Arnold. de Reyger. in theſaur. jur. pag. 656. Franciſc. de
Barry lib. 18. de ſucceſſione inteſtati. tit. 1. num. 17. &
ſeq. in tantùm, ut teſtamento neglecti, aut præteriti,
querelam inofficioſi intentare valeant, *l. ſi ſuſpecta. 29.*
§. 1. & ibi Paul. Caſtrenſ. ff. d. inoffic. teſtament. Schneide-
win. dict. loc. num. 18. Arumæus Exercitat. Juſtin. 11.
theſ. 8. ad lit. c. Forſter. dict. lib. 6. cap. 11. num. 4. & 5. Etſi
270 verò, liberis legitimis extantibus, naturales à ſucceſſio-
ne patris repelluntur: alimenta tamen illis, ex bonis pa-
ternis arbitrio boni viri debentur. *dict. Auth. licet verſ.*
hujuſmodi. Cod. de naturalib. liber. d. Novell. 89. cap. 12.
§. ſi quis autem defunctus. 4. Oldendorp. claſſ. 5. act. 5. in
epitome ſucceſſ. ab inteſt. n. 9. Heigius hic d. c. 5. num. 127.
& Bocer. num. 63. pag. 70. & d. tract. de Regal. c. 2. n.
207. pag. 108.

271 Sanè ſi liberi naturales per ſubſequens matrimonium,
etiam in articulo mortis contractum (*de quo ubertim di-*
ximus in §. aliquando. 13. ſupr. de nupt. num. 5. & ſeqq. &
noviter pulchrè explicuit Georgius Beatus in ſuis deciſioni-
bus antinomiar. quæſt. 9. nec non Hunnius in ſuis reſolut. ad
vol. 2. Treutleri, diſput. 15. (vel 16.) th. 2. lit. A. quæſt. 15.
pag. 206. & inibi in ſuis not. Bachovius. pag. 1002. & ſeq.
qui diſſentire videtur) legitimi effecti fuerint: cum liberis
reliquis per omnia parentum hereditate gaudebunt, *§.*
ſui autem heredes exiſtimantur. 2. verſ. quibus commune-
rari. inſtr. hoc tit. l. cùm quis. 10. & l. nuper. 11. C. de natura-
lib. lib. Novell. 12. c. ult. & Novell. 89. c. 8. Ratio conſpicua
eſt: quia legitimati per ſubſequens matrimonium, per om-
nia, & in omnibus, pro veris, juſtis & legitimis liberis ha-
bentur: nec quicquam à liberis naturalibus & legitimis,
ex juſto matrimonio procreatis, differre cenſentur. Matri-
monium quippe ſequens purgat omne vitium antecedens,
& retrotrahitur ad tempus conceptionis & nativitatis fi-
liorum: & perinde habetur, ac ſi contractum eſſet ante
conceptionem nativitatemque filiorum. *c. tanta. 6. ext. qui*
filii legitimi. Matthias Stephani cent. 1. quæſt. 46. ad lit.
b. & quæſt. 47. Rittershuſ. in expoſitione Novell. Juſtin.
part. 7. cap. 6. numer. 3. David Doringus in Bibliothecâ
Juriſconſultorum. tom. 1. verb. adulterium. num. 294. fol.
272 *754.* Ideoque liberi ita legitimati, ſubſtitutum, in caſum
non exiſtentium liberorum legitimorum & naturalium
excludunt: & ſtatuto fœminas excludente, maſculis le-
gitimè natis exiſtentibus, comprehenduntur: *ut tradunt*
Anton. Gabriel. Roman. lib. 6. commun. concluſ. titul. de
legitimat. concluſ. 1. ampliat. 13. & 14. Andreas Gail.
lib. 2. obſervat. 141. Grammus libr. 2. concluſ. 141. Bor-
cholt. in tractat. de gradibus. titul. de ſucceſſione liberor. per
ſubſeq. matrimon. legitimator. pag. 197. & ſeq. Andreas
Gerhardi Decad. 11. quæſt. 4. Ludovic. Molina. tom. 1. de
juſtit. & jur. tractat. 2. diſput. 172. num. 14. D. Collega
Beſold. in delibat. jur. ex libr. 1. Pandect. num. 32. pag.
120. Hieronymus de Cevallos in ſpeculo aureo opinionum
commun. contra communes. quæſt. 2. num. 5. Forſter. libro
6. de ſucceſſion. ab inteſtato. c. 28. & 29. n. 4. & 15. aliique
plurimi, ab iis allegati. Adde eâ de re copioſiùs diſſer-
tantem Paulum Æmilium Gallum *in tractat. de except. in*
ſucceſſ. tam ex teſtam. quàm ab inteſt. part. 1. titul. 1. ex-
cept. 2. num. 18. & multis ſeqq. Ad iſtum autem per ſub-
ſequens matrimonium legitimandi modum quæ neceſſa-
ria ſint, ſuccinctè explicuimus *in dicto §. aliquando. 13.*
ſupr. de nupt. numer. 3. & 4. Deque iis exquiſitiùs agit
Franciſcus de Barry d. lib. 18. de ſucceſſion. inteſtati. tit. 1.
num. 21.

De eo dubitatum memini: an matrimonium interme- 273
dium impediat legitimationem prolis per ſubſequens ma-
trimonium? *Exempli gratiâ:* Quidam ex concubinâ ſuſ-
cepit liberos: deinde aliam mulierem uxorem duxit;
hacque mortuâ, priorem concubinam matrimonio ſibi
junxit: quæſitum eſt, nunquid matrimonium interme-
dium legitimationi liberorum, antè ſuſceptorum, officiat?
Et non officere, pleriſque non ſine ratione viſum eſt. Si- 274
quidem habilitas extremorum (*uti fandi mos eſt Interpre-*
tum noſtrorum) ſufficit; velut hoc loco temporis, quo
liberi ſunt procreati, & ejus, quo ſibi quiſpiam matrimo-
nio concubinam jungit, *argum. l. potior. 11. §. 1. ff. qui*
potiores in pign. vel hypoth. habeantur. ubi tempora præ-
terita conjungi præſentibus ob ſecundam hypothecam
non impediuntur, *& argum. l. interdicit. 59. §. 1. ff. de condi-*
tionibus & demonſtrat. ubi legatum non intercidit, ſi per-
ſona legatarii intermedio tempore incapax reddatur. Huc 275
quoque facit vulgatum axioma: quando eſt impedi-
mentum cauſatum facto hominis, ſuperveniens medio
tempore, non impedit extrema conjungi, *argum. l. cùm*
decem mihi. 71. §. 1. ibique Bartolus. ff. de ſolutionibus. & l.
bonorum. 24. §. 1. ff. ratam rem haberi. Eidem ſententiæ
ſuffragatur textus *in Novell. 74. c. 2. §. ſi verò. verſ. omni-*
no enim ſuis exiſtentibus, deinde naturalibus procreatis, aut
primitus natis, &c. ubi haud dubiè aliud matrimonium
medium fuit inter concubinatum, & matrimonium cum
concubinâ initum: cùm aliàs non poſſent dici nati legiti-
mi poſt naturales legitimandos: *ut fuſiùs id demonſtrat*
Antonius de Roſell. in tractat. de legitimat. tit. de cauſa ma-
terialis legitimationis. num. 50. & ſeqq.

Accedit denique & illud, quòd iſtam vim legitimandi 276
prolem priorem, jura matrimonio ſimpliciter & generali-
ter concedant, nec diſtinguant, an aliquod medium ma-
trimonium interceſſerit, vel non: aut an alia legitima
proles, vel non, ſubſit: *ut apparet ex lege Divi Conſtan-*
tini. 5. Cod. de naturalib. liber. Novell. 12. cap. 4. dubita-
tum, &c. & d. c. tanta. 6. ext. qui filii ſint legit. Ergo
nec nos diſtinguere debemus, *argum. l. 1. §. initio. 4. ff. de*
offic. præfecti urbi. l. de pretio. 8. ibique gloſſ. & Bartolus ff.
de Publician. in rem act. Atque hanc, utpote æquam &
communem, uſque receptam ſententiam, tenent Goffre-
dus in ſummâ, de filiis Presbyteror. ordinand. verſ. quid
ſi natus. Hoſtienſ. in ſummâ, eodem tit. §. 2. in fin. Ri-
chardus Malumbra in diſput. incip. in quibuſdam Pro-
vinciis, &c. Anton. Butr. & cæteri in d. cap. tanta.
extr. qui fil. ſint legit. aliique quos refert & ſequitur
Molinæus in Commentar. ad conſuetud. Pariſienſ. tit. 1.
§. 8. gloſſ. 1. n. 34. Quibus adjiciendi quoque ſunt *Zaſius*
in epitom. feud. part. 8. num. 76. Forſter. ſenior. in tract.
de ſucceſſionibus. lib. 6. cap. 23. num. 15. & ſeq. Borcholt.
in Commentar. in conſuetud. feudor. cap. 7. de ſucceſſione,
&c. num. 49. & *Robertus Diſp. 3. ad Inſtitut. theſ. 3.* Et
quamvis Ludovicus de Sardis *dict. tractat. de naturalib.*
liber. c. de legitim. per verum matrimonium. quæſt. 2. num.
5. & 6. contrarium defendere præſumat: ejus tamen 277
opinio, tanquam minùs æque, & Saturnina (*ut loquitur*
Molinæus jam allegato loco) rejicienda eſt, & contrà com-
munis omninò approbanda: adverſus quam nimia & ri-
goroſa ſubtilitas à conſulentibus & judicantibus admitti
haud debet, *teſte Marciano in l. ſicut. 8. §. ſi debitori. 16.*
ff. quibus modis pign. vel hypoth. ſolvit. & Accurſio in ti-
tulo

Digitized by Google

tulo 6. Episcopum vel Albatem. in verb. feudum. lib. 1. feudorum.

278 Non refragantur textus, qui volunt, in legitimatione
affectionem concubinalem continuatam, esse transmu-
tandam in maritalem. *l. cùm quis. 16. ibi, postea autem
ex eadem affectione. & l. seq. C. de natural. lib. Novell. 89.
cap. 8. vers. affectus enim circa filios, &c. cum similibus.*
Nam ope fictionis censetur nostro in casu eadem affectio,
cùm verbum *postea, in d. l. cùm quis. 10. C. de natural.
liber.* verificetur etiam posito aliquo intermedio, *argum.
l. 1. in princ. ubi Doctores. ff. si tabulæ testamenti nullæ ex-
tabunt.* Nihil quoque obstat, quòd appellatione nuptia-
rum in jure nostro veniant primæ tantùm, non secundæ.
*l. cùm pater. 77. §. pater certum. 9. ff. de legat. 2. l. dotis
promissi. 66. in fin ff. de jure dot. cum similibus.* Etenim
respondetur: hoc tantùm secundùm quid verum, cæte-
rùm absolutè falsum esse: cùm utique secundæ sint nup-
tiæ: & aliàs, nec liberos post primam uxorem natos ex
concubinâ legitimari posse, sequeretur. Sed & *in d. l. 68.*
ideo dicitur, dotis promissæ obligationem extingui, si aliæ
nuptiæ intercesserint: quòd quicunque intuitu certæ mu-
lieris, quam Titius ducturus erat, dotem promisit, taci-
tè promisisse videatur, si nuptiæ cum illâ ipsa muliere sta-
tim sequantur. Nec quicquam aliud ex illo textu ad hanc
rem inferri potest, quàm, promissionem Titio factam
super dote, si concubinam duxerit; aliâ uxore ductâ ex-
tingui: neque reviviscere, si postea Titius concubinam
ducere velit: intermedium autem matrimonium impe-
dire legitimationem, qui proprius est nuptiarum effectus,
male inde infertur. Reliqua, quæ nostram hebetare vi-
dentur assertionem, satis refellit Forsterus *dicto loco*, &
Antonius de Rosell. *dict. tract. de legitimat. tit. de causa
materiali legitimat. n. 56. & seqq.* itemque Reinhardus
Bachovius *in suis not. ad vol. 2. Treutleri. disput. 16. th. 2.*
279 *lit. A. pag. 1004. & seq.* Porrò an & quatenus per conju-
gium subsecutum legitimatus jure primogenituræ gaude-
at, accuratè explicant, *post alios*, Tiraquellus *in Com-
ment. de jure primigen. quæst. 34. num 3. cum multis seqq.
Molin. dict. Commentar. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gl.
1. num. 34. cum seq. Hunnius lib. 3 var. resolut. jur. civ.
tract. 1. quæst. 27. Nicol. Betsius in tract. de pactis famil.
illustr. c. 9. pag. 575. D. Collega Besoldus lib. 1. de regiâ
successi. dissertat. 9. num. 8. & seq. & novissimè D. Martin.
Rummeln. in dissertat. 6. ad Aur. Bull. th. 13.*

280 Cæterum legitimati per rescriptum Principis tum de-
mum parentibus suis succedunt, si justi & legitimi liberi
deficiant. *l. imperialis. 23. Cod. de nupt. d. Nov. 89. c. 9.*
281 Aut ut Imperiali rescripto naturales liberi efficiantur legi-
timi, tria cumprimis conjunctim requiruntur: I. Ut ma-
trem illorum liberorum conjugem habere pater nequeat.
*d. Nov. 89. c. 9. Bocer. in tract. de regalib. cap. 2. num 69.
Gail. libro 2. observat. num. 3. Forster. d. libro. 6. de suc-
cessionibus. cap. 33. num. 19.* II. Ut alios liberos legiti-
mos non habeat. *Novell. 74. c. 2. & d. Novell. 89. cap.
9. Jason. ad leg. Gallus. 29. §. & quid, si tantùm. num. 107.
ff. de liber. & posth. Antonius Gabriel. Roman. d. lib. 6.
commun. conclus. tit. de legitimat. conclus. 6. Vultejus. libro
1. Jurisprud. Rom. cap. 23. num. 12.* III. Ut ipsi liberi
naturales in sui legitimationem consentiant, *d. Nov. 89.
c. 11. Carolus Topia in Commentar. ad Rubr. ff. de consti-
tut. c. 5. num. 46. huncque referens D. Bocerus dicto loco.*
Videatur etiam Petrus Friderus Mindanus *de processib.
Camer. lib. 3. cap. 12. num. 3.* ubi, quid in supplicatione
pro impetranda legitimatione narrandum sit, breviter
ostendit. Enimverò naturales liberi, ad supplicationem
patris, etiam extantibus liberis legitimis & naturalibus,
adjectâ hac clausulâ, *non obstante, quod liberi legitimi super-
sint*, legitimati per Principem, cum legitimè natis succe-
dere possunt, *arg. l. 2. & 3. ff. de natalibus restituend. &
l. 2. in fin. C. de jure aur. annul. & de natalib. restit. Jas.
in l. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num. 96. ff. de liber.
& posth. Alexander consil. 188 num. 24. vers. non obstat.
& c. Borcholt. d. tract. de gradib. pag. 204. Gail. lib. 2.
observat. 142. n. 8.*

282 In disceptationem hic illud vocatur: nunquid, si pater
(legitimatione liberorum naturalium per Imperatorem
factâ) uxorem ducat, & ex eâ liberos legitimos suscipiat,
legitimatio revocetur, & irrita fiat? Negantium opinio-
nem juri consonam esse, ex sequentibus præcipue ratio-
nibus constat. I. Quia ea, quæ legitimè & ritè constitu- 283
ta sunt, durant: licèt ille postea extiterit casus, à quo ini-
tium capere non potuerunt. *l. in ambiguis. 85. §. de regul.
jur. cap. factum. 73. de regul. jur. in 6.* idque maximè in
beneficiis, ut est legitimatio, locum habet, *cap. decet.
16. eodem tit. in 6.* II. Quia filium temporalem habere, 284
absurdum est: velut ex mente Labeonis respondit Paulus
*JC. in leg. quæsitum. 34. ff. de adoptionibus. Cujac. in Com-
mentar. in lib. 11. quæstion. Paul. pag 234.* III. Quoniam 285
perfectum quod est, ex postfacto irritum fieri aut revo-
cari non debet, *l. si ut proponis. 3. C. de confirmando tu-
tore. l. sancimus. 25. vers. non enim debet. C. de adminis-
tratione tutor. &c.* IV. Quia legitimatio, per subsequens 286
matrimonium facta, non constituitur irrita, quantum-
vis postea patri liberi legitimi nascantur, *d. Nov. 74. in
præfat. §. sancitum namque est. & d. Novell. 89. cap. 8.*
V. Quia certi, jureque definiti sunt modi, quibus liberi 287
à nexu patriæ potestatis liberantur, *l. patre. 8. ff. de his,
qui sui, vel al. juris sunt. tot. tit. supr. quibus modis jus patria
potestat. solvit.* Quibus tamen nusquam legitimorum libe-
rorum nativitas connumeratur. Atque hanc sententiam,
tanquam communem & veram, suis suffragiis compro-
bant *Decius consil. 307. incip. viso puncto. colum. final.
vers. quarto non obstat. & consil. 576 pro resolutione. col. 1.
in princ. vol. 3. Matthæus Gribald. in communib. opinionib. in
verb. legitimatus. vers. legitimatio. Joan. Fichard in addit. ad
Baptist. à Villalobos in communib. opinionib. lit. L. num. 83.
& latè Tiraquell. ad l. si unquam. in verb. donatione largi-
tus. num. 282. & seqq. C. de revocand. donat.* Quòd au- 288
tem idem Tiraquellus *ibidem num. 308. & seqq.* prædi-
ctam sententiam eo duntaxat casu procedere existimat,
quo pater & Princeps in ipsa legitimatione cogitârunt de
futuris liberis, non item eo casu, quo de liberis legitimis
non cogitaverunt: *& n. 316. & seqq. ex quorundam Dd.
traditione* subjicit, etiam hoc posteriore casu legitima-
tionem, quoad patriam potestatem, honores, & dignita-
tem, privilegiaque familiæ omninò consistere ac durare:
sed quoad jus succedendi, quod solis postea legitimè natis
liberis competat, irritam fieri; id sanè à juris ratione pror-
sus alienum, adeòque minimè ferendum judico, *cum
D. Collega Bocero in dict. tractat. de regalib. c. 2. n. 75.*
Tum quia legitimationis effectus patria potestas censetur, 289
*d. Novell. 74. cap. 1. ibi, & suos de cætero, & sub potesta-
te habere. & c. 2. in pr. ibi, ut sub potestate ejus consistant.
& d. Nov. 89. c. 9.* Atqui patriæ potestatis effectus est, jus
succedendi in bona defuncti patris. *§. 1. §. emancipati. 9.
& §. sed ea omnia. 14 infr. hoc tit.* Cum ergo patria po-
testas in liberos legitimatos duret, licèt ipsi postmodum
patri nascantur liberi legitimi: certè jus etiam illud succe-
dendi in hereditatem patris durabit. Tum quia liberi, 290
per rescriptum Principis legitimati, nihil à legitimis libe-
ris differre dicuntur, *per modo allegatam Novell. 74. c. 2.
in princip. ibi, nihil à legitimis filiis differentes. & d. Nov.
89. c. 9. in fine.* Quare unà cum legitimis liberis, postea
natis, in patris hereditatem meritò succedunt. Tum quia 291
naturales liberi per hunc legitimationis modum restituun-
tur & naturæ, & antiquæ ingenuitati, & juri legitimo,
*dict. Novell. 74. c. 2. in princ. & dict. Novell. 89. cap 9 §.
sit igitur.* 1. Hoc igitur jus ipsis acquisitum, eis invitis non
debet auferri, ne quidem per emancipationem à patre fa-
ctam, *dict. Novell. 89. c. 11. in princ. l. id, quod nostrum.
11 ff. de reg. jur.* Tum etiam quia pœna est noxæ sive de- 292
licti vindicta. *l. aliud fraus. 131. ff. de verborum significa-
tione.* Nihil autem delinquunt legitimati liberi facto pa-
tris, ad secunda vota transeuntis, legitimosque liberos ju-
sta ex conjuge suscipientis. Neque ergo privatione juris
succedendi puniendi erunt. Tum postremò quia nullâ
lege aut constitutione jus succedendi in paternam heredi-
tatem ademptum est liberis legitimatis, eo casu, quo post
legitimationem patri liberi legitimi nati sunt. Ergo, cum 293
sine lege loqui erubescamus, *Novell. 18. cap. 5. in princ.*
nec nos id dicere debemus. *l. ab ea parte. 5. in princ. ff.
de probationib. & l. illam merito. 19. vers. superstitibus qui-
dem.*

Digitized by Google

dem. ibi, eò quòd nulla conſtitutio ſuper hujuſmodi collatione poſita eſſet. C. de Collationib.

294 Nec imminuit deciſionem noſtram: quòd legitimatio per imperiale reſcriptum fieri nequeat, ſi pater jam juſtos & legitimos liberos habeat, *d. Novell.* 74. *cap.* 2. *dict. Novell.* 89. *cap.* 2. Nam juſti quidem & legitimi liberi ante legitimationem procreati, impediunt legitimationem futuram: ac poſt eam ritè factam nati, ipſam non tollunt, & ne

295 quidem quoad ſucceſſionis effectum. Factum n. legitimè retractari non debet, licèt caſus poſtea eveniat, à quo non potuit inchoari. *d. cap factum.* 73. *de regul. jur. in* 6. *dict. l.*

296 *in ambiguis.* 85. §. 1. *ff. de regul. jur.* Hinc quamvis furor, & ſponſalia, & matrimonium contrahendum impediat: contracta tamen ſponſalia, aut matrimonium alterutrius ſponſi vel conjugis, non diſſolvit aut infirmat, *l. furor.* 8. *ff. de ſponſalib.* & *l. patre furioſo.* 8. *in princip. verſ. nam furio-*

297 *ſus ff. de his, qui ſui vel alieni juris ſunt.* Hinc etiam licèt cœcus ad novum magiſtratum aſpirare penitus prohibeatur: attamen cœptum ante cœcitatem magiſtratum retinet, *l.* 1. §. *ſecundo loco.* 5. *verſ. ſed melius eſſ. ff. de poſtulando.* Quapropter & legitimatio, per reſcriptum Principis ritè facta, non revocatur; tametſi patri poſt legitimationem liberi juſti naſcantur.

298 Nihil item concluſioni noſtræ obloquitur regula illa vulgata: quòd ea, quæ ab initio conſtiterunt, corrumpi & irrita fieri dicantur, cùm eum in caſum recidunt, à quo incipere non potuerunt, *l. exiſtimo.* 98. *in fine principii. ff. de verborum obligationibus. l. pro parte.* 11. *ff. de ſervitutib. l.* 3. *in fin. ff. de his, quæ pro non ſcriptis habentur.* & *ſimilib.* Præterquam enim quòd non omnium, ſed quorundam ſolummodò Juris auctorum opinio fuit; ea, quæ rectè conſtiterunt ab initio, reſolvi; ſi in eum pervenerunt caſum, à quo initium ſumere non potuiſſent, *d. l. exiſtimo.* 98. *in princ. verſ.* & *maximè ſecundum illorum opinionem. ff. de verborum obligat.* ſciendum etiam eſt, hanc regulam non in omnibus, ſed iis duntaxat caſibus eſſe veram, quibus res, quæ agitur, eo tempore, quo agitur, ultimum finem ac effectum non ſortitur, *ut jam ſuprà di-*

299 *ctum eſt num.* 242. Unde in ſervitutis promiſſione non conſtituitur perfectè ipſa ſervitus: ſed tum demum, cùm planè acquiritur, & prædiis imponitur. Licèt proinde ſtipulatio ſervitutis ſit utilis: perimitur tamen & reſolvitur, ſi tempore quo acquiritur, ſive prædio imponitur, caſus aliquis exiſtat, quo in ſtipulationem deduci non potuiſſet, *d. l. exiſtimo.* 98. *in princ.* & *l. ſi ſub una.* 136. §. 1. *ff. de verborum obligationibus.* & *dict. l. pro parte.* 11. *in fin. ff. de ſervitutibus.* Sic ſi res in ſtipulationem deducta, tempore ſtipulationis ſit in commercio hominum; ſed ante traditionem in hominum commercio eſſe deſinat: inutilis efficitur, extinguiturque ſtipulatio: cùm ea ultimum ſuum finem & effectum tempore primum traditionis conſequatur. 2. *idem juris.* 2. *verſ. item contrà. infr. de inutilib. ſtipulationib.*

300 Cæterum altera regula, pro ſtabiliendâ deciſione noſtra *ſuprà num.* 295. allata & propoſita *in dict. leg. in ambiguis.* 85. §. 1. *ff. de regul. juris* & *dict. capit. factum.* 73. *de regulis juris in* 6. in his procedit ſpeciebus, quæ eo, quo aguntur, tempore confeſtim ultimum ſuum finem & effectum ſortiuntur: quo tempore, ſi utiliter & legitimè fiant, durant; quanquam poſtea in eum inciderint caſum, à quo initium capere non potuerint. *Cujac. in Commentar. in libr.* 12. *reſponſ. Papin. pag.* 517. & *ſeq. Decius ad dict. leg. in ambiguis.* 85. §. 1. *num.* 2. *ff. de regulis juris. aliique ſuperiùs allegati, num.* 242. Hinc ſervitutes, quæ jure acquiſitæ ſunt, prædioque impoſitæ, ex accidenti & ex poſt facto intercidere non poſſunt, *l. penult.* §. *ult. ff. de verborum obligation.* Simili ratione jus acquiſitum eo tempore, quo utiliter acquirebatur, ſubſequens tempus corrumpere nequit, licèt eum inciderit in caſum, unde initium capere non potuit. *l.* 1. §. *ult. ff. de itinere, actuque privato. l. ſi de eo fundo.* 40. §. *penult. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Quocirca cùm ipſa legitimatio ultimum finem & effectum ſuum tempore legitimationis ſtatim conſequatur; quem finem & effectum eſſe patriam poteſtatem, *d. Novell.* 74. *cap.* 1. & 2. & *dict. Novell.* 89. *capite.* 9. hujus verò effectum eſſe jus ſuccedendi in futuram hereditatem patris, docuimus ſuprà *n.* 231. quamvis poſtmodùm juſti liberi patri agnaſcantur, ſicque legitimatio in eum reciderit caſum, à quo inchoari nequivit; ejus tamen finis & effectus ampliùs non corrumpitur.

Præterea nullum contrariæ opinioni adfert patrocinium: quòd jus filiationis ſeparatum eſt à jure ſucceſſionis: ſi quidem quis hereditati patris renunciare, & nihilominus ejus filius manere poſſit: & licèt filius ab hereditate patris ſit exheredatus; filius tamen ejus eſſe non deſinat. *Etenim* ſeparatio iſthæc fit aut voluntate filii, ut in renunciatione; aut filii ingratitudine, ut in exheredatione. In propoſito autem themate agitur de legitimatis liberis, qui nec hereditati paternæ renunciant, nec ullius ingratitudinis argui poſſunt: proindeque nec à patre exheredantur, *ut rectè reſpondit D. Bocerus in prædlegato Tract. de regalib. cap.* 2. *num.* 86. *in fine pag.* 96. De eâdem controverſia in utramque partem diſſerit Ludovicus Molina *tom.* 1. *de juſtit.* & *jur. tract.* 2. *diſput.* 173. *num.* 28. 301

Trahitur in quæſtionem ancipitem & illud: Num agnatorum & cognatorum, qui poſt liberos legitimos ſucceſſuri ſunt, conſenſus ſit ad hanc legitimationem neceſſarius? Et eum non eſſe neceſſarium, ſanior & receptior doctrina eſt. Tum quia neque *d. Novel.* 74. *neque d. Novella.* 89. (quæ utraque de hac legitimatione, ejuſque requiſitis agit) uſpiam agnatorum vel cognatorum conſenſum deſiderat. Tum quia agnatis & cognatis nullum in bonis agnati & cognati adhuc viventis jus eſt quæſitum: ſiquidem is, excluſis illis, etiam extraneæ honeſtæ perſonæ bona ſua teſtamento relinquere poſſit, *l. fratres vel ſorores.* 27. *C. de inofficioſo teſtament. arg. l.* 1. *in re mandata.* 21. *C. mandati.* Tum quia cùm adoptio ſit, non eſt neceſſarius in eam rem agnatorum & cognatorum conſenſus, *reſpondente Celſo in l. cùm adoptio.* 7. *ff. de adoptionib.* Tum denique, quia pater qui nullam prolem legitimam aut parentes habet, naturalibus ſuis liberis univerſam ſuam ſubſtantiam vel ultima voluntate, vel inter vivos relinquere poteſt, *d. Novell.* 89. *c.* 12. §. *ſi verò filios non habuerit.* & *Auth. licèt. C. de naturalib. liber.* Et hanc ſententiam firmant probantque *Jaſon. in l. Gallus.* 29. §. & *quid ſi tantùm. num.* 130. *ff. de liber.* & *poſthum. Decian. conſil.* 55. *num.* 2. *conſ.* 338. *num.* 2. & *conſ.* 376. *num.* 6. *Anton. Gabriel. Roman. lib.* 2. *commun. concluſ. tit. de citation. concluſ.* 1. *num.* 143. *Antonius de Roſellis in tract. de legitimat. lib.* 1. *tit. de cauſ. formali legit. n.* 11. *Capra conſil.* 2. *colum.* 4. & 5. *Burſatus conſ.* 10. *n* 5. *vol.* 1. *Borcholt. in tract. de gradib. tit. de ſucceſſ. liberor. per reſcript. Princ. legitimator. pag.* 202. *Gail. lib.* 2. *obſ.* 142. *num.* 1. & 2. *Forſter. lib.* 6. *de ſucceſſionib. cap.* 33. *num.* 26. *Adam. Keller. in tract. de jure ſucced. ab inteſt. tit.* 7. *num.* 4. *Molina. d. tract.* 2. *diſput.* 174. *Domini Collegæ Andreas Bayer* & *Chriſt. Beſold. part.* 5. *conſil.* 199. *num.* 40. & *ſeqq. aliique plures. ab his deſignati.* 302 303

Nec quicquam ad rem pertinet, quòd agnati & cognati ſuccedant in bona agnati & cognati ſui, ſine liberis juſtis defuncti: atque ita jus quoddam in ſpe ipſis ſit quæſitum. Nam jus in ſpe, quod quis habet, conſiderabile non eſt, *ut tradunt Bartolus, Crotus, Jaſon,* & *alii ad d. l. Gallus.* 29. §. & *quid ſi tantùm. ff. de liber.* & *poſthum. hoſque referens D. Bocerus d. tract. de regalib. c.* 2. *num.* 88. & *ſeqq.* ubi propoſitam quæſtionem accuratiùs & copioſiùs examinat: nec non *num.* 93. contra alios ſpecioſis rationibus oſtendit: legitimatos per reſcriptum Principis ſuccedere etiam ipſis cognatis inteſtato mortuis, licet illi legitimationi non conſenſerint. 304

Eſt & hæc nobilis, contrariiſque Doctorum opinionibus involuta quæſtio: utrùm liberi naturales, per reſcriptum Principis, vel Comitem Palatinum, legitimandi poteſtatem indubitatè habentem, legitimati comprehendantur ſtatuto excludente fœminas, extantibus maſculis naturalibus & legitimis? Et quamvis multi id affirment. *Baldus in l. eam, quam.* 14. & *Jaſon. in l. cùm acutiſſimi.* 30. *col.* 2. *verſ. breviter. C. de fideicommiſſis. Caſtrenſ. in l. ſed ſi hac.* 10. §. *patronum. ff. de in jus vocand.* & *in l. ſi ita quis.* 5. §. *ult. ff. de legat.* 2. & *conſ.* 226. *dicendum eſt. lib.* 1. *Ant. Roſell. d. lib.* 1. *de legitim. tit. de cauſa final. legitimationis, num* 4. *Alexand. conſ.* 2. *num.* 11. & *conſ.* 94. *colum.* 2. *verſ. ſecundo. lib.* 1. *Beroius conſil.* 14. *num.* 2. & *conſil.* 174. *num.* 10. *lib.* 2. *Curt. junior conſil.* 305

Digitized by Google

consil. 53. *num.* 10. *Albert. Brunus in tract. de statutis fœminas à successione excludentib. artic.* 12. *q.* 4. *num.* 10. *Gozadinus cons.* 6. *num.* 38. & *cons.* 85. *num.* 26. *Alciatus respons.* 307. *num.* 2. *Parisius consil.* 55. *num.* 10. *lib.* 3. *Covarruv. in Epitom. in* 4. *libr. Decretal. secund. part. cap.* 8. §. 8. *num.* 3. *Decianus cons.* 3. *num.* 86. *lib.* 1. *Bursatus consil.* 85. *num.* 12. & *cons.* 89. *num.* 22. *Menochius cons.* 227. *num.* 35. & *cons.* 266. *num.* 9. *Paul. Æmil. Gall. d. tract. de except. part.* 1. *tit.* 1. *except.* 3. *n.* 2. & *seqq. fol.* 60. *Hieronymus de Cavallos in Specul. aur. opinion. commun. contra commun. q.* 2. *n.* 15. & *seqq. aliique quos isti citant:* conclusionem tamen negatam veriorem, & judi-
306 cio Cameræ Imperialis meritò approbatam esse, reor. Etenim legitimatio, quæ fit per rescriptum Principis, extantibus liberis naturalibus & legitimis, odiosa, jureque prohibita censetur: proindeque eo casu illegitimi jus liberorum legitimorum rescripto principali non consequuntur. Idque manifestè probatur *per Novell.* 74. *cap.* 2. *in fin. vers. omnino enim*, &c. & *Novell.* 89. *c.* 11. §. 1. *vers. omnino enim legitimis*, &c. ubi dicitur, tunc per rescriptum filios legitimos effici, cùm alii legitimi non extant: si verò extent, legitimos fieri posse per oblationem curiæ, vel per matrimonium, non autem per rescriptum. Si ergo jus legitimorum filiorum isti non habent per rescriptum neque fœminas excludere possunt, quas soli filii legi-
307 timi & naturales excludunt. Nec obstat, si objiciatur, fieri posse, ut, etiam filiis legitimis existentibus, naturales filii ab Imperatore legitimentur, *ut supra indicatum n.* 281. atque adeò hoc casu filiæ excludantur. Nam primò sententia nostra nititur tantùm lege Justiniani scriptâ, cui tenaciter inhærendum: non autem iis, quæ de facto servantur. Deinde respondetur, tales legitimatos hoc quidem consequi, ut Imperiali beneficio legitimi efficiantur; & unà cùm fœminis ad successionem æqualibus partibus
308 admittantur: non verò ut eas penitus excludant. Ex regulâ namque generali rescriptum Principis ita accipiendum est, ut aliis non præjudicet. *l.* 2. *ff. de fluminib. ne quid in flum.* &c. *l.* 2. & *l. rescripta.* 7. *C. de precib. Imperatori offerend.* Atque ita sentiunt *Antonius de Butrio in c. tanta.* 6. &c. *per venerabilem.* 13. *ext. qui filii sint legitimi. num.* 16. *Socinus senior. in d. l. Gallus.* 29. §. & *quid si tantum. n.* 27. *ff. de liber.* & *posthum.* & *cons.* 346. *lib.* 2. *Curtius junior cons.* 13. & *cons.* 16. & *cons.* 35. & *cons.* 74. *Angel. consil.* 76. *Ludovicus Bologninus cons.* 58. *Cephalus cons.* 78. *lib.* 1. *Prosper Pasethus cons.* 71. *Guido Pancirolus cons.* 59. *n.* 68. *Ludovicus de Molina lib.* 3. *de Hispan primogenüs. c.* 2. *num.* 7. & *cap.* 5. *num.* 75. *Grassus tit. de success. ab intestato. q.* 19. *n.* 12. *Portius Imolensis cons.* 106. *num.* 89. *Albanus in lucubrationib. ad Bartol. in d. l. Gallus.* 29. §. & *quid, si tantum. num.* 22. *ff. de liber.* & *posth. Tiraquell. ad l. si unquam. in verb. susceperit liberos. num.* 98. *C. de revoc. donat. Guilielmus Benedictus in c. Raynutius.* 16. *in verb. duas habent uxores. num.* 148. *ext. de testament. Ruinus cons.* 84. *num.* 3. *lib.* 3. *Molinæus in consuetud. Parisiens. rubr* 1. §. 8. *gl.* 1. *num.* 50. *Mynsinger. cent.* 3. *obs.* 26. *circa finem. Gail. lib* 2. *obs.* 140. *num.* 6. *Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de success. liber. per rescript. princ. legitimator. pag.* 205. *Doctor Marta tom.* 4. *digestorum novissimorum. tit. legitimatus. cap.* 3. *fol.* 83. *Forster. lib.* 6. *de successionib. cap.* 37. *num.* 35. *Andr. Gerhardi decad.* 11. *q.* 4. *circa fin. Fachinæus lib.* 6. *controversiar. jur. cap.* 1. *Rittershus. in d. exposit. Novell. Justin. part.* 7. *cap.* 6. *num.* 9. & *Kelter. d. tract. de jure succed. ab intest. tit.* 7. *num.* 20. *aliique ab illis recensiti.*

309 Quæri & illud non inconvenienter hic poterit: ecquid, ut liberi naturales, ex concubinâ progeniti; ita & spurii & cæteri, ex illicitis atque prohibitis conjunctionibus orti (*de quorum successione infernus num.* 337. & *seqq. agetur*) rescripto Principis legitimari valeant? Franciscus Accursius sanè *in d. Novell.* 89. *cap. ult. in verb. participium* & *in l.* 1. *verb. rescripti* &c. & *Gothofredus C. de naturalib. liberis.* & *auth. ex complexu in verb. nisi in C. de incest.* & *inutilib. nupt.* arbitratur, quòd beneficium legitimationis per rescriptum ad spurios non pertineat: addit tamen ibidem, si dicat Princeps in rescripto suo, quòd jubeat eos esse legitimos non obstante aliquâ lege, legitimationem valere, *arg. l. quæris.* 3. *ff. de naturalib. restituend. l. Princeps.* 31. *de legib. l. adoptio.* 38. *ff. de adoptionib. l. qui in provincia.* 57. *ff. de rit. nupt.* & *d. c. per venerabilem.* 13. *ext. qui filii sint legitimi.* Et hanc spuriorum legitimationem Doctores propriè dispensationem appellitant, *Forsterus lib.* 6. *de successionibus. cap.* 35. *num.* 16. & *seqq. aliique ab eo memorati.*

Verùm cùm per istam superiorum legitimationem non 310
solùm occasio præbeatur peccandi per illicitam Venerem, & frequentiores prohibitos concubitus: & lex divina etiam spurios planè detestetur, *Deuteronom.* 2. *vers.* 2. *ibique D. Andreas Osiander in suis Notis:* nec non ipse Justinianus Imp. satis disertè caveat *in Novell.* 18. *cap.* 5. *vers. si autem concupiscentia*, &c. & *id d. Novell.* 89. *c. ult.* ne legitimationis beneficium spuriis proficiat: idcirco verisimile est, Imperatorem parcè hoc beneficium in spurios collaturum. Ideoque parentes non temerè pro legitimandis suis spuriis preces Principi offerre debent: ne fortassis cum Faustinâ audire necesse habeant à Principe illud: improbum est desiderium tuum, *l. accusationis.* 10. *C. de his, quæ vis, metuve caus. gesta sunt.* vel cum Alexandro: juris ordinem converti postulas, *l.* 2. *C. de jurisdict.* vel cum Victorino: jampridem vetitum est, quod petis, *l. mortuorum.* 12. *C. de religios.* & *sumpt. funer.* vel denique cum Charidemo: contra juris formam evidenter postulas, *l. non adversus.* 15. *C. si certum petatur. D. Bocerus in tractat. de Regalib. c.* 2. *n.* 108. *p.* 109. & *seq.* Unde non ineptè quidam Interpretes simpliciter concludunt: quòd spurii & reliqui, ex illicitis conjunctionibus procreati, non legitimentur: nisi statuto vel consuetudine aliud sit introductum: *Anton. de Rosell. in tract. de legitimat. lib.* 1. *tit. de causa materiali legitimationis. num.* 10. & *lib.* 2. *tit. de legitimatis Principum clementiâ. num.* 38. *Vultejus lib.* 1. *jurisprud. Rom. c.* 23. *n.* 1. & *Robertus Disp.* 3. *ad instit. thes.* 1. *ad lit. b.* Porro de istis, & aliis quæstionibus, quæ hic moveri possent, videantur D. Besoldus *in delibatis jur. ex lib.* 1. *Pandectar. num.* 32. *pag.* 112. & *aliquot seqq. itemque volum.* 4. *consil.* 193. *fol.* 283. *cum seqq.* & Antonius Quetta *consil.* 65. 66. 67. 68. & 70.

Disputari quoque de eo solet: sitne concubinatus hoc 311
nostro seculo illicita conjunctio, ita ut liberi ex eâ prognati spuriis connumerari jure debeant, & consequenter legitimationis beneficio regulariter non gaudeant? Et quamvis illegitimam hodie concubinatum esse conjunctionem, manifestissimè appareat *ex quadam constitutione Imp. Constantini Porphyrogenneta apud Harmenopulum lib.* 4. *tit.* 7. *cap. de concubin.* & *Imp. Leonis Novell.* 91. *itemque ex can. concubina* 5. *caus.* 35. *quæst.* 2. & *similibus:* proindeque dicendum videatur, liberos ex concubinâ progenitos hodie spurios esse, atque adeò neque patri suo ullâ ratione succedere, neque legitimationis beneficio frui posse: *quod placuit Cujacio lib.* 5. *observat. cap.* 6. *in fin.* & *ad l. cùm tabulis.* 16. §. 1. *ff. de his, quæ ut indig. auferuntur.* attamen cùm nullâ lege novâ illi ab omni patris substantiâ omni casu nominatim arceantur, aut beneficio legitimationis exuantur: idcirco etiamnum jura ex legislatione Justinianeâ competentia, ad eos pertinere intelliguntur. Non enim ut novo jure concubinatus vetitus est: ita eodem jure liberi ex eo nati à patris substantiâ omni casu repelluntur, vel legitimationis beneficio privantur. Ideoque Justinianeum illud successionis & legitimationis jus in liberis istis salvum mansisse statuendum erit, *argum. l. penultim. ibi, neque enim sicut illud receptum est: ita hoc quoque receptum. ff. de rebus credit.* & *l. præcipimus.* 32. §. *ultim. ibi. quicquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant. C. de appellationibus.* Sic licet adulte- 312
rii pœna antiquitus non fuerit ultimum supplicium, sed vel deportatio, *juxta Julium Clarum lib.* 5. *sentent.* §. *adulterium. num.* 7. & *alios ab eo allegatos;* vel relegatio, *secundum Cujac. libr.* 6. *observat. cap.* 11. & *lib.* 20. *cap.* 18. *Menochium de arbitrar. judic. lib.* 2. *centur.* 5. *cas.* 419. *num.* 27. & 31. *cum seqq.* & *Wesenbec. in paratit. ff. ad leg. Jul. de adulter. num.* 19. ac ea propter de adulterio transigi non potuerit, *per regulam in l. transigere.* 18. *C. de transactionibus*, postea tamen quamvis constitutio nova 313
adulte-

adulterium gladio puniri jusserit, *l. quamvis. 30. in fin. C. ad leg. jul. de adulter.* nihilo tamen minùs jus vetus, quoad transactionem, illibatum intactumque remansit *d. l. transigere. 18. C. de transactionibus. D. Bocer. in tractat. de regal. cap. 2. num. 110.* Porrò an & quatenus concubinatus tum jure civili, tum canonico sit permissus, accuratè explicant Bachovius *in suis notis ad volum. 2. Treutleri, disputat. 16. th. 3. lit. A. pag 1018. cum seq.* & ibidem Hunnius *in suis resolut. quæst. 25. pag. 220. & seqq.* Deque eo nonnihil dictum est *ad §. 3. num. 7. supr. de justit. & jur. & §. 1. supr. de patr. potest. num. 34. & seqq.*

314 Sanè liberi naturales non solùm per subsequens matrimonium, per oblationem curiæ, & rescriptum Principis legitimantur, *§. fin autem. 2. vers. quibus connumerat. infr. hoc tit. nostro. §. ult. s. de nupt. l. cùm quis 10. & l. nuper. 11. C. de naturalib. liber. Nov. 74. c. 1. Novell. 89. c. 2. 8. & 9.* verùm etiam appellatione sive nominatione suorum legitimi efficiuntur: adeoque cum naturalibus & legitimis liberis succedunt, non secus, ac si & ipsi ex legitimo matrimonio nati essent. Et patris etenim assertione, de quâ ritè constat, matrimonium retrò contractum fuisse præsumitur, nec ad nuptiarum fidem alia probatio requiritur, *Novell. 117. cap. 2.* Quinimò si pater plures habens filios naturales, unicum ex iis suum nominaverit: hæc nominatio in testamento, vel instrumento publico facta, omnibus ex iisdem parentibus natis liberis prodest. Omnes quippe justi & legitimi reputantur, tanquam legitimum matrimonium præcessisse, probatum esset, *d. Novell. 117. cap. 2. in fin. ibique Cujac. Iohan. Faber. in Breviario Codic. ad libr. 10. n. 3. C. de naturalib. liber. Balduin. Hortens. Vult. num. 8. ad §. ult. supr. de nupt. & libr. 1. Iurisprud. Rom. cap. 23. num. 9. Rittershus. in exposit. Novellar. part. 4. cap. 12. num. 11. & Borcholt. in tractat. de gradib. titul. de success. liberor. qui per appellationem suorum legitimati sunt. pag. 207.* A quibus recedere videntur Giphanius *ad d. §. ultim. supr. tit. de nupt.* & Anton. Faber *in Jurisprud. Papin. de tit. de nupt. princip. 2. illat. 1.* statuentes: nominationem non esse modum legitimandi specialem liberorum naturalium, sed potiùs justarum nuptiarum, & quæ ex iis est, legitimæ nativitatis probationem. His novissimè adstipulatur Ungepaur. *exercit. Iustin. 9. quæst. 5. pag. 358. edit. ult.* Vide de isthoc legitimandi modo fusiùs dissertantem Balthasarem Tomalium *tract. 1. tit. 9. cap. 6. num. 233. cum seqq. fol. 39. & subseqq.*

315 Porro filios naturales, etiam legitimatos, ad feudi successionem non admitti, certi juris esse videtur, *cap. 1. §. naturales. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vas. titul. 26. lib. 2. feudor.* Sed difficillima, & hactenus nondum satis expedita quæstio, à feudalium placitorum Interpretibus moveri solet: Num naturales filii, per subsequens matrimonium legitimati, ut in allodiis, ita & in feudis, æquè ac legitimè nati, succedant? Affirmativam sententiam conspirantibus votis tuentur *Andreas de Isernia, Iacobus de Belviso, Bald. Præposit. Matth. de Afflict. de Frideric. Schenck. Laudens. Alvarott. & alii in d. §. naturales. Iason in l. generaliter. 6. §. cùm autem. num. 10. C. de institutionib. & substitut. & conf. 168. num. 6. volum. 4. Hostiens. Ioan. Andr. & Anton. de Butr. in cap. lator. 5. ext. qui filii sint legitimi. Ripa in l. si nunquam. 8. num. 88. C. de revocand. donat. & in l. ex facto. 17. §. si quis rogatus. 4. num. 84. ff. ad Senatusc. Trebell. Marsil. sing. 542. Dec. consil. 155. num. 4. Ruin. consil. 211. volum. 1. & cons. 92. num. 4. volum. 4. Paris. consil. 13. num. 44. & consil. 15. num. 8. volum. 2. Curt. jun. consil. 52. num. 2. & cons. 64. num. 11. & consil. 136. num. 1. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 5. num. 21. Jul. Clar. lib. 4. sent. § feudum. quæst. 82. num. 4. Zasius in Epitom. feud. part. 8. circa fin. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 48. Rosenthal. in tract. feud. cap. 7. conclus. 18. num. 1. & 2. Villalob. in thesaur. commun. opin. lit. L. num. 73. Andreas Gail. lib. 2. observat. 141. num. 2. Soarez. in thes. recept. sent. lit. L. num. 125. Francisc. Vivius lit. F. verb. filiusfamilias. vers. filii nati ex legitimo, &c. Olemann. ad libr. 3. Disputat. juris civil. Giphan. Disput. 23. num. 9. pag. 7. Robertus Disputat. 3. thes. 4. Heigius hic cap. 5. num. 158. D. Bocer. in tractat. de jure succedendi in feudum. cap. 3. quæst. 2. Adam Keller. in tractat. de jure succed. ab intest. cap. 30. num. 13. Valentin. Arithmæus in periculis secund. Disputat. 6. th. 2. pagin. 113. Ioan. Georg. Majer. in Synopsi Jurisprud. Beneficiariæ. sect. 3. cap. 9. num. 43. Kubach. cent. 3. quæst. illustr. politico-juridic. decur. 1. quæst. 10. pag. 641. cum seqq. Ungepaur. exercit. Justin. 9. quæst. 5. pag. 859. cum seq. edit. ultim. & Andr. Gerhardi Exercitat. Justin. Decad. 11. in coronid.* Atque secundùm hanc communem sententiam quotidiè practicari, eamque confirmari sententiis judicum, attestantur *Schurffius cent. 1. consil. 1. num. 16. & Wesenbecius de feud. cap. 6. num. 9.* Eaque in Camerâ Imperiali unanimi Assessorum suffragio recepta est, testimonium eâ de re perhibente Mynsingero, *centur. 5. observat. 42.* Imò etiam in Consistoriis Ducum Saxoniæ eandem observari, scribunt Schneidewinus *in tractat. de feud. part. 6. numero 13.* & Hartmannus Pistoris *libr. 2. quæst. 41. num. 35.*

E contrà verò sunt quidam recentiorum, qui distin- 316
guendum putant inter veritatem practicam & theoricam, dicuntque, sententiam affirmatam, cùm in praxi communiter sit recepta, veritati practicæ esse consentaneam: theoricæ autem dissentaneam, ob expressum, generalem, & indistinctè (*uti opinantur*) loquentem textum feudalem, *in d. §. naturales. tit. si de feudo defuncti content. sit int. dom. & agnat. vasall. Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 94. pag. 540. Sonsbecc. in Commentar. ad usus feudor. part. 9. num. 72. Hotomanus ad d. §. naturales. &c. & cons. 10. volum. 1. Rittershus. lib. 1. partition. feud. cap. 13. num. 3. Niellius Disput. feud. 5. thes. 7. sub lit. D. Gothofred. Anton. Disput. feud. 5. thes. 6. ad lit. c. vers. quid, si per subsequens matrimonium, &c. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 1. quæst. 11. pagin. 731. cum seqq. Bachovius ad volum. 1. Treutleri disputat. 2. thes. 6. lit. f. pag. 62. & Anton. Bullæus discurs. 1. de tribus. generalib. præcept. jur. conclus. 2. pag. 34.* Quorum opinatio in Scholis plerisque hodie adeò recepta est: ut affirmativæ conclusioni in collationibus tum publicis, tum privatis, facilè quispiam non subscribat. Verùm licèt præallegatus *§. naturales.* communi traditioni expressis verbis refragari videatur: mihi tamen (cùm ea tot Cameræ Imperialis & aliorum Iudiciorum præjudiciis sit confirmata, nec non ipsiquoque neoterici contrariæ opinionis patroni nonnulli ab eâdem respondendo & judicando non recedendum esse, suadeant; ac jura nostra, non tam verba le- 317
gum, quàm vim & potestatem earum attendi debere, jubeant, *l. scire leges. 17. ff. de legib. l. non dubium. 5. in princ. C. eod. l. nominis. 6. in fin. ff. de verb. sign. c. intelligentia. 6. ext. eod. tit. can. Marcion. 63. caus. 1. quæst. 1.*) mihi, *inquam*, vitio nemo vertet, si dicti *§. naturales.* non verba, sed vim potiùs & mentem ejus, aliasque rationes mox proponendas pensiculatè considerans statuero: affirmativam sententiam, uti in praxi veram, ita & in theoriâ esse verissimam. Et sanè jure feudorum disertè cautum 318
est; quotiescunque casus aliquis feudorum placitis non sit expressè decisus, ex jure communi ejus decisionem petendam esse, *titul. in fine principii, lib. 2. F.* ubi Feudista, *Strenuus*, ait, *legisperitus, sicubi casus emerserit, qui consuetudine feudi non sit comprehensus, absque calumniâ uti poterit lege scriptâ.* Cùm ergo feudorum jure non sit uspiam clarè dispositum, an liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedant: ex jure communi dicendum est, hos etiam ad feudi successionem esse admittendos, *Novell. 12. c. ult. Novell. 12. 89. cap. 8. & c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.*

Nec huic obest quicquam, quòd *in d. §. naturales.* li- 319
beri naturales, licèt postea fiant legitimi, ad feudi successionem admitti, generaliter negantur. Feudista enim illic quæstionem hanc utramque proponit ac decidit: an naturales filii in feudum succedant? an item in feudum succedant filii legitimati? Huic autem quæstioni tunc solummodo locus est, quando successionis casus contigit; hoc est, cùm moritur vasallus, de cujus successione agitur, *tit. 8. in princip. ibi, si quis igitur decesserit. lib. 1. feudor. & tit. 11. in princip. ibi, mortuo enim eo, &c. libr. 2. F.* Eo siquidem tempore de successionis jure primùm rectè quæri-

Digitized by Google

quæritur, non antea: cùm impium sit, de viventis hereditate solicitum esse: & eo maximè tempore jus heredis inspiciendum sit, quo hereditatem acquirit, *l. si alienum. 49. §. 1. vers. nam jus heredis. ff. de heredibus instituend.*

320 Proinde textus *in sæpè alegato. §. naturales.* intelligendus est de casu, quo pater vasallus decessit, & jam locus est successioni in feudum: id quod arguit etiam ibidem verbum præsentis temporis, *admittuntur.* Si Feudista ibi loqueretur de futurá in feudum successione, adeoque de tempore, quo vasallus pater adhuc superstes est: uteretur certè verbo futuri temporis, *admittentur.* Quia verò eo in loco Feudista agit de feudo jam delato, & de præsenti in feudum successione: exaudiendus quoque est de filii legitimatione, post delatam feudi successionem factá. Unde cautè addit hæc verba: *licèt postea fiant legitimi*: id est, licèt fiant legitimi, postea quàm casus extitit, quo successioni in feudum locus est, putà post obitum patris vasalli. Cæterùm cùm mortuus pater vasallus ducere ampliùs uxorem concubinam suam, matrem liberorum naturalium, sicque eos per subsequens matrimonium legitimare nequeat: omninò consequens est; textum *dicti §. naturales.* non de naturalibus filiis, per subsequens matrimonium legitimatis, sed de ejusmodi filiis, alio modo post mortem patris sui vasalli legitimatis, esse accipiendum. Quam interpretationem suadent & confirmant non parùm illa verba; *fiant le-*
321 *gitimi*: Fieri namque legitimi dicuntur, qui per rescriptum Principis, aut Pontificis Rom. (siquidem & hunc jus legitimandi liberos naturales sibi arrogare, patet *ex c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi & largo stylo, post alios, docet Forster. lib. 6. de successionibus. cap. 34 & D. Bocer. in tract. de Regalib. c. 2. num. 100. & seqq.*) legitimantur: quia singulari illo legitimationis actu id saltem agitur, ut immediatè naturales legitimi fiant. Qui autem per subsequens legitimantur matrimonium, illi non legitimi fiunt: sed ipso jure legitimi: ex alio quodam actu, nimirum contractu matrimonii, existunt, *d. Novell. 12. cap. 4. circa fin. ibi, proprii existentes atque legitimi. & d. Nov. 89. cap. 8. ibi, legitimos ei esse sancimus. & ibi, nihilominus prior soboles legitima consistit. cap. 1. ibi, eam legitimam judicetis, & d. c. tanta. 6. ibi, legitimi habeantur. ext. qui filii sint legitimi.* Quibus ex locis cernere promptum est, quod sicuti legitime nati, ita & naturales liberi vi solius matrimonii per se existant legitimi, non quodam hominis facto: quod tamen causa est legitimationis eorum, qui per rescriptum, vel oblationem curiæ legitimantur. Quamobrem necesse est, ut textus *in d. §. naturales.* non de legitimatis per subsequens matrimonium, sed de aliis legitimatis, puta per aliquod rescriptum, aut per oblationem curiæ, intelligatur: *quemadmodum etiam illum novissimè exaudit D. Bocerus d. tractat. de regalib. c. 2. num. 35. & alibi.*

322 Non evertit hanc interpretationem, quòd in textu illo hæc verba ponantur, *nec soli, nec cum aliis*: & quòd per rescriptum, aut mortuo patre per curiæ oblationem legitimatio fieri nequeat, existente legitima sobole, *d. Novell. 89. cap. 2. §. 1. & c. 9.* Isthæc enim verba ad præcedentem dictionem, *naturales*, commodè referri possunt, & debent. Naturales quippe filii non succedunt in feudo, non solùm cum alii legitimi filii adsint, sed & cùm desint illi sicque naturales soli sint: tametsi in allodiis communi jure in duas uncias liberi naturales succedant, sine legitima prole patre defuncto, *Novell. 18. cap. 5. & d. Nov. 89. cap. 12. & uberiùs explicatum supra num. 264. ad quod jus Feudi, a in d. §. naturales. verisimiliter respexit.*

323 Præterea receptam, cui favemus, assertionem juvat & hæc ratiocinatio: Conditores juris feudistici proculdubio exploratum perspectumque habuerunt, quid legibus Romanis dispositú fuerit de successione liberorũ, per subsequens matrimonium legitimatorum, *ut liquet ex dicto titulo 1. ibi, alia determinatur jure Romano. & ibi, legum autem Romanarum. item ibi, uti poterit lege scripta. libro 2. feudorum.* Si ergo ab hac communi legislatione de liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, successione conditores placitorum feudalium abhorruissent: utique nominatim ac diserte id alicubi testati fuissent: atque ita hisce liberis aditum ad feudorum successionem expressè præclusissent. Atqui vero nusquam hos liberos aditu ad feudorum successionem expressè prohibuerunt. Itaque planè verisimile est, quod ii, dispositionem juris communis secuti, etiam liberos, per matrimonium subsequens legitimatos, ad feudi successionem admiserint.

Adhæc, post feudorum jura prodierunt in usum jura 324
canonica: id quod vel inde manifestum fit, quod libro tertio decretalium integer titulus *de feudis*, *videlicet 20.* est insertus. Cùm ergo jus canonicum legitimatos per subsequens matrimonium liberos, in omnibus & per omnia comparet liberis legitime natis: iisque non minùs, ac si ab initio legitimi fuissent, generaliter, nullaque adhibitá distinctione inter res proprias & feudales, successionem deferat, *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi.* certè ex dispositione quoque juris canonici liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedunt. Idque ex eo etiam probabile redditur; quòd licèt idem jus canonicum requirat, ut Episcopus eligatur, qui ex legitimo matrimonio est natus, *cap. cùm in cunctis. 7. ext. de electione*:
nihilominus tamen permittit, ut Episcopus, qui per subse- 325
quens matrimonium est legitimatus, eligi possit, *c. innotuit. 20. ubi gloss. super verb. conjugata. ext. eod. tit.*

Insuper in dubio juris sermone eam admittere interpre- 326
tationem jubemur, quæ minimum iniquitatis habet, *l. quotiens nihil. 200. ff. R. I. l. placuit. 8. C. de judiciis.* & quæ benignior est, vitioque caret. *l. benignius. 18. & l. in ambigua. 19. ff. de ll. & semper in dubiis. 56. ff. de R. I.* Cùm ergò *in tit. 8. in princip. lib. 1. feudor. & tit. 11. in pr. lib. 2. feud.* filiis tribuatur jus succedendi in feudum: & dubium sit, an textus illi per filios intelligant etiam filios, per subsequens matrimonium legitimatos: benignius autem sit & æquius, ut interpretemur eós textus etiam de filiis hoc modo legitimatis; maximè cùm jus feudale ex jure communi interpretationem capiat, *per dictum titul. 1. libro 2. feudorũ.* quod commune jus hos legitimatos liberos legitimè natis liberis plenissimè comparat, *ut supr. ostensum est*: hanc profectò interpretationem recipere amplectique debemus.

Denique huc & illa ratio confert, quod statutum lo- 327
quens de legitimè natis, complectatur etiã per subsequens matrimonium legitimatos, *ut sensit Antonius de Butrio in cap. per venerabilem. 3. eodem. 18. vers. quod si dixerit. extr. qui filii sint legitim. & in dict. cap. innotuit. 10. ubi etiam Ioannes de Imola. extr. de elect. Ioan. Crotus in leg. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num. 169. ff. de liber. & posthum. heredibus institut. Castrens. in l. fin. Cod. de his, qui ven. ætat. impetrarunt. Campeg. in tractat. de dote. in 1. parte 5. partis princip. quæst. 59. Decius in dict. c. cùm in cunctis. 7. num. 29. extr. de electione & consil. 155. Parisius consil. 13. num. 40. vol. 2. hosque referens Forsterus libro 6. de successionib. cap. 29. num. 4.* Ergo & jus feudale, de legitimè natis liberis verba faciens, liberos quoque subsequenti matrimonio legitimatos comprehendit. *Istas, similesq; rationes pro affirmatâ sententiâ nostrâ annotavit etiam D. Bocerus cl. 5. disput. 18. thes. 7. ad lit. d. cent. 2. & tract. de jure succed. in feud. cap. 3. quæst. 2.*

Nullum negatæ, eique contrariæ conclusioni firmamen- 328
tum adfert textus *in multoties citato tit. 26. §. naturales libro 2. feudorum.* ubi Jurisconsultus Feudista satis expressè significare videtur, nec per subsequens matrimoniũ legitimatos feudi capaces esse. Generaliter enim loquitur de filiis naturalibus, qui postea facti sunt legitimi: ita ut textus ille restringi posse non putetur tantùm ad naturales filios, qui per rescriptum aliquod, aut per oblationem curiæ sunt le-
gitimi facti. Siquidẽ posito seu negato genere, omnes ejus 329
species positæ sive negatæ intelliguntur, *arg. l. ult. in princ. vers. cùm enim jam constituimus. Cod. de usur. rei judicat.* Nullum, *inquam*, negatæ conclusioni adfert firmamentum dictus §. *naturales.* Nam is exaudiri non potest de liberis, per subsequens matrimonium legitimatis: sed est tantùm accipiendus de liberis, post delatam feudi successionem alio modo legitimatis, *ut suprà dilucidá expositione demonstratum est.* Quin & cum Logicis dici poterit genere indefinitè posito, non quamvis poni speciem. Ast indefinitè tantùm, & non universaliter, de legitimatis *in præalegato §. naturales.* dicitur, quòd in feudis non succedant. Et ut maximè ita esset: dici tamen posset, in jure nostro non novum aut infre-

quens

Digitized by Google

quens eſſe, ut genus ad certam ſpeciem reſtringatur. *l. in toto 80. ff. de reg. jur.* Recte igitur iſte § accipitur de legitimatis per reſcriptum Principis, vel oblationem Curiæ: maximè cùm natura non patiatur, illum de legitimatis per matrimonium intelligi. Et quanquam *dict. §. naturales.* verba ita eſſent generalia, ut bene etiam de legitimatis per ſubſequens matrimonium intelligi poſſent: adhuc tamen non ineptè reſponderetur, excipi legitimatos per ſubſequens matrimonium: eò quòd in omnibus pro legitime natis habeantur: ac in eis nulla amplius macula ſuperſit. *d. c. tanta. 6. ext. qui filii ſint legitimi.* & in jure noſtro fingantur, quaſi in matrimonio nati fuerint. *d. Nov. 89. c. 8. & 9.* Nec oberit, ſi ulteriùs quiſpiam inſtet: eos tamen non eſſe legitimè natos. Inveſtituram verò (puta ſi ejus tenor ita habeat: *Hoc caſtrum tibi tuisque heredibus, ex te legitime deſcendentibus, concedimus: wir wolten dir, und allen deinen Leibs-Erben ſolch Schloſz leihen, &c.*) requirere legitimè natos. *Reſpondetur* enim: eos quidem non eſſe legitime natos naturaliter, ſed bene civiliter. Jus quippe civile (ut & canonicum) in tantùm favet legitimatis per ſubſequens matrimonium, ut nullam inter hos, & ex juſtis nuptiis natos, differentiam agnoſcat, illoſque legitimè natos eſſe fingat. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii ſint legitimi.* Fictio autem in jure veritati æquiparatur. *l. ſi is, qui. 15. circa princip. ff. de inoff. teſt. & ibi cap. Fachin. lib. 12. controverſ. 7. Kubach. d. centur. 3. decur. 1. quæſt. 10.*

330 Deinde nihil patrocinatur opinioni contrariæ: quòd legitimatio, per ſubſequens matrimonium facta, patris legitimantis quædam ordinatio cenſeatur. Nulla autem patris vaſalli ordinatio in feudis valeat. *tit 8. in fine princip. libr. 1. feudor.* Proindeque nec legitimatio, per ſubſequens matrimonium facta, jus ſuccedendi in feudum filiis legitimatis tribuat. Quando enim pater vaſallus naturalem ſuum filium per ſubſequens matrimonium legitimat: per ſe & directò nihil omninò de feudi ſucceſſione ordinat. Filius namque eo modo legitimatus non directò ex ipſa legitimatione, ſicque facto patris feudum acquirit: ſed ex juris diſpoſitione matrimonium ſubſequens naturalem filium efficit legitimum. Contracti quippe matrimonii ea vis eſt; ut, qui antè naturaliter ſunt geniti, poſtea legitimi habeantur; adeò, ut & parenti ſuccedere queant. *d. c. tanta. 6. extr. qui filii ſint legitimi.*

331 Rurſus adverſariæ ſententiæ ſuffragatores nihil relevat: quòd ſucceſſio feudalis inter agnatos duntaxat, hoc eſt, ex maſculo primo acquirente deſcendentes locum habeat. *tit. 11. & titul. 50. lib. 2. feudorum.* Legitimatio verò plenum jus agnationis non inducat: cùm legitimatus in allodio ſoli patri, non etiam agnatis ſuccedat, *Novell. 89. cap. 4.* Quandoquidem hæc Novell. *dict. cap. 4.* agit tantummodo de legitimatione, quæ fit per oblationem curiæ, non de ea, quæ fit per ſubſequens matrimonium. Illa non confert plenum jus agnationis; ſed hoc tantùm efficit, quòd legitimatus ſoli genitori ſuo, non item ejus agnatis & cognatis, ſuccedere poſſit: hæc vero per ſubſequens matrimonium legitimatio plenum jus agnationis legitimato tribuit: ex quo non modò patri, ſed & agnatis & cognatis patris ſuccedere poteſt. *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii ſint legitimi & Novell. 12. circa finem.*

332 Similiter adverſariorum opinionem parùm munit hæc argumentatio; Naturalis filius, ſubſequenti matrimonio legitimatus, dedecori foret & domino feudi, & paribus curiæ: ſiquidem ejus opinio apud bonos & graves viros ſit prægravata. Item domino reditum feudi impediret: & ſpem ſuccedendi agnatis vaſalli legitimantis adimeret, ſi in feudum jure patri ſuccederet. Ergo filius, etiam iſto modo legitimatus, non immeritò patri in feudum ſuccedere negatur. Parùm, *inquam*, adverſariorum opinionem munit hæc argumentatio. Quoniam antecedens pars prima, ejuſq; ratio prorſus neganda eſt. Filius etenim naturalis, etiam ante legitimationem, integræ famæ & exiſtimationis cenſetur: proindeque ad omnes honores admitti jubetur. *l. 2. §. nullâ. 7. l. 2. §. ſpurios. 2. & l. ſpurii. 6. in princ. ff. de decurionib. cap. niſi cùm pridem. 10. §. perſonæ vero extr. de renunciatione. can. 1. diſtinct. 56. Gabriel Paleottus in tractat. de nothis ſpuriisque cap. 55. Thomingius in deciſionibus quæſtionum illuſtr. deciſ. 48. Hartmann. Piſtoris libro 1. quæſtion. jur. quæſt. 30. aliique plures, à nobis pro hac ſententiâ relati in §. in ſ..ia autem. 1. infr. de injuriis. num. 237. & ſeq.* Ac licèt ſemper in legitimato cicatrix quædam remanere videatur: tamen ſciendum eſt, naturaliter duntaxat quandam cicatricem ſubeſſe: illam verò jura noſtra non agnoſcere: ut quæ ita habent ſubſequenti matrimonio legitimatum, ac ſi ex juſtis nuptiis procreatus eſſet. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii ſint legitimi.* Cæterùm ex alterâ antecedentis parte haud rectè concluditur. filiũ per ſubſequens matrimonium legitimatum in feudum non ſuccedere: quippe cùm & filii legitimè nati faciant, quò minùs feudum maturiùs vel ad dominum redeat, vel ad agnatos tranſeat: & tamen propterea à feudi ſucceſſione non excluduntur. Sed & hæc legitimatio non penitus ſpem ſuccedendi agnatis adimit: verum in tempus ſolummodò jus illud ſuccedendi differt & prorogat.

333 Pari modo neganti aſſertioni nihil opitulatur & illud: quòd vaſallus invitis agnatis feudum alienare nequit. *tit. 39. in princip. lib. 2. feudorum.* Sed filium naturalem legitimando, vaſallus invitis agnatis feudum alienaret, ſi legitimatus etiam per ſubſequens matrimonium, in feudum ſuccederet: ſiquidem ipſe legitimatus non ſuæ nativitatis, ſed legitimationis beneficio, atque ita facto patris jus ſuccedendi acquireret. Nihil, *inquam*, illud aſſertioni neganti opitulatur. Quia non factum patris, legitimantis naturalem filium, ſed juris auctoritas filio legitimato jus ſuccedendi in feudum tribuit. Ipſum ſanè patris factum eſt medium aliquod, quo filius naturalis efficitur legitimus, poſteaquam autem filius ita legitimus eſt factus, tribuit ei legis auctoritas jus ſuccedendi. Quòd enim patri proles ipſius ab inteſtato ſuccedit: non patris, ſed legis beneficium judicatur.

334 Hoc amplius pro traditione contrariâ non militat: quòd bona feudalia neceſſariæ reſtitutioni ſubjaceant, *uti arguit textus in tit. 3. §. ſed etiam res. verſ. ut ecce. & tit. 26. §. Titus filios. & tit. 39. in princip. libro 2. feudorum.* 335 Ea autem, quæ reſtitutioni ſubjacent, ad alium quocunque alienationis titulo transferri non poſſint. *l. ult. §. ſed quia noſtra. 2. junctâ Auth. res. quæ ſubjacent. C. communia de legat.* Nihil enim de alienando feudo agitur in ipſo matrimonii contractu: ſed is ſolius matrimonii contracti effectus eſt, quòd per illud filii legitimati in feudum ſuccedant.

336 Tandem contrariæ ſententiæ non ſuccurrit in auxilium hæc ratio: quòd lex duo comprehendens ſubjecta determinabilia ſub una determinatione, utrumque illud ſubjectum æqualiter determinat, *argum. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. & l. quamvis. 4. C. de impuber. & aliis ſubſtitut.* Atqui lex feudalis *in prææallegato titulo 26. §. naturales. libr. 2. feudorum.* duo ſubjecta comprehendit determinabilia: unum eſt de liberis naturalibus; alterum de liberis legitimatis. Ergo duo illa ſubjecta determinabilia æqualiter determinat: proindeque ut de naturalibus filiis generaliter definit, quòd ad feudi ſucceſſionẽ non admittantur: ita definit quoque generaliter de legitimatis filiis, & determinat ſine eorum diſtinctione, quòd ad feudi ſucceſſionem non admittantur. *Nam reſpondetur*: unam determinationem non determinare æqualiter omnia determinabilia, cùm id commodè fieri non poteſt: vel quando diverſa adeſt ratio determinandi, majorve favor debetur uni determinabilium, quam alteri. *Imola & Jaſon in dict. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Alexander. conſil. 179. libro 5. Decius in leg. in teſtamento. 6. num. 8. C. de teſtamento milit. & conſil. 394. num. 3. & Ripa in leg. 1. in princ. num. 68. ff. de verborum oblig. & hoſque citans Menochius conſil 497. n. 6. & 7.* Sed *in d. §. naturales.* una determinatio non ſolum non poteſt commodè determinare utrumque determinabile ſubjectum, ut ſuprà evidenter probatum: verum etiam omnibus notiſſimum eſt, majorem eſſe favorem naturalium, qui per ſubſequens matrimonium fiunt legitimi, quàm qui alio modo legitimantur. *prædicto cap. tanta ex. vn. 6. extr. qui filii ſint legitimi. Et hæc de liberis naturalibus tantùm, iiſque legitimatis.*

 DE

Digitized by Google

DE SUCCESSIONE SPURIORUM, SEU VULGO QUÆSITORUM.

337 ORdo instituti nostri postulat, ut & de jure succedendi spuriorum aliquid adferamus. Spurii licet in latâ & generali significatione omnes appellentur, qui illegitimè nati, & ex illicito quovis coitu suscepti sunt: propriè tamen & speciali nomine dicuntur vulgò quæsiti, sive ex meretrice & vulgari muliere, quæ publice corpus suum libidini prostituit, concepti. *ll. vulgò concepti.* 23. *ff. de stat. hom. l. quique litigandi.* 4. *in f. cum l. seq. ibique Bald. ff. de in jus voc. Ludov. à Sardis in tr. de naturalib. liber. p. 2. in §. de spuriorum appellatione. num.* 1. 2. & 3. *Benedictus de Barziis in tract. de filiis non legitimè natis. num.* 1. *Joan. Grival. in decis. Senatus Dolani* 144. *num.* 6. *fol.* 407. *Schneidewin. hic sub c. de success. spur. seu vulgò quæsitor. & Forster. lib.* 6. *de successionib. cap.* 46. *& paulò fusius exposuimus in* § *si adversus.* 12. *num.* 5. *& seqq. suprà de*
338 *nuptiis.* Spurii autem patri, & aliis per lineam paternam conjunctis, cum patrem certum non habeant, nullo modo: matri verò, quæ semper certa est, ut & ascendentibus per maternam lineam, & quidem cum liberis legitimè natis, rectè succedunt, *d. l. vulgò* 23. *ff. de stat. homin. d. § [illegible] de nupt. l. quia semper.* 5. *ff. de in jus vocand. l.* 2 *[illegible]* 4. *l. Modestinus.* 8. *ff. unde cognati.* §. *novissimè* 3. *ibique Wesenbec. & reliqui Interpretes. infr. de Senatuscons. [illegible] Orfician. Schneidewin. dict. c. de successione spuriorum. num.* 2. & 4. *Covarruvias parte* 2. *relect. de matrimon. capite* 8. §. 5. *numer.* 3. *& seqq. Jul. Pac. in epitom. jur. Disputat.* 11. *thes.* 7. *Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de spuriis & eor. success. pag.* 209. *Tomasius tract.* 2. *cap.* 21. 22. & 23. *fol.* 231. *cum seqq. latè Forster. dict. libro* 5. *de successionib. c.* 47. nisi mater sit persona illustris, quæ alios liberos ex
339 justis nuptiis susceptos habeat. Spurii enim ex illustribus fœminis nati, justis liberis existentibus, neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habitâ, aliquid ab illustribus matribus percipiunt
340 *l. si qua illustris.* 5. *C. ad SC. Orfic.* Cæterùm, justis liberis non extantibus, matribus etiam hoc casu succedunt, sumpto argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum & frequentissimum. *l.* 1. *in princ. vers. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict. Angel. in d.* §. *novissimè. infr. de Senatusconsult. Orfic.* Ratio verò, cur spurii matri illustri penitus non succedant, si legitimos habeat liberos, hæc est; *quia, inquit Imperator Justinianus*, in mulieribus ingenuis & illustribus (quibus castitatis observatio præcipuum debitum est) nominari spurios, satis injurio-
341 sum, satisque acerbum, & nostris temporibus indignum esse judicamus, *dict. l. si qua illustris.* 5. *C. ad SC. Orfician.* Etenim majori pœnâ digni sunt illi, qui in conspicuo & eminentiori loco collocati, & qui aliis exemplo esse debent, delinquunt. *l. presbyteri.* 8. *ad fin. ff. de episc. & cleric.* & juxta illud Juvenalis *Satyra* 8.

Omne animi vitium tantò conspectius in se
Crimen habet, quantò major, qui peccat, habetur.

342 Porrò cùm spurii illustri matri, extantibus aliis liberis justis, non succedant: ex eo consequitur, quod ad aviæ avique materni hereditatem similiter non admittantur, *dict. l. Modestinus.* 8. *ff. unde cognati. Forster. dict. libro* 6.
343 *de successionibus. cap.* 48. *in fine.* Hic quæri poterit non inconvenienter: ecquid filiæ spuriæ dos à patre debeatur?
344 Et deberi, jure canonico sustinetur. Nam dos succedit loco alimentorum, *argum. l.* 1. *ff. soluto matrimon. & l. assiduis.* 12. *C. qui potior. in pign. habeant.* sicque dos & alimenta æquiparantur, *ut innuit gl. in l. ob æs alienum.* 12. *C. de prædiis, & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. Salicet. in l. qui liberos.* 19. *ff. de ritu nuptiar. & Alexand. de Imol. in l. cum is* 32. §. *mulier. ff. de condict. indebit.* imò major est ratio dotis, quàm alimentorum, *tradente Cyno in l.* 1. *C. de alendis liber. & in l. non omni.* 16. *C. de administrat. tutor. & in l. fin. C. de dotis promiss. & eodem Cyno, Baldo, & Salicet. in l. neque mater.* 14. *C. de jure dot.*
345 Alimenta autem jure canonico spuriis debentur, per textum *in cap. cùm haberet.* 5. *in fin. extr. de eo, qui duxit in matrim. quam polluit per adulter.* Jure ergo consequens est: patrem filiam spuriam loco alimentorum modicè dotare, imò ad hoc judicis officio compelli posse, *uti docuerunt Panormitan. consil.* 115. *num.* 1. *in fine volum.* 2. *Peregrin. libro* 3. *de jure fisci cap.* 18. *num.* 56. *Decius consilio* 611. *per totum. Nicolaus Everhardus in Topic. legal. in loc. ab aliment. ad dotem. num.* 4. *Gail. libro* 2. *observation.* 88. *num.* 7. *Reusnerus lib.* 2. *consultation.* 9. *num.* 17. *Matthias Stephani centuria* 3. *quæstione* 7. *ad lit. D. Ioannes Baptista Pontanus de aliment. capite* 2. *num.* 13. *Villalob. in commun. opin. lit. F. num.* 124. *Bertrand. consilio* 210. *num.* 5. *parte* 5. *volum.* 1. & *consil.* 230. *volum.* 4. *Stephanus Ranchinus conclusion.* 232. *part.* 2. *Bernhardinus Bombinus consilio* 15. *num.* 4. & *hos, aliosque referens Martinus Coler. libro* 1. *de aliment. capite* 3. *num.* 56. Adde Davidem Doringium *in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom.* 1. *verb. alimenta fol.* 1402. *& seqq.*

DE SUCCESSIONE LIBERORUM, EX DAMNATO COITU NATORUM.

POstremò sunt liberi, ex damnato coitu (cui scilicet à jure pœna constituta est) procreati: quales sunt liberi, ex incestu, ex adulterio, & nefariis nuptiis suscepti. 346
Bartolus in l. fin. ff. de his, quæ ut indig. auferunt. Heigius hic cap. 5. *n.* 47. *Forster. libr.* 6. *de successionib. cap.* 50. *num.* 1. *Schneidewin. hic in cap. de success. liberor. ex damnat. coit. nator. n.* 1. *Covarruv. p.* 2. *relect. de matrimon. cap.* 8. §. 5. *num.* 15. *& seqq. Tomasius d. tract.* 2. *cap.* 33. *num.* 488. *cum seqq. fol.* 238. *& seqq.* Hi liberi neque patri, neque 347
matri, neque ascendentibus per lineam tum maternam, tum paternam, ab intestato, vel ex testamento, succedere possunt: in tantum, ut jure nostro civili ne quidem alimenta ii à parentibus debeantur. *Novell.* 74. *cap. ult. & Nov.* 89. *c. ult. Auth. ex complexu ubi gl. C. de incestis & inutil. nupt. Petr. Duennas in tr. reg. jur. reg.* 353. *Forster. d. cap.* 50. *n.* 1. & 2. *Covarruv. d. c.* 8. §. 6. *num.* 15. *aliiq; per eum allegati.* Quod tamen non intelligendum est de alimentis, sine quibus ejusmodi liberi vitam amitterent. Id namque apertè esset contra jus naturale: ac proinde manifestè iniquum. Sed intelligendum est de alimentis, sine quibus, vel proprio labore ac industriâ, vel aliquâ aliâ viâ possent vitam conservare, *tradente Ludovico Molina tom.* 1. *de justit. & jur. tract.* 2. *disputat.* 168. *num.* 1. & 3. Eaque de re explicatiùs agunt Illustris Dn. Enenkel *in tract. de privileg. parent. & liberor privileg.* 7. *cap.* 3. *num.* 17. *pag.* 450. *cum seqq.* & Dn. Collega Besold. *in Comment. ad l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 1. *ff. num.* 22. *pag.* 41. Et cum his conferantur, quæ annotavimus *ad princip. tit. supr. de jur. nat. gent. & civil n.* 13. *& seq.* Sanè tutiùs & æquius & humanius est, ut dicamus: filios etiam nefarios ac incestuosos à parentibus alendos esse, non solùm in terris Ecclesiæ. *c. cùm haberet.* 5. *in fine ext. de eo, qui duxit in matrimon. quam polluit per adult.* sed etiam in terris Imperii, *Trentacinq. lib.* 1. *resolut.* 2. *de nothis & spur. & resolut.* 3. *de aliment. n.* 10. *& pluribus confirmatur infrà num.* 361. Pro quâ opinione hoc facit argumentum: Quoad jus naturale seu naturam, omnes homines sunt æquales. *l. quod attinet.* 32. *ff. de reg. jur.* At de jure naturali est, ut pater alat liberos, ex se natos, *per d. princ. tit. supr. de jur. nat. gent. & civil.* 1. § *jus naturale.* 3. *ff. de justit. & jur.* Ergo etiam incestuosos alere debet: cum & hi ex eo sint nati. Deinde jus civile, licèt interdum à jure naturali recedat. *l. jus civile.* 6. *ff. eod.* tamen id prorsus tollere & intervertere non potest. § *sed naturalia.* 11. *supr. de jur. nat. gent. & civ. l.* 2. *ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt.* At verò alimenta liberis jure naturali debentur. *d. princ. Instit. de jur. nat. gent. & civil. l. final. C. de alend. liber.* Ergo prorsus ea auferri liberis, etiam incestuosis, non possunt. Quin si parentes occidere non debent ullo jure liberos incestuosos: conveniens & consequens est, quòd eos alere omnino debeant. Eos quippe occidunt, si non alunt. *l. necare.* 4. *ff. de agnoscend. & alend. liber.* At verùm prius. Ergo & posterius. Ita sentit Quirinus Kubach. *cent.* 2. *quæstion. illust.*

Digitized by Google

Iluſt. politico-juridicar. decur. 4 quæſt. 5. pag. 365. Adde
Gregorium Lopez lib ſingul. animadverſ. jur. civil. cap. 32.
348 num. 10. & Joachimum Cluten. lib. 1 diatrib. ... Juſti-
nian. 2. quæſt. 7. Sed hic dubitatur, ſi maritus ex ſoluta mu-
liere prolem ſuſtulerit ; an damnatus hic quoque coitus
cenſeatur, & exinde ſuſcepti liberi ſucceſſionis incapaces
exiſtimentur ? Et tametſi id negare quidam, minime ve-
rentur: eò quòd ille coitus pro adulterio non ſit habendus,
nec per legem exteriorem pœna aliqua tali puniatur. arg.
l. 1. C. ad leg. Jul. de adulter. Paulus Caſtrenſ. conſil 34. n.
4. volum. 2. Alexander conſilio 139. vol. 1. Cravett. conſil.
166. colum. 1. & Socinus conſil. 148. colum. 2. vol. 1. at-
tamen contrariam ſententiam veritati magis conſonam eſ-
ſe, meritò alii cenſent. Etſi enim illi conjunctioni adul-
terii pœna non eſt ſtatuta : ſtupri tamen ſufficit , ut pro
damnata habeatur : quemadmodum, poſt Angelum Aretin.
in §. noviſſimè, num. 22. Covarruv. dict. §. 5. num 16 alioſque
tradit Palæotus in tract. de nothis ſpuriiſque fil. c. 42. num. 1. &
ſeqq. Et licet idem Palæotus ibidem num. 4. hactenus id
procedere putet , quatenus non obſcura viliſque eſt mu-
lier quam maritus præter uxorem, cognovit; utpote cu-
jus concubitus jure civili non punitur. l. qua adulterium.
349 29. Cod. ad leg. Jul. de adulter. attamen quia jus canonicum
(cui in materia peccati ſtandum eſt, cap. 1. ibique Dd. extr.
de novi operis nuntiat. hujuſmodi conjunctionem injuſtam
pronunciat, can. nemo. 32. quæſtion. 4. can. non mœchabe-
ris. can præcepit. cum ſeqq 32. quæſtion. 5. can. ſi ductori.
& ſeqq. 32. quæſtion. 6. Schardius conſilio criminal. 3. num.
4. & ſeqq. vix eſt, ut media iſthæc opinio ſuſtineri poſſit:
præſertim cùm non ſolum ex hujus Ducatus Würtem-
bergici, ſed & aliarum provinciarum conſtitutionibus &
moribus , talis concubitus, cum ſoluta etiam muliere
factus , damnetur, acriterque coerceatur , atteſtante Hei-
gio hic d. c. 5. n. 149.
350 Cæterum, utrùm liberi ex damnatis complexibus pro-
geniti , ſicut aſcendentibus non ſuccedunt ; ita etiam à
ſucceſſione transverſalium, & contra, transverſales ab eo-
rum ſucceſſione excludantur non uſque adeo expeditum
eſt: Et omninò rejecta Petrutii Peruſini & Cornei in l. ſi
qua illuſtris. 5. C. ad Senatuſconſultum Orfitian. Curtii Ju-
nioris conſil. 123. aliorumque erronea opinione excludi, re-
ſponderunt Alexander conſil. 174. libr. 5. Decius conſil. 311.
Johannes de Anania conſil. 94. Forſterus dict. lib. 6. de ſucceſ-
ſionib. cap 50. concluſ. 5. num. 12. & aliquot ſeqq. hoſque ſecu-
tus Fachinæus libro 6. controverſ. jur. cap. 10. Matthias Ste-
phani cent. 3. quæſt. 8. & Paulus Berens diſp. 8. ad Inſtitut.
them. 1. quæſt. 9. commoti ſequentib. præcipuè argumentis.
351 I. Sublato fundamento, ut corruat ædificium neceſſe eſt.
l. ègi. 26. ff. de except. rei judic. l. nam. origo. 8. ff. quod vi
aut clam. can. cùm Paulus. 1. q. 1. Natus autem ex da-
mnato coitu, filius nominandus non eſt, nec reſpectu pa-
tris, nec matris. d. Auth. ex complexu. C. de inceſt. & inutil.
nupt. argumento l. final. C. de indicta viduit. tollend. Ergò
ſimiliter nec frater , nec patruus invenietur. Quamvis
enim natura hoſce natos ex complexu nefario , filios eſſe
dictet, & pro filiis agnoſcat : quoad legis tamen diſpoſitio-
nem , prorſus pro incognitis habentur & reputantur. d.
352 Novell. 74. cap. ult. & dict. Novell. 89. cap. ult. II. Succeſſio
defertur ordine ſucceſſivo, argum. l. 1. §. qui ſemel. ff. de ſuc-
ceſſor. edicto. Aſt hic deeſt initium ſucceſſionis : quia
matri non ſuccedunt. Multò igitur minùs collateralibus,
quibus per matrem conjunguntur, ſuccedent. argum. Auth.
353 multò magis. Cod. de SS. Eccleſ. III Sine lege loqui erube-
ſcimus. Novell. 18. cap. 5. Nulla autem lege ſucceſſio in-
ter liberos , ex damnato coitu ſuſceptos, ac parentes , &
etiam collaterales permittitur. dict. Novell. 89. c. ult. cum ju-
ribus ſimilibus prallegatis Cùm ergò nec civili, nec præto-
rio, nec alio jure illis communicata ſit ſucceſſio: quo ju-
re quis dixerit , illos aliquem ad transverſalium heredi-
tatem capiendam habere acceſſum ?
354 Huic deciſioni non adverſatur reſponſum Caji in l. 2.
& Ulpiani in l. ſi ſpurius. 4. ff. unde cognati. Ille quidem
ait: vulgo quæſiti liberi matris, & mater eorum liberorum,
item ipſi fratres inter ſe , ex parte bonorum poſſeſſionem pe-
tere poſſunt : quia ſunt invicem ſibi cognati. Hic verò in-
ter cætera inquit : Si ſpurius inteſtato deceſſerit : proximi-
tatis nomine mater ejus, aut frater eâdem matre natus , bo-
norum poſſeſſionem eius ex edicto petere poteſt. Hæc, in-
quam , Caji & Ulpiani reſponſa deciſioni noſtræ non ad-
verſantur ; quia de iis loquuntur ſpuriis, qui vulgò con-
cepti , ſive quæſiti ſunt: non item de iis , qui ex damnato
coitu deſcendunt. Licet enim vocabulum ſpuriorum gene- 355
rale ſit, ut ſupra explicatum. n. 337. propriè tamen intelligi-
tur de illis, qui vulgò ſunt quæſiti ſeu concepti, prædicta l.
vulgo concept. 23. ff. de ſtat. homin. qui matri , & ex matre
fratribus ſuccedunt, d. l. 2. & 4. ff. unde cognati. §. vulg. quæſi-
tos 4. inſt. de ſucceſſ. cognator. Et ſanè generaliter, quoties-
cunque leges de ſpuriis, ad ſucceſſionem admittendis, ver-
ba faciunt : accipi debent de vulgò quæſitis. Siquidem 356
verba propriè, & ſecundùm communem loquendi uſum
intelligenda ſunt, l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. l. ult. C. de his,
qui veniam ætatis impetraverunt.
Pariter non obſtitit, quòd natura hos fratres nefarios 357
jure ſanguinis conjunxerit : cùm uno eodemque ventre
geſtati ſint, & una eademque ubera ſuxerint : proindeque
illis ſaltem bonorum poſſeſſio unde cognati, dari debeat, l.
non facilè. 4. §. cognationum. 2. verſ. & quidem naturalis ff. de
gradib & affinib. Nam illud quidem negari non poteſt: ve-
rum lex ipſa, odio effrænatæ libidinis, quod ſucceſſiones,
quæ juris civilis ſunt, effectum iſtius conjunctionis natura-
lis impedire & infringere voluit, d. Novell. 74. c. ult. ubi Ju-
ſtinianus, Eos, inquit, qui ſemel ex odibilibus nobis, & pro-
pterea prohibitis nuptiis procedunt , neque naturales vocari,
neque participanda eis ulla clementia eſt : ſed ſit ſupplicium
etiam hoc Patrum, ut agnoſcant : quia neque quicquam pec-
catricis concupiſcentiæ eorum habebunt filii , & d. Novell.
89. c. ult. ubi idem Juſtinianus, primum quidem, ait, omnis,
qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut ne-
fariis, aut inceſtis, aut damnatis proceſſerit : iſte neque natu-
ralis nominatur , neque alendus eſt a parentibus, neque habe-
bit quoddam ad præſentem legem participium.
Nihil quoque obſtat : quòd, licèt liberi inceſtuoſi & ne- 358
farii à parentum ſucceſſione, per noviſſimum jus Juſtinia-
neum repellantur nulla tamen ſit lex, aut conſtitutio, quæ 359
à ſucceſſione fratrum , & aliorum transverſalium eos di-
ſertè excludat : ac proinde quadam argumentatione ab ea-
dem ſucceſſione removeri non debeant : præſertim cùm
pœnalia jura reſtringi, & favores ampliari conveniat, c. odia.
15. de regul. jur. in 6. Etenim ceſſante cauſa, ceſſat ipſe effe-
ctus, l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. c. etſi Chri-
ſtus. 26. circa fin. ext. de jurejur. c. cùm ceſſante. 60. ext. de ap-
pellat. c. cùm infirmitas. 13. ext. de pœnitent. & remiſſ. fuſiſſi-
mè Tiraquell. in tract. ceſſante cauſa, ceſſat effect. in princ. n.
11. & ſeqq. Hic autem ceſſat cauſa ſucceſſionis , nempe
cognatio vel proximitas inter matrem & filium : tum quia
Juſtinianus ejuſmodi liberos indignos & nomine filiorum
naturalium, & omni clementiá pronunciavit, d. Novell 74.
c. ult. tum quia pater & mater ſunt fons & origo, ex quá ju-
ra conſanguinitatis & proximitatis oriuntur, qui fons cùm
illis deſit, nullum habent medium, ex quo gradum cogna-
tionis deducere poſſint. Ceſſabit igitur omnis in ulterio-
ribus quoque ſucceſſio.
Denique nihil urget, quòd fratres, & alii transverſales 360
non peccaverint : ſed parentes tantummodo , ex quibus
tales filii procreati ſunt: atque ideo non illi, ſed hi plecten-
di veniant : cùm ſuos pœnæ auctores comitari debeant, l.
ſi pœna. 20. & l. crimen. 26. ff. de pœnis. l. ſancimus. 22. C. eod.
tit. Quanquam enim illi non deliquerunt : odio tamen pa-
rentum (qui digni ſunt hac pœná, ut filios omni ſanguinis
jure deſtitutos eſſe ſentiant) omninò pro extraneis haben-
tur Et licèt non ineptè objiciatur, ex eo, quòd filii a ſucceſ-
ſione parentū excludantur, non protenus conſequi, quòd
etiam à mutuá inter ſe ipſos ſucceſſione arceantur: tamen,
quando filii a ſucceſſione parentum idcirco repelluntur ,
quòd jura conſanguinitatis & cognationis eis prorſus de-
ſint: non malè inde infertur, eos omni jure & gradu , ex
quo ſucceſſio defertur, inter ſe quoq; ſpoliatos & deſtitu-
tos cenſeri: quemadmodum id prolixius declarat Forſterus d.
lib. 6. de ſucceſſ. c. 50. num. 12. & multis ſeqq.
Utcunque autem liberi ex damnatis complexibus nati, 361
de jure civili & parentum ſucceſſione & alimentis indigni
judicantur d. Auth. ex complexu. C. de inceſt. & inut. nupt. d.

tulo 6. Episcopum vel Abbatem. in verb. feudum. lib. 1. feudorum.

278 Non refragantur textus, qui volunt, in legitimatione affectionem concubinalem continuatam, esse transmutandam in maritalem. *l. cùm quis. 16. ibi, postea autem ex eadem affectione. & l. seq. C. de natural. lib. Novell. 89. cap. 8. vers. affectus enim circa filios, &c. cum similibus.* Nam ope fictionis censetur nostro in casu eadem affectio, cùm verbum *postea*, *in d. l. cùm quis. 10. C. de natural. liber.* verificetur etiam posito aliquo intermedio, *argum. l. 1. in princ. ubi Doctores. ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt.* Nihil quoque obstat, quòd appellatione nuptiarum in jure nostro veniant primæ tantùm, non secundæ. *l. cùm pater. 77. §. pater certum. 9. ff. de legat. 2. l. dotis promissi. 66. in fin ff. de jure dot. cum similibus.* Etenim respondetur: hoc tantùm secundùm quid verum, cæterùm absolutè falsum esse: cùm utique secundæ sint nuptiæ: & aliàs, nec liberos post primam uxorem natos ex concubinâ legitimari posse, sequeretur. Sed & *in d. l. 68.* ideo dicitur, dotis promissæ obligationem extingui, si aliæ nuptiæ intercesserint: quòd quicunque intuitu certæ mulieris, quam Titius ducturus erat, dotem promisit, tacitè promisisse videatur, si nuptiæ cum illâ ipsa muliere statim sequantur. Nec quicquam aliud ex illo textu ad hanc rem inferri potest, quàm, promissionem Titio factam super dote, si concubinam duxerit; aliâ uxore ductâ extingui: neque reviviscere, si postea Titius concubinam ducere velit: intermedium autem matrimonium impedire legitimationem, qui proprius est nuptiarum effectus, male inde infertur. Reliqua, quæ nostram hebetare videntur assertionem, satis refellit Forsterus *dicto loco*, & Antonius de Rosell. *dict. tract. de legitimat. tit. de causa materiali legitimat. n. 56. & seqq.* itemque Reinhardus Bachovius *in suis not. ad vol. 2. Treutleri. disput. 16. th. 2. lit. A. pag. 1004. & seq.* Porrò an & quatenus per conjugium subsecutum legitimatus jure primogenituræ gaudeat, accuratè explicant, *post alios*, Tiraquellus *in Comment. de jure primigen. quæst. 34. num 3. cum multis seqq, Molin. dict. Commentar. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gl. 1. num. 34. cum seq. Hunnius lib. 3 var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 27. Nicol. Betsius in tract. de pactis famil. illustr. c. 9. pag. 575. D. Collega Besoldus lib. 1. de regiâ success. dissertat. 9. num. 8. & seq. & novissimè D. Martin. Rümelin. in dissertat. 6. ad Aur. Bull. th. 13.*

279 (see above: *lit. A. pag. 1004.*)

280 Cæterùm legitimati per rescriptum Principis tum demum parentibus suis succedunt, si justi & legitimi liberi deficiant. *l. imperialis. 23. Cod. de nupt. d. Nov. 89. c. 9.*

281 At ut Imperiali rescripto naturales liberi efficiantur legitimi, tria cumprimis conjunctim requiruntur: I. Ut matrem illorum liberorum conjugem habere pater nequeat. *d. Nov. 89. c. 9. Bocer. in tract. de regalib. cap. 2. num. 69. Gail. libro 2. observat. num. 3. Forster. d. libro. 6. de successionibus. cap. 33. num. 19.* II. Ut alios liberos legitimos non habeat. *Novell. 74. c. 2. & d. Novell. 89. cap. 9. Jason. ad leg. Gallus. 29. §. & quid, si tantùm. num. 107. ff. de liber. & posth. Antonius Gabriel. Roman. d. lib. 6. commun. conclus. tit. de legitimat. conclus. 6. Vultejus. libro 1. Jurisprud. Rom. cap. 23. num. 12.* III. Ut ipsi liberi naturales in sui legitimationem consentiant, *d. Nov. 89. c. 11. Carolus Topia in Commentar. ad Rubr. ff. de constitut. c. 5. num. 46. huncque referens D. Bocerus dicto loco.* Videatur etiam Petrus Friderus Mindanus *de processib. Camer. lib. 3. cap. 12. num. 3.* ubi, quid in supplicatione pro impetranda legitimatione narrandum sit, breviter ostendit. Enimverò naturales liberi, ad supplicationem patris, etiam extantibus liberis legitimis & naturalibus, adjectâ hac clausulâ, *non obstante, quod liberi legitimi supersint*, legitimati per Principem, cum legitimè natis succedere possunt, *arg. l. 2. & 3. ff. de natalibus restituend. & l. 2. in fin. C. de jure aur. annul. & de natalib. restit. Jas. in l. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num. 96. ff. de liber. & posth. Alexander consil. 188. num. 24. vers. non obstat. & c. borcholt. d. tract. de gradib. pag. 204. Gail. lib. 2. observat. 142. n. 8.*

282 In disceptationem hic illud vocatur: nunquid, si pater (legitimatione liberorum naturalium per Imperatorem
factâ) uxorem ducat, & ex eâ liberos legitimos suscipiat,
legitimatio revocetur, & irrita fiat? Negantium opinio-
nem juri consonam esse, ex sequentibus præcipuè ratio-
nibus constat. I. Quia ea, quæ legitimè & ritè constitu- 283
ta sunt, durant: licèt ille postea extiterit casus, à quo ini-
tium capere non potuerunt. *l. in ambiguis. 85. §. de regul.*
jur. cap. factum. 73. de regul. jur. in 6. idque maximè in
beneficiis, ut est legitimatio, locum habet, *cap. decet.*
16. eodem tit. in 6. II. Quia filium temporalem habere, 284
absurdum est: velut ex mente Labeonis respondit Paulus
JC. in leg. quæsitum. 34. ff. de adoptionibus. Cujac. in Com-
mentar. in lib. 11. quæstion. Paul. pag. 234. III. Quoniam 285
perfectum quod est, ex postfacto irritum fieri aut revo-
cari non debet, *l. si ut proponis. 3. C. de confirmando tu-*
tore. l. sancimus. 25. vers. non enim debet. C. de adminis-
tratione tutor. &c. IV. Quia legitimatio, per subsequens 286
matrimonium facta, non constituitur irrita, quantum-
vis postea patri liberi legitimi nascantur, *d. Nov. 74. in*
præfat. §. sancitum namque est. & d. Novell. 89. cap. 8.
V. Quia certi, jureque definiti sunt modi, quibus liberi 287
à nexu patriæ potestatis liberantur, *l. patre. 8. ff. de his,*
qui sui, vel al. juris sunt. tot. tit. supr. quibus modis jus patria
potestat. solvit. Quibus tamen nusquam legitimorum libe-
rorum nativitas connumeratur. Atque hanc sententiam,
tanquam communem & veram, suis suffragiis compro-
bant *Decius consil. 307. incip. viso puncto. colum. final.*
vers. quartò non obstat. & consil. 576 pro resolutione. col. 1.
in princ. vol. 3. Matthæus Gribald. in communib. opinionib. in
verb. legitimatus. vers. legitimatio. Joan. Fichard in addit. ad
Baptist. à Villalobos in communib. opinionib. lit. L. num. 83.
& latè Tiraquell. ad l. si unquam. in verb. donatione largi-
tus. num. 282. & seqq. C. de revocand. donat. Quòd au- 288
tem idem Tiraquellus *ibidem num. 308. & seqq.* prædi-
ctam sententiam eo duntaxat casu procedere existimat,
quo pater & Princeps in ipsa legitimatione cogitârunt de
futuris liberis, non item eo casu, quo de liberis legitimis
non cogitaverunt: *& n. 316. & seqq. ex quorundam Dd.*
traditione subjicit, etiam hoc posteriore casu legitima-
tionem, quoad patriam potestatem, honores, & dignita-
tem, privilegiaque familiæ omninò consistere ac durare:
sed quoad jus succedendi, quod solis postea legitimè natis
liberis competat, irritam fieri; id sanè à juris ratione pror-
sus alienum, adeòque minimè ferendum judico, *cum*
D. Collega Bocero in dict. tractat. de regalib. c. 2. n. 75.
Tum quia legitimationis effectus patria potestas censetur, 289
d. Novell. 74. cap. 1. ibi, & suos de cætero, & sub potesta-
te habere. & c. 2. in pr. ibi, ut sub potestate ejus consistant.
& d. Nov. 89. c. 9. Atqui patriæ potestatis effectus est, jus
succedendi in bona defuncti patris. *§. 1. §. emancipati. 9.*
& §. sed ea omnia. 14. infr. hoc tit. Cùm ergo patria po-
testas in liberos legitimatos duret, licèt ipsi postmodum
patri nascantur liberi legitimi: certè jus etiam illud succe-
dendi in hereditatem patris durabit. Tum quia liberi, 290
per rescriptum Principis legitimati, nihil à legitimis libe-
ris differre dicuntur, *per modò allegatam Novell. 74. c. 2.*
in princip. ibi, nihil à legitimis filiis differentes. & d. Nov.
89. c. 9. in fine. Quare unà cùm legitimis liberis, postea
natis, in patris hereditatem meritò succedunt. Tum quia 291
naturales liberi per hunc legitimationis modum restituun-
tur & naturæ, & antiquæ ingenuitati, & juri legitimo,
dict. Novell. 74. c. 2. in princ. & dict. Novell. 89. cap. 9 §.
sit igitur. 1. Hoc igitur jus ipsis acquisitum, eis invitis non
debet auferri, ne quidem per emancipationem à patre fa-
ctam, *dict. Novell. 89. c. 11. in princ. l. id, quod nostrum.*
11. ff. de reg. jur. Tum etiam quia pœna est noxæ sive de- 292
licti vindicta. *l. aliud fraus. 131. ff. de verborum significa-*
tione. Nihil autem delinquunt legitimati liberi facto pa-
tris, ad secunda vota transeuntis, legitimosque liberos ju-
sta ex conjuge suscipientis. Neque ergo privatione juris
succedendi puniendi erunt. Tum postremò quia nullâ
lege aut constitutione jus succedendi in paternam heredi-
tatem ademptum est liberis legitimatis, eo casu, quo post
legitimationem patri liberi legitimi nati sunt. Ergo, cum 293
sine lege loqui erubescamus, *Novell. 18. cap. 5. in princ.*
nec nos id dicere debemus. *l. ab ea parte. 5. in princ. ff.*
de probationib. & l. illam merito. 19. vers. superstitibus qui-
dem.

dem. ibi, eò quòd nulla constitutio super hujusmodi collatione posita esset. C. de Collationib.

294 Nec imminuit decisionem nostram: quòd legitimatio per imperiale rescriptum fieri nequeat, si pater jam justos & legitimos liberos habeat, *d. Novell. 74. cap. 2. dict. Novell. 89. cap. 2.* Nam justi quidem & legitimi liberi ante legitimationem procreati, impediunt legitimationem futuram: ac post eam ritè factam nati, ipsam non tollunt, & ne

295 quidem quoad successionis effectum. Factum n. legitimè retractari non debet, licèt casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari. *d. cap. factum. 73. de regul. jur. in 6. dict. l. in ambiguis. 85. §. 1. ff. de regul. jur.* Hinc quamvis furor,

296 & sponsalia, & matrimonium contrahendum impediat: contracta tamen sponsalia, aut matrimonium alterutrius sponsi vel conjugis, non dissolvit aut infirmat, *l. furor. 8. ff. de sponsalib. & l. patre furioso. 8. in princip. vers. nam furio-*

297 *sus ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.* Hinc etiam licèt cœcus ad novum magistratum aspirare penitus prohibeatur: attamen cœptum ante cœcitatem magistratum retinet, *l. 1. §. secundo loco. 5. vers. sed melius esse. ff. de postulando.* Quapropter & legitimatio, per rescriptum Principis ritè facta, non revocatur; tametsi patri post legitimationem liberi justi nascantur.

298 Nihil item conclusioni nostræ obloquitur regula illa vulgata: quòd ea, quæ ab initio constiterunt, corrumpi & irrita fieri dicantur, cùm eum in casum recidunt, à quo incipere non potuerunt, *l. existimo. 98. in fine principii. ff. de verborum obligationibus. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. 3. in fin. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. & similib.* Præterquam enim quòd non omnium, sed quorundam solummodò Juris auctorum opinio fuit; ea, quæ rectè constiterunt ab initio, resolvi; si in eum pervenerunt casum, à quo initium sumere non potuissent, *d. l. existimo. 98. in princ. vers. & maximè secundùm illorum opinionem. ff. de verborum obligat.* sciendum etiam est, hanc regulam non in omnibus, sed iis duntaxat casibus esse veram, quibus res, quæ agitur, eo tempore, quo agitur, ultimum finem ac effectum non sortitur, *ut jam suprà di-*

299 *ctum est num. 242.* Unde in servitutis promissione non constituitur perfectè ipsa servitus: sed tum demum, cùm planè acquiritur, & prædiis imponitur. Licèt proinde stipulatio servitutis sit utilis: perimitur tamen & resolvitur, si tempore quo acquiritur, sive prædio imponitur, casus aliquis existat, quo in stipulationem deduci non potuisset, *d. l. existimo. 98. in princ. & l. si sub una. 136. §. 1. ff. de verborum obligationibus. & dict. l. pro parte. 11. in fin. ff. de servitutibus.* Sic si res in stipulationem deducta, tempore stipulationis sit in commercio hominum; sed ante traditionem in hominum commercio esse desinat: inutilis efficitur, extinguiturque stipulatio: cùm ea ultimum suum finem & effectum tempore primum traditionis consequatur. *2. idem juris. 2. vers. item contrà. infr. de inutilib. stipulationib.*

300 Cæterum altera regula, pro stabiliendâ decisione nostra *suprà num. 295.* allata & proposita *in dict. leg. in ambiguis. 85. §. 1. ff. de regul. juris & dict. capit. factum. 73. de regulis juris in 6.* in his procedit speciebus, quæ eo, quo aguntur, tempore confestim ultimum suum finem & effectum sortiuntur: quo tempore, si utiliter & legitimè fiant, durant; quanquam postea in eum inciderint casum, à quo initium capere non potuerint. *Cujac. in Commentar. in libr. 12. respons. Papin. pag. 517. & seq. Decius ad dict. leg. in ambiguis. 85. §. 1. num. 2. ff. de regulis juris. aliique superiùs allegati, num. 242.* Hinc servitutes, quæ jure acquisitæ sunt, prædioque impositæ, ex accidenti & ex post facto intercidere non possunt, *l. penult. §. ult. ff. de verborum obligation.* Simili ratione jus acquisitum eo tempore, quo utiliter acquirebatur, subsequens tempus corrumpere nequit, licèt eum inciderit in casum, unde initium capere non potuit. *l. 1. §. ult. ff. de itinere, actuque privato. l. si de eo fundo. 40. §. penult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Quocirca cùm ipsa legitimatio ultimum finem & effectum suum tempore legitimationis statim consequatur; quem finem & effectum esse patriam potestatem, *d. Novell. 74. cap. 1. & 2. & dict. Novell. 89. capite. 9.* hujus verò effectum esse jus succedendi in futuram hereditatem patris, docuimus suprà *n. 231.* quamvis postmodùm justi liberi patri agnascantur, sicque legitimatio in eum reciderit casum, à quo inchoari nequivit; ejus tamen finis & effectus ampliùs non corrumpitur.

Præterea nullum contrariæ opinioni adfert patrocinium: quòd jus filiationis separatum est à jure successio- 301
nis: si quidem quis hereditati patris renunciare, & nihilominus ejus filius manere possit: & licèt filius ab hereditate patris sit exheredatus, filius tamen ejus esse non desinat. *Etenim* separatio isthæc fit aut voluntate filii, ut in renunciatione; aut filii ingratitudine, ut in exheredatione. In proposito autem themate agitur de legitimatis liberis, qui nec hereditati paternæ renunciant, nec ullius ingratitudinis argui possunt: proindeque nec à patre exheredantur, *ut rectè respondit D. Bocerus in prææallegato Tract. de regalib. cap. 2. num. 86. in fine pag. 96.* De eâdem controversiâ in utramque partem differit Ludovicus Molina *tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disput. 173. num. 28.*

Trahitur in quæstionem ancipitem & illud: Num agna- 302
torum & cognatorum, qui post liberos legitimos successuri sunt, consensus sit ad hanc legitimationem necessarius? Et eum non esse necessarium, sanior & receptior doctrina est. Tum quia neque *d. Novell. 74. neque d. Novella. 89.* (quæ utraque de hac legitimatione, ejusque requisitis agit) uspiam agnatorum vel cognatorum consensum desiderat. Tum quia agnatis & cognatis nullum in bonis agnati & cognati adhuc viventis jus est quæsitum: siquidem is, exclusis illis, etiam extraneæ honestæ personæ bona sua testamento relinquere possit, *l. fratres vel sorores. 27. C. de inofficioso testament. arg. l. 1. in re mandata. 21. C. mandati.* Tum quia cùm adoptio fit, non est necessarius in eam rem 303
agnatorum & cognatorum consensus, *respondente Celso in l. cùm adoptio. 7. ff. de adoptionib.* Tum denique, quia pater qui nullam prolem legitimam aut parentes habet, naturalibus suis liberis universam suam substantiam vel ultima voluntate, vel inter vivos relinquere potest, *d. Novell. 89. c. 12. §. si verò filios non habuerit. & Auth. licèt. C. de naturalib. liber.* Et hanc sententiam firmant probantque *Jason. in l. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num. 130. ff. de liber. & posthum. Decius. consil. 55. num. 2. cons. 338. num. 2. & cons. 376. num. 6. Anton. Gabriel. Roman. lib. 2. commun. conclus. tit. de citation. conclus. 1. num. 143. Antonius de Rosellis in tract. de legitimat. lib. 1. tit. de caus. formali legit. n. 11. Capra consil. 2. colum. 4. & 5. Bursatus cons. 10. n. 5. vol. 1. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. liberor. per rescript. Princ. legitimator. pag. 202. Gail. lib. 2. obs. 142. num. 1. & 2. Forster. lib. 6. de successionib. cap. 33. num. 26. Adam. Keller. in tract. de jure succed. ab intest. tit. 7. num. 4. Molina. d. tract. 2. disput. 174. Domini Collega Andreas Bayer & Christ. Besold. part. 5. consil. 199. num. 40. & seqq. aliique plures. ab his designati.*

Nec quicquam ad rem pertinet, quòd agnati & cognati 304
succedant in bona agnati & cognati sui, sine liberis justis defuncti: atque ita jus quoddam in spe ipsis sit quæsitum. Nam jus in spe, quod quis habet, considerabile non est, *ut tradunt Bartolus, Crotus, Jason, & alii ad d. l. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. ff. de liber. & posthum. hosque referens D. Bocerus d. tract. de regalib. c. 2. num. 88. & seqq.* ubi propositam quæstionem accuratiùs & copiosiùs examinat: nec non *num. 93.* contra alios speciosis rationibus ostendit: legitimatos per rescriptum Principis succedere etiam ipsis cognatis intestato mortuis, licet illi legitimationi non consenserint.

Est & hæc nobilis, contrariisque Doctorum opinionibus 305
involuta quæstio: utrùm liberi naturales, per rescriptum Principis, vel Comitem Palatinum, legitimandi potestatem indubitatè habentem, legitimati comprehendantur statuto excludente fœminas, extantibus masculis naturalibus & legitimis? Et quamvis multi id affirment. *Baldus in l. eam, quam. 14. & Jason. in l. cùm acutissimi. 30. col. 2. vers. breviter. C. de fideicommissis. Castrens. in l. sed si hac. 10. §. patronum. ff. de in jus vocand. & in l. si ita quis. 5. §. ult. ff. de legat. 2. & cons. 226. dicendum est. lib. 1. Ant. Roseu. d. lib. 1. de legitim. tit. de causa final. legitimationis, num. 4. Alexand. cons. 2. num. 11. & cons. 94. colum. 2. vers. secundò. lib. . Berous consil. 14. num. 2. & consil. 174. num. 10. lib. 2. Curt. junior consil.*

Digitized by Google

consil. 53. num. 10. Albert. Brunus in tract. de statutis fœminas à successione excludentib. artic. 12. q. 4. num. 10. Gozadinus cons. 6. num. 38. & cons. 85. num. 26. Alciatus respons. 307. num. 2. Parisius consil. 55. num. 10. lib. 3. Covarruv. in Epitom. in 4. libr. Decretal. secund. part. cap. 8. §. 8. num. 3. Decianus cons. 3. num. 86. lib. 1. Bursatus consil. 85. num. 12. & cons. 89. num. 22. Menochius cons. 227. num. 35. & cons. 266. num. 9. Paul. Æmil. Gall. d. tract. de except. part. 1. tit. 1. except. 3. n. 2. & seqq. fol. 60. Hieronymus de Cavallos in Specul. aur. opinion. commun. contra commun. q. 2. n. 15. & seqq. aliique quos isti citant: conclusionem tamen negatam veriorem, & judi-
306 cio Cameræ Imperialis meritò approbatam esse, reor. Etenim legitimatio, quæ fit per rescriptum Principis, extantibus liberis naturalibus & legitimis, odiosa, jureque prohibita censetur: proindeque eo casu illegitimi jus liberorum legitimorum rescripto principali non consequuntur. Idque manifestè probatur *per Novell. 74. cap. 2. in fin. vers. omnino enim, &c. & Novell. 89. c. 11. §. 1. vers. omnino enim legitimis, &c.* ubi dicitur, tunc per rescriptum filios legitimos effici, cùm alii legitimi non extant: si verò extent, legitimos fieri posse per oblationem curiæ, vel per matrimonium, non autem per rescriptum. Si ergo jus legitimorum filiorum isti non habent per rescriptum neque fœminas excludere possunt, quas soli filii legi-
307 timi & naturales excludunt. Nec obstat, si objiciatur, fieri posse, ut, etiam filiis legitimis existentibus, naturales filii ab Imperatore legitimentur, *ut suprà indicatum n. 281.* atque adeò hoc casu filiæ excludantur. Nam primò sententia nostra nititur tantùm lege Justiniani scriptâ, cui tenaciter inhærendum: non autem iis, quæ de facto servantur. Deinde respondetur, tales legitimatos hoc quidem consequi, ut Imperiali beneficio legitimi efficiantur; & unà cùm fœminis ad successionem æqualibus partibus
308 admittantur: non verò ut eas penitus excludant. Ex regulâ namque generali rescriptum Principis ita accipiendum est, ut aliis non præjudicet. *l. 2. ff. de fluminib. ne quid in flum. &c. l. 2. & l. rescripta. 7. C. de precib. Imperatori offerend.* Atque ita sentiunt *Antonius de Butrio in c. tanta. 6. &c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi. num. 16. Socinus senior. in d. l. Gallus. 29. §. & quid si tantum. n. 27. ff. de liber. & posthum. & cons. 346. lib. 2. Curtius senior cons. 13. & cons. 16. & cons. 35. & cons. 74. Angel. consil. 76. Ludovicus Bologninus cons. 58. Cephalus cons. 78. lib. 1. Prosper Pasethus cons. 71. Guido Pancirolus cons. 59. n. 68. Ludovicus de Molina lib. 3. de Hispan. primogeniis. c. 2. num. 7. & cap. 5. num. 75. Grassus tit. de success. ab intestato. q. 19. n. 12. Portius Imolensis cons. 106. num. 89. Albanus in lucubrationib. ad Bartol. in d. l. Gallus. 29. §. & quid, si tantum. num. 22. ff. de liber. & posth. Tiraquell. ad l. si unquam. in verb. susceperit liberos. num. 98. C. de revoc. donat. Guilielmus Benedictus in c. Raynutius. 16. in verb. duas habent uxores. num. 148. ext. de testament. Ruinus cons. 84. num. 3. lib. 3. Molinæus in consuetud. Parisiens. rubr. 1. §. 8. gl. 1. num. 50. Mynsinger. cent. 3. obs. 26. circa finem. Gail. lib 2. obs. 140. num. 6. Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de success. liber. per rescript. princ. legitimator. pag. 205. Doctor Marta tom. 4. digestorum novissimorum. tit. legitimatus. cap. 3. fol. 83. Forster. lib. 6. de successionib. cap. 37. num. 35. Andr. Gerhardi decad. 11. q. 4. circa fin. Fachinæus lib. 6. controversiar. jur. cap. 1. Rittershus. in d. exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 6. num. 9. & Keller. d. tract. de jure succed. ab intest. tit. 7. num. 20. aliique ab illis recensiti.*

309 Quæri & illud non inconvenienter hic poterit: ecquid, ut liberi naturales, ex concubinâ progeniti; ita & spurii & cæteri, ex illicitis atque prohibitis conjunctionibus orti *(de quorum successione inferiùs num. 337. & seqq. agetur)* rescripto Principis legitimari valeant? Franciscus Accursius sanè *in d. Novell. 89. cap. ult. in verb. participium & in l. 1. verb. rescripti (ubi & Gothofredus) C. de naturalib. liberis. & auth. ex complexu in verb. indigni. C. de incest. & inutilib. nupt.* arbitratur, quòd beneficium legitimationis per rescriptum ad spurios non pertineat: addit tamen ibidem, si dicat Princeps in rescripto suo, quòd jubeat eos esse legitimos non obstante aliquâ lege, legitimationem valere, *arg. l. quæris. 3. ff. de naturalib. restituend. l. Princeps. 31. de legib. l. adoptio. 38. ff. de adoptionib. l. qui in provincia. 57. ff. de rit. nupt. & d. c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi.* Et hanc spuriorum legitimationem Doctores propriè dispensationem appellitant, *Forsterus lib. 6. de successionibus. cap. 35. num. 16. & seqq. aliique ab eo memorati.*

Verùm cùm per istam superiorum legitimationem non 310
solùm occasio præbeatur peccandi per illicitam Venerem, & frequentiores prohibitos concubitus: & lex divina etiam spurios planè detestetur, *Deuteronom. 2. vers. 2. ibique D. Andreas Osiander in suis Notis:* nec non ipse Justinianus Imp. satis disertè caveat *in Novell. 18. cap. 5. vers. si autem concupiscentia, &c. & id d. Novell. 89. c. ult.* ne legitimationis beneficium spuriis proficiat: idcirco verisimile est, Imperatorem parcè hoc beneficium in spurios collaturum. Ideoque parentes non temerè pro legitimandis suis spuriis preces Principi offerre debent: ne fortassis cum Faustinâ audire necesse habeant à Principe illud: improbum est desiderium tuum, *l. accusationis. 10. C. de his, quæ vii, metuve caus. gesta sunt.* vel cum Alexandro: juris ordinem converti postulas, *l. 2. C. de jurisdict.* vel cum Victorino: jampridem vetitum est, quod petis, *l. mortuorum. 12. C. de religios. & sumpt. funer.* vel denique cum Charidemo: contra juris formam evidenter postulas, *l. non adversus. 15. C. si certum petatur. D. Bocerus in tractat. de Regalib. c. 2. n. 108. p. 109. & seq.* Unde non ineptè quidam Interpretes simpliciter concludunt: quòd spurii & reliqui, ex illicitis conjunctionibus procreati, non legitimentur: nisi statuto vel consuetudine aliud sit introductum: *Anton. de Rosell. in tract. de legitimat. lib. 1. tit. de causa materiali legitimationis. num. 10. & lib. 2. tit. de legitimatis Principum clementiâ. num. 38. Vultejus lib. 1. jurisprud. Rom. c. 23. n. 1. & Roberus Disp. 3. ad instit. thes. 1. ad lit. b.* Porro de istis, & aliis quæstionibus, quæ hic moveri possent, videantur D. Besoldus *in delibatis jur. ex lib. 1. Pandectar. num. 32. pag. 112. & aliquot seqq. itemque volum. 4. consil. 193. fol. 283. cum seqq.* & Antonius Quetta *consil. 65. 66. 67. 68. & 70.*

Disputari quoque de eo solet: sitnè concubinatus hoc 311
nostro seculo illicita conjunctio, ita ut liberi ex eâ prognati spuriis connumerari jure debeant, & consequenter legitimationis beneficio regulariter non gaudeant? Et quamvis illegitimam hodie concubinatum esse conjunctionem, manifestissimè appareat *ex quadam constitutione Imp. Constantini Porphyrogennetæ apud Harmenopulum lib. 4. tit. 7. cap. de concubin. & Imp. Leonis Novell. 91. itemque ex can. concubinæ 5. caus. 35. quæst. 2. & similibus:* proindeque dicendum videatur, liberos ex concubinâ progenitos hodie spurios esse, atque adeò neque patri suo ullâ ratione succedere, neque legitimationis beneficio frui posse: *quod placuit Cujacio lib. 5. observat. cap. 6. in fin. & ad l. cum tabulis. 16. §. 1. ff. de his, quæ ut indig. auferuntur.* attamen cùm nullâ lege novâ illi ab omni patris substantiâ omni casu nominatim arceantur, aut beneficio legitimationis exuantur: idcirco etiamnum jura ex legislatione Justinianeâ competentia, ad eos pertinere intelliguntur. Non enim ut novo jure concubinatus vetitus est: ita eodem jure liberi ex eo nati à patris substantiâ omni casu repelluntur, vel legitimationis beneficio privantur. Ideoque Justinianeum illud successionis & legitimationis jus in liberis illis salvum mansisse statuendum erit, *argum. l. penultim. ibi, neque enim sicut illud receptum est: ita hoc quoque receptum. ff. de rebus credit. & l. præcipimus. 32. §. ultim. ibi. quicquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes
relictum intelligant. C. de appellationibus.* Sic licèt adulte- 312
rii pœna antiquitus non fuerit ultimum supplicium, sed vel deportatio, *juxta Julium Clarum lib. 5. sentent. §. adulterium. num. 7. & alios ab eo allegatos;* vel relegatio, *secundùm Cujac. libr. 6. observat. cap. 11. & lib. 20. cap. 18. Menochium de arbitrar. judic. lib. 2. centur. 5. cas. 419. num. 27. & 31. cum seqq. & Wesenbec. in paratit. ff. ad leg. Jul. de adulter. num. 19.* ac ea propter de adulterio transigi non potuerit, *per regulam in l. transigere. 18. C. de
transactionibus,* postea tamen quamvis constitutio nova 313
adulte-

adulterium gladio puniri juſſerit, *l. quamvis. 30. in fin. C. ad leg. jul. de adulter.* nihilo tamen minùs jus vetus, quoad tranſactionem, illibatum intactumque remanſit *d. l. tranſigere. 18. C. de tranſactionibus. D. Bocer. in tractat. de regal. cap. 2. num. 110.* Porrò an & quatenus concubinatus tum jure civili, tum canonico ſit permiſſus, accuratè explicant Bachovius *in ſuis notis ad volum. 2. Treutleri, diſputat. 16. th. 3. lit. A. pag 1018. cum ſeq.* & ibidem Hunnius *in ſuis reſolut. quæſt. 25. pag. 220. & ſeqq.* Deque eo nonnihil dictum eſt *ad §. 3. num. 7. ſupr. de juſtit. & jur. & §. 1. ſupr. de patr. poteſt. num. 34. & ſeqq.*

314 Sanè liberi naturales non ſolùm per ſubſequens matrimonium, per oblationem curiæ, & reſcriptum Principis legitimantur, *§. ſui autem. 2. verſ. quibus commemoratis inſr. hoc tit. noſtro. §. ult. ſ. de nupt. l. cùm quis 10. & l. nuper. 11. C. de naturalib. liber. Nov. 74. c. 1. Novell. 89. c. 2. 8. & 9.* verùm etiam appellatione ſive nominatione ſuorum legitimi efficiuntur: adeoque cum naturalibus & legitimis liberis ſuccedunt, non ſecus, ac ſi & ipſi ex legitimo matrimonio nati eſſent. Et patris etenim aſſertione, de quâ ritè conſtat, matrimonium retrò contractum fuiſſe præſumitur, nec ad nuptiarum fidem alia probatio requiritur, *Novell. 117. cap. 2.* Quinimò ſi pater plures habens filios naturales, unicum ex iis ſuum nominaverit: hæc nominatio in teſtamento, vel inſtrumento publico facta, omnibus ex iiſdem parentibus natis liberis prodeſt. Omnes quippe juſti & legitimi reputantur, tanquam legitimum matrimonium præceſſiſſe, probatum eſſet, *d. Novell. 117. cap. 2. in fin. ibique Cujac. Iohan. Faber. in Breviario Codic. ad libr. 10. n. 3. C. de naturalib. liber. Balduin. Hortenſ. Vult. num. 8. ad §. ult. ſupr. de nupt. & libr. 1. Iuriſprud. Rom. cap. 23. num 9. Rittershuſ. in expoſit. Novellar. part. 4. cap. 12. num. 11. & Borcholt. in tractat. de gradib. titul. de ſucceſſ. liberor. qui per appellationem ſuorum legitimati ſunt. pag. 207.* A quibus recedere videntur Giphanius *ad d. §. ultim. ſupr. tit. de nupt.* & Anton. Faber *in Juriſprud. Papin. de tit. de nupt. princip. 2. illat. 1.* ſtatuentes: nominationem non eſſe modum legitimandi ſpecialem liberorum naturalium, ſed potiùs juſtarum nuptiarum, & quæ ex iis eſt, legitimæ nativitatis probationem. His noviſſimè adſtipulatur Ungepaur. *exercit. Iuſtin. 9. quæſt. 5. pag. 358. edit. ult.* Vide de iſthoc legitimandi modo fuſiùs diſſertantem Balthaſarem Tomaſium *tract. 1. tit. 9. cap. 6. num. 233. cum ſeqq. fol. 39. & ſubſeqq.*

315 Porro filios naturales, etiam legitimatos, ad feudi ſucceſſionem non admitti, certi juris eſſe videtur, *cap. 1. §. naturales. Si de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agnat. vaſ. titul. 26. lib. 2. feudor.* Sed difficillima, & hactenus nondum ſatis expedita quæſtio, à feudalium placitorum Interpretibus moveri ſolet: Num naturales filii, per ſubſequens matrimonium legitimati, ut in allodiis, ita & in feudis, æquè ac legitimè nati, ſuccedant? Affirmativam ſententiam conſpirantibus votis tuentur *Andreas de Iſernia, Iacobus de Belviſo, Bald. Præpoſit. Matth. de Affict. de Frideric. Schenck. Laudenſ. Alvarott. & alii in d. § naturales. Iaſon in l. generaliter. 6. §. cùm autem. num. 10. C. de inſtitutionib. & ſubſtitut. & conſ. 168. num. 6. volum 4. Hoſtienſ. Ioan. Andr. & Anton. de Butr. in cap. lator. 5. ext. qui filii ſint legitimi. Ripa in l. ſi unquam. 8. num. 88. C. de revocand. donat. & in l. ex facto. 17. §. ſi quis rogatus. 4. num. 84. ff. ad Senatuſc. Trebell. Marſil. ſing. 542. Dec. conſil. 155. num. 4. Ruin. conſil. 211. volum. 1. & conſ. 92. num. 4. volum. 4. Pariſ. conſil. 13. num. 44. & conſil. 15. num. 8. volum. 2. Curt. jun. conſil. 52. num. 2. & conſ. 64. num. 11. & conſil. 136. num. 1. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 5. num. 21. Jul. Clar. lib. 4. ſent. §. feudum. quæſt. 82. num. 4. Zaſius in Epitom. feud. part. 8. circa fin. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 48. Roſenthal. in tract. feud. cap. 7. concluſ. 18. num. 1. & 2. Villalob. in theſaur. commun. opin. lit. L. num. 73. Andreas Gail. lib. 2. obſervat. 141. num. 2. Soarez. in theſ. recept. ſent. lit. L. num. 125. Franciſc. Vrvius lit. F. verb. filiusfamilias. verſ. filii nati ex legitimo, &c. Olemann. ad libr. 3. Diſputat. juris civil. Giphan. Diſput. 23. num. 9. pag. 7. Robertus Diſputat. 3. theſ. 4. Heigius hic cap. 5. num. 158. D. Bocer. in tractat. de jure ſuccedendi in feudum. cap. 3. quæſt. 2. Adam Keller. in tractat. de jure ſucced. ab inteſt. cap. 30. num. 13. Valentin. Arithmæus in periculis ſecund. Diſputat. 6. th. 2. pagin. 113. Ioan. Georg. Majer. in Synopſi Juriſprud. Beneficiariæ. ſect. 3. cap. 9. num. 43. Kubach. cent. 3. quæſt. illuſtr. politico-juridic. decur. 1. quæſt. 10. pag. 641. cum ſeqq. Ungepaur. exercit. Juſtin. 9. quæſt. 5. pag. 859. cum ſeq. edit. ultim. & Andr. Gerhardi Exercitat. Juſtin. Decad. 11. in coronid.* Atque ſecundùm hanc communem ſententiam quotidiè practicari, eamque confirmari ſententiis judicum, atteſtantur *Schurffius cent. 1. conſil. 1. num. 16. & Weſenbecius de feud. cap. 6. num. 9.* Eaque in Camerâ Imperiali unanimi Aſſeſſorum ſuffragio recepta eſt, teſtimonium eâ de re perhibente Mynſingero, *centur. 5. obſervat. 42.* Imò etiam in Conſiſtoriis Ducum Saxoniæ eandem obſervari, ſcribunt Schneidewinus *in tractat. de feud. part. 6. numero 13.* & Hartmannus Piſtoris *libr. 2. quæſt. 41. num. 35.*

È contrà verò ſunt quidam recentiorum, qui diſtinguendum putant inter veritatem practicam & theoricam, 316
dicuntque, ſententiam affirmatam, cùm in praxi communiter ſit recepta, veritati practicæ eſſe conſentaneam: theoricæ autem diſſentaneam, ob expreſſum, generalem, & indiſtinctè (*uti opinantur*) loquentem textum feudalem, *in d. §. naturales. tit. ſi de feudo defuncti content. ſit int. dom. & agnat. vaſall. Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 94. pag. 540. Sonsbecc. in Commentar. ad uſus feudor. part. 9. num. 72. Hotomanus ad d. §. naturales. &c. & conſ. 10. volum. 1. Rittershuſ. lib. 1. partition. feud. cap. 13. num. 3. Niellius Diſput. feud. 5. theſ. 7. ſub lit. D. Gothofred. Anton. Diſput. feud. 5. theſ. 6. ad lit. c. verſ. quid, ſi per ſubſequens matrimonium, &c. Hunnius lib. 3. var. reſolut. jur. civ. tractat. 1. quæſt. 11. pagin. 731. cum ſeqq. Bachovius ad volum. 1. Treutleri diſputat. 2. theſ. 6. lit. f. pag. 62. & Anton. Bullæus diſcurſ. 1. de tribus. generalib. præcept. jur. concluſ. 2. pag. 34.* Quorum opinatio in Scholis pleriſque hodie adeò recepta eſt: ut affirmativæ concluſioni in collationibus tum publicis, tum privatis, facilè quiſpiam non ſubſcribat. Verùm licèt præallegatus §. *naturales.* communi traditioni expreſſis verbis refragari videatur: mihi tamen (cùm ea tot Cameræ Imperialis & aliorum Iudiciorum præjudiciis ſit confirmata, nec non ipſiquoque neoterici contrariæ opinionis patroni nonnulli ab eadem reſpondendo & judicando non recedendum eſſe, ſuadeant; ac jura noſtra, non tam verba le- 317
gum, quàm vim & poteſtatem earum attendi debere, jubeant, *l. ſcire leges. 17. ff. de legib. l. non dubium. 5. in princ. C. eod. l. nominis. 6. in fin. ff. de verb. ſign. c. intelligentia. 6. ext. eod. tit. can. Marcion. 63. cauſ. 1. quæſt. 1.*) mihi, *inquam*, vitio nemo vertet, ſi dicti §. *naturales.* non verba, ſed vim potiùs & mentem ejus, aliaſque rationes mox proponendas penſiculatè conſiderans ſtatuero: affirmativam ſententiam, uti in praxi veram, ita & in theoriâ eſſe veriſſimam. Et ſanè jure feudorum disertè cautum 318
eſt; quotieſcunque caſus aliquis feudorum placitis non ſit expreſſè deciſus, ex jure communi ejus deciſionem petendam eſſe, *titul. in fine principii, lib. 2. F.* ubi Feudiſta, *Strenuus*, ait, *legisperitus, ſicubi caſus emerſerit, qui conſuetudine feudi non ſit comprehenſus, abſque calumniâ uti poterit lege ſcriptâ.* Cùm ergo feudorum jure non ſit uſpiam clarè diſpoſitum, an liberi, per ſubſequens matrimonium legitimati, in feudum ſuccedant: ex jure communi dicendum eſt, hos etiàm ad feudi ſucceſſionem eſſe admittendos, *Novell. 12. c. ult. Novell. 12. 89. cap. 8. & c. tanta. 6. ext. qui filii ſint legitimi.*

Nec huic obeſt quicquam, quòd *in d. §. naturales.* li- 319
beri naturales, licèt poſtea fiant legitimi, ad feudi ſucceſſionem admitti, generaliter negantur. Feudiſta enim illic quæſtionem hanc utramque proponit ac decidit: an naturales filii in feudum ſuccedant? an item in feudum ſuccedant filii legitimati? Huic autem quæſtioni tunc ſolummodo locus eſt, quando ſucceſſionis caſus contigit; hoc eſt, cùm moritur vaſallus, de cujus ſucceſſione agitur, *tit. 8. in princip. ibi, ſi quis igitur deceſſerit. lib. 1. feudor. & tit. 11. in princip. ibi, mortuo enim eo, &c. libr. 2. F.* Eo ſiquidem tempore de ſucceſſionis jure primùm rectè quæri-

Digitized by Google

quæritur, non antea: cùm impium sit, de viventis hereditate solicitum esse: & eo maximè tempore jus heredis inspiciendum sit, quo hereditatem acquirit, *l. si alienum. 49. §. 1. vers. nam jus heredis. ff. de heredibus instituend.*
320 Proinde textus *in sæpè allegato. §. naturales.* intelligendus est de casu, quo pater vasallus decessit, & jam locus est successioni in feudum: id quod arguit etiam ibidem verbum præsentis temporis, *admittuntur.* Si Feudista ibi loqueretur de futurâ in feudum successione, adeoque de tempore, quo vasallus pater adhuc superstes est: uteretur certè verbo futuri temporis, *admittentur.* Quia verò eo in loco Feudista agit de feudo jam delato, & de præsenti in feudum successione: exaudiendus quoque est de filii legitimatione, post delatam feudi successionem factâ. Unde cautè addit hæc verba: *licèt postea fiant legitimi*: id est, licèt fiant legitimi, postea quàm casus extitit, quo successioni in feudum locus est, putà post obitum patris vasalli. Cæterùm cùm mortuus pater vasallus ducere ampliùs uxorem concubinam suam, matrem liberorum naturalium, sicque eos per subsequens matrimonium legitimare nequeat: omninò consequens est; textum *dicti §. naturales.* non de naturalibus filiis, per subsequens matrimonium legitimatis, sed de ejusmodi filiis, alio modo post mortem patris sui vasalli legitimatis, esse accipiendum. Quam interpretationem suadent & confirmant non parùm illa verba; *fiant le-*
321 *gitimi*: Fieri namque legitimi dicuntur, qui per rescriptum Principis, aut Pontificis Rom. (siquidem & hunc jus legitimandi liberos naturales sibi arrogare, patet *ex c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi & largo stylo, post alios, docet Forster. lib. 6. de successionibus. cap. 34 & D. Bocer. in tract. de Regalib. c. 2. num. 100. & seqq.*) legitimantur: quia singulari illo legitimationis actu id saltem agitur, ut immediatè naturales legitimi fiant. Qui autem per subsequens legitimantur matrimonium, illi non legitimi fiunt: sed ipso jure legitimi: ex alio quodam actu, nimirum contractu matrimonii, existunt, *d. Novell. 12. cap. 4. circa fin. ibi, proprii existentes atque legitimi. & d. Nov. 89. cap. 8. ibi, legitimos ei esse sancimus. & ibi, nihilominus prior soboles legitima consistit. cap. 1. ibi, eam legitimam judicetis, & d. c. tanta. 6. ibi, legitimi habeantur. ext. qui filii sint legitimi.* Quibus ex locis cernere promptum est, quòd sicuti legitimè nati, ita & naturales liberi vi solius matrimonii per se existant legitimi, non quodam hominis facto: quod tamen causa est legitimationis eorum, qui per rescriptum, vel oblationem curiæ legitimantur. Quamobrem necesse est, ut textus *in d. §. naturales.* non de legitimatis per subsequens matrimonium, sed de aliis legitimatis, putà per aliquod rescriptum, aut per oblationem curiæ, intelligatur: *quemadmodum etiam illum novissimè exaudit D. Bocerus d. tract. de regalib. c. 2. num. 35. & alibi.*

322 Non evertit hanc interpretationem, quòd in textu illo hæc verba ponantur, *nec soli, nec cum aliis*: & quòd per rescriptum, aut mortuo patre per curiæ oblationem legitimatio fieri nequeat, existente legitima sobole, *d. Novell. 89. cap. 2. §. 1. & c. 9.* Ista hæc enim verba ad præcedentem dictionem, *naturales*, commodè referri possunt, & debent. Naturales quippe filii non succedunt in feudo, non solùm cùm alii legitimi filii adsint, sed & cùm desint illi sicque naturales soli sint: tametsi in allodiis communi jure in duas uncias liberi naturales succedant, sine legitimâ prole patre defuncto, *Novell. 18. cap. 5. & d. Nov. 89. cap. 12. & uberiùs explicatum suprà num. 264. ad quod jus Feudista in d. §. naturales. verisimiliter respexit.*

323 Præterea receptam, cui favemus, assertionem juvat & hæc ratiocinatio: Conditores juris feudistici proculdubio exploratum perspectumque habuerunt, quid legibus Romanis dispositum fuerit de successione liberorū, per subsequens matrimonium legitimatorum, *ut liquet ex dicto titulo 1. ibi, aliæ dirimuntur jure Romano. & ibi, legum autem Romanorum. item ibi, uti poterit lege scripta. libro 2. feudorum.* Si ergo ab hac communi legislatione de liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, successione conditores placitorum feudalium abhorruissent: utique nominatim ac disertè id alicubi testati fuissent: atque ita hisce liberis aditum ad feudorum successionem expressè præclusissent. Atqui vero nusquam hos liberos aditu ad feudorum successionem expressè prohibuerunt. Itaque planè verosimile est, quod ii, dispositionem juris communis secuti, etiam liberos, per matrimonium subsequens legitimatos, ad feudi successionem admiserint.

Adhæc, post feudorum jura prodierunt in usum jura 324
canonica: id quod vel inde manifestum est, quod libro tertio decretalium integer titulus *de feudis*, *videlicet 20.* est insertus. Cùm ergo jus canonicum legitimatos per subsequens matrimonium liberos, in omnibus & per omnia comparet liberis legitime natis: iisque non minùs, ac si ab initio legitimi fuissent, generaliter, nullaque adhibitâ distinctione inter res proprias & feudales, successionem deferat, *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi.* certè ex dispositione quoque juris canonici liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedunt. Idque ex eo etiam probabile redditur; quòd licèt idem jus canonicum requirat, ut Episcopus eligatur, qui ex legitimo matrimonio est natus, *cap. cùm in cunctis. 7. ext. de electione*:
nihilominus tamen permittit, ut Episcopus, qui per subse- 325
quens matrimonium est legitimatus, eligi possit, *c. innotuit. 20. ubi gloss. super verb. conjugata. ext. eod. tit.*

Insuper in dubio juris sermone eam admittere interpre- 326
tationem jubemur, quæ minimum iniquitatis habet, *l. quoties nihil. 200. ff. R. I. l. placuit. 8. C. de judiciis.* & quæ benignior est, vitioque caret. *l. benignius. 18. & l. in ambigua. 19. ff. de R. I. & semper in dubiis. 56. ff. de R. I.* Cùm ergò *in tit. 8. in princip. lib. 1. feudor. & tit. 11. in pr. lib. 2. feud.* filiis tribuatur jus succedendi in feudum: & dubium sit, an textus illi per filios intelligant etiam filios, per subsequens matrimonium legitimatos: benignius autem sit & æquius, ut interpretemur eos textus etiam de filiis hoc modo legitimatis; maximè cùm jus feudale ex jure communi interpretationem capiat, *per dictum titul. 1. libro 2. feudorū.* quod commune jus hos legitimatos liberos legitimè natis liberis plenissimè comparat, *ut supr. ostensum est*: hanc profectò interpretationem recipere amplectique debemus.

Denique huc & illa ratio confert, quod statutum lo- 327
quens de legitimè natis, complectatur etiā per subsequens matrimonium legitimatos, *ut sensit Antonius de Butrio in cap. per venerabilem. 3. eodem. 18. vers. quod si dixerit. extr. qui filii sint legitim. & in dict. cap. innotuit. 10. ubi etiam Ioannes de Imola. extr. de elect. Ioan. Crotus in leg. Gallus. 29. §. & quid si tantùm. num. 169. ff. de liber. & posthum. heredibus instituend. Castrens. in l. fin. Cod. de his, qui ven. ætat. impetrarunt. Campeg. in tractat. de dote. in 1. parte 5. partis princip. quæst. 59. Decius in dict. c. cùm in cunctis. 7. num. 29. extr. de electione & consil. 155. Parisius consil. 13. num. 40. vol. 2. hosque referens Forsterus libro 6. de successionib. cap. 29. num. 4.* Ergo & jus feudale, de legitimè natis liberis verba faciens, liberos quoque subsequenti matrimonio legitimatos comprehendit. *Istas, similesq́; rationes pro affirmatâ sententiâ nostrâ annotavit etiam D. Bocerus cl. 5. disput. 18. thes. 7. ad lit. d. edit. 2. & tract. de jure succed. in feud. cap. 3. quæst. 2.*

Nullum negatæ, eique contrariæ conclusioni firmamen- 328
tum adfert textus *in multoties citato tit. 26. §. naturales libro 2. feudorum.* ubi Jurisconsultus Feudista satis expressè significare videtur, nec per subsequens matrimoniū legitimatos feudi capaces esse. Generaliter enim loquitur de filiis naturalibus, qui postea facti sunt legitimi: ita ut textus ille restringi posse non putetur tantùm ad naturales filios, qui per rescriptum aliquod, aut per oblationem curiæ sunt le-
gitimi facti. Siquidē posito seu negato genere, omnes ejus 329
species positæ sive negatæ intelliguntur, *arg. l. ult. in princ. vers. cùm enim jam constituimus. Cod. de usur. rei judicat.* Nullum, *inquam*, negatæ conclusioni adfert firmamentum dictus *§. naturales.* Nam is exaudiri non potest de liberis, per subsequens matrimonium legitimatis: sed est tantùm accipiendus de liberis, post delatam feudi successionem alio modo legitimatis, *ut suprà dilucidâ expositione demonstratum est.* Quin & cum Logicis dici poterit genere indefinitè posito, non quamvis poni speciem. Ast indefinitè tantùm, & non universaliter, de legitimatis *in prædlegato §. naturales.* dicitur, quòd in feudis non succedant. Et ut maximè ita esset: dici tamen posset, in jure nostro non novum aut infrequens

Digitized by Google

quens eſſe, ut genus ad certam ſpeciem reſtringatur. *l. in toto* 80. *ff. de reg. jur.* Rectè igitur iſte § accipitur de legitimatis per reſcriptum Principis, vel oblationem Curiæ: maximè cùm natura non patiatur, illum de legitimatis per matrimonium intelligi. Et quanquam *dict.* §. *naturales.* verba ita eſſent generalia, ut bene etiam de legitimatis per ſubſequens matrimonium intelligi poſſent: adhuc tamen non ineptè reſponderetur, excipi legitimatos per ſubſequens matrimonium: eò quòd in omnibus pro legitime natis habeantur: ac in eis nulla amplius macula ſuperſit. *d. c. tanta.* 6. *ext. qui filii ſint legitimi.* & in jure noſtro finguntur, quaſi in matrimonio nati fuerint. *d. Nov.* 89. *c.* 8. & 9. Nec oberit, ſi ulteriùs quiſpiam inſtet: eos tamen non eſſe legitime natos. Inveſtituram verò (puta ſi ejus tenor ita habeat: *Hoc caſtrum tibi tuiſque heredibus, ex te legitimè deſcendentibus, concedimus: wir wolien dir, und allen deinen Leibs-Erben ſolch Schloſz leihen, &c.*) requirere legitimè natos. *Reſpondetur* enim: eos quidem non eſſe legitime natos naturaliter, ſed bene civiliter. Jus quippe civile (ut & canonicum) in tantùm favet legitimatis per ſubſequens matrimonium, ut nullam inter hos, & ex juſtis nuptiis natos, differentiam agnoſcat, illoſque legitimè natos eſſe fingat. *d. Nov.* 89. *cap.* 8. *d. c. tanta.* 6. *ext. qui filii ſint legitimi.* Fictio autem in jure veritati æquiparatur. *l. ſi is, qui.* 15. *circa princip. ff. de uſucap.* & *ſeqq.* Fachin. *lib.* 12. *controverſ.* 7. *Kubach. d. centur.* 3. *decur.* 1. *quæſt.* 10.

330 Deinde nihil patrocinatur opinioni contrariæ: quòd legitimatio, per ſubſequens matrimonium facta, patris legitimantis quædam ordinatio cenſeatur. Nulla autem patris vaſalli ordinatio in feudis valeat. *tit.* 8. *in ſue princip. libr.* 1. *feudor.* Proindeque nec legitimatio, per ſubſequens matrimonium facta, jus ſuccedendi in feudum filiis legitimatis tribuat. Quando enim pater vaſallus naturalem ſuum filium per ſubſequens matrimonium legitimat: per ſe & directò nihil omninò de feudi ſucceſſione ordinat. Filius namque eo modo legitimatus non directò ex ipſa legitimatione, ſicque facto patris feudum acquirit: ſed ex juris diſpoſitione matrimonium ſubſequens naturalem filium efficit legitimum. Contracti quippe matrimonii ea vis eſt; ut, qui antè naturaliter ſunt geniti, poſtea legitimi habeantur; adeò, ut & parenti ſuccedere queant. *d. c. tanta.* 6. *extr. qui filii ſint legitimi.*

331 Rurſus adverſariæ ſententiæ ſuffragatores nihil relevat: quòd ſucceſſio feudalis inter agnatos duntaxat, hoc eſt, ex maſculo primo acquirente deſcendentes locum habeat. *tit.* 11. & *titul.* 50. *lib.* 2. *feudorum.* Legitimatio verò plenum jus agnationis non inducat: cùm legitimatus in allodio ſoli patri, non etiam agnatis ſuccedat, *Novell.* 89. *cap.* 4. Quandoquidem hæc Novell. *dict. cap.* 4. agit tantummodò de legitimatione, quæ fit per oblationem curiæ, non de ea, quæ fit per ſubſequens matrimonium. Illa non confert plenum jus agnationis; ſed hoc tantùm efficit, quòd legitimatus ſoli genitori ſuo, non item ejus agnatis & cognatis, ſuccedere poſſit: hæc verò per ſubſequens matrimonium legitimatio plenum jus agnationis legitimato tribuit: ex quo non modò patri, ſed & agnatis & cognatis patris ſuccedere poteſt. *dict. c. tanta.* 6. *extr. qui filii ſint legitimi* & *Novell.* 12. *circa finem.*

332 Similiter adverſariorum opinionem parùm munit hæc argumentatio; Naturalis filius, ſubſequenti matrimonio legitimatus, dedecori foret & domino feudi, & paribus curiæ: ſiquidem ejus opinio apud bonos & graves viros ſit prægravata. Item domino reditum feudi impediret: & ſpem ſuccedendi agnatis vaſalli legitimantis adimeret, ſi in feudum jure patri ſuccederet. Ergo filius, etiam iſto modo legitimatus, non immeritò patri in feudum ſuccedere negatur. Parùm, *inquam*, adverſariorum opinionem munit hæc argumentatio. Quoniam antecedens pars prima, ejuſq; ratio prorſus neganda eſt. Filius etenim naturalis, etiam ante legitimationem, integræ famæ & exiſtimationis cenſetur: proindeque ad omnes honores admitti jubetur. *l.* 2. §. *nullis.* 7. *l.* 2. §. *ſpurios.* 2. & *l. ſpurii.* 6. *in princ ff. de decurionib. cap. niſi cùm pridem.* 10. §. *perſonæ verò extr. de renunciatione.* *cap.* 1. *diſtinct.* 56. *Gabriel Paleottus in tractat. de nothis ſpuriiſque cap.* 55. *Thoningius in deciſionibus quæſtionum illuſtr. deciſ.* 48. *Hartmann. Piſtoris libro* 1. *quæſtion. jur. quæſt.* 30. *aliique plures, à nobis pro hac ſententiâ relati in* §. *injuria autem.* 1. *infr. de injuriis. num.* 237. & *ſeq.* Ac licet ſemper in legitimato cicatrix quædam remanere videatur: tamen ſciendum eſt, naturaliter duntaxat quandam cicatricem ſubeſſe: illam verò jura noſtra non agnoſcere: ut quæ ita habent ſubſequenti matrimonio legitimatum, ac ſi ex juſtis nuptiis procreatus eſſet. *d. Nov.* 89. *cap.* 8. *d. c. tanta.* 6. *ext. qui filii ſint legitimi.* Cæterùm ex alterâ antecedentis parte haud rectè concluditur: filiũ per ſubſequens matrimonium legitimatum in feudum non ſuccedere: quippe cùm & filii legitimè nati faciant, quò minùs feudum maturiùs vel ad dominum redeat, vel ad agnatos tranſeat: & tamen propterea à feudi ſucceſſione non excluduntur. Sed & hæc legitimatio non penitus ſpem ſuccedendi agnatis adimit: verum in tempus ſolummodò jus illud ſuccedendi differt & prorogat.

Pari modo neganti aſſertioni nihil opitulatur & illud : 333
quòd vaſallus invitis agnatis feudum alienare nequit. *tit.* 39. *in princip. lib.* 2. *feudorum.* Sed filium naturalem legitimando, vaſallus invitis agnatis feudum alienaret, ſi legitimatus etiam per ſubſequens matrimonium, in feudum ſuccederet: ſiquidem ipſe legitimatus non ſuæ nativitatis, ſed legitimationis beneficio, atque ita facto patris jus ſuccedendi acquireret. Nihil, *inquam*, illud aſſertioni neganti opitulatur. Quia non factum patris, legitimantis naturalem filium, ſed juris auctoritas filio legitimato jus ſuccedendi in feudum tribuit. Ipſum ſanè patris factum eſt medium aliquod, quo filius naturalis efficitur legitimus, poſteaquam autem filius ita legitimus eſt factus, tribuit ei legis auctoritas jus ſuccedendi. Quòd enim patri proles ipſius ab inteſtato ſuccedit: non patris, ſed legis beneficium judicatur.

Hoc amplius pro traditione contrariâ non militat: quòd 334
bona feudalia neceſſariæ reſtitutioni ſubjaceant, *uti arguit textus in tit.* 3. §. *ſed etiam res. verſ. ut ecce.* & *tit.* 26. §.
Titus filios. & *tit.* 39. *in princip. libro* 2. *feudorum.* Ea 335
autem, quæ reſtitutioni ſubjacent, ad alium quocunque alienationis titulo transferri non poſſint. *l. ult.* §. *ſed quia noſtra.* 2. *junctâ Auth. res. quæ ſubjacent. C. communia de legat.* Nihil enim de alienando feudo agitur in ipſo matrimonii contractu: ſed is ſolius matrimonii contracti effectus eſt, quòd per illud filii legitimati in feudum ſuccedant.

Tandem contrariæ ſententiæ non ſuccurrit in auxilium 336
hæc ratio: quòd lex duo comprehendens ſubjecta determinabilia ſub unâ determinatione, utrumque illud ſubjectum æqualiter determinat, *arg. um. l. jam hoc jure.* 4. *ff. de vulg.* & *pupill. ſubſtitut.* & *l. quamvis.* 4. *C. de impuber.* & *aliis ſubſtitut.* Atqui lex feudalis *in prætallegato titulo* 26. §. *naturales. libr.* 2. *feudorum.* duo ſubjecta comprehendit determinabilia: unum eſt de liberis naturalibus; alterum de liberis legitimatis. Ergo duo iſta ſubjecta determinabilia æqualiter determinat: proindeque ut de naturalibus filiis generaliter definit, quòd ad feudi ſucceſſionẽ non admittantur: ita definit quoque generaliter de legitimatis filiis, & determinat ſine eorum diſtinctione, quòd ad feudi ſucceſſionem non admittantur. *Nam reſpondetur*: unam determinationem non determinare æqualiter omnia determinabilia, cùm id commodè fieri non poteſt: vel quando diverſa adeſt ratio determinandi, majorve favor debetur uni determinabilium, quàm alteri. *Imola* & *Iaſon in dict. l. jam hoc jure.* 4. *ff. de vulg.* & *pupill. ſubſtit. Alexander. conſil.* 179. *libro* 5. *Decius in leg. in teſtamento.* 6. *num.* 8. *C. de teſtamento milit.* & *conſil.* 394. *num.* 3. & *Ripa in leg.* 1. *in princ. num.* 68. *ff. de verborum obligat. hoſque citans Menochius conſil* 497. *n.* 6. & 7. Sed *in d.* §. *naturales.* una determinatio non ſolum non poteſt commodè determinare utrumque determinabile ſubjectum, ut ſuprà evidenter probatum: verum etiam omnibus notiſſimum eſt, majorem eſſe favorem naturalium, qui per ſubſequens matrimonium fiunt legitimi, quàm qui alio modo legitimantur. *prædicto cap. tanta eſt vis.* 6. *extr. qui filii ſint legitimi.* *Et hæc de liberis naturalibus tantùm, iiſque legitimatis.*

Digitized by Google

Illust. politico-juridicar. decur.4 quæst.5. pag.365. Adde Gregorium Lopez *lib. singul. animadvers. jur. civil cap.32. num.* 10.& Joachimum Cluten. *lib.1 diatrib. in co. Justi-*
348 *nian.2.quæst.* 7. Sed hic dubitatur, si maritus ex soluta muliere prolem sustulerit; an damnatus hic quoque coitus censeatur, & inde suscepti liberi successionis incapaces existimentur? Et tametsi id negare quidam, minimè verentur: eò quòd iste coitus pro adulterio non sit habendus, nec per legem exteriorem pœna aliqua tali puniatur. *arg. l. 1. C. ad leg. Jul. de adulter. Paulus Castrens. consil.* 34. *n.* 4. *volum.* 2. *Alexander consilio* 139. *vol.*1. *Cravett.consil.* 166. *colum.* 1. *& Socinus consil.* 148. *colum.* 2. *vol.* 1. attamen contrariam sententiam veritati magis consonam esse, meritò alii censent. Etsi enim illi conjunctioni adulterii pœna non est statuta: stupri tamen sufficit, ut pro damnatâ habeatur: *quemadmodum, post Angelum Aretin. in §. novissimè, num.22. Covarruv. dict. §. 5. num 16 aliosque tradit Paleotus in tract. de nothis spuriisque fil. c.42. num.1. & seqq.* Et licèt idem Paleotus *ibidem num.* 4. hactenus id procedere putet, quatenus non obscura vilisque est mulier quam maritus præter uxorem, cognovit; utpote cujus concubitus jure civili non punitur. *l. quia adulterium.*
349 29. *Cod. ad leg. Jul. de adulter.* attamen quia jus canonicum (cui in materiâ peccati standum est, *cap.* 1. *ibique Dd. extr. de novi operis nunciat.*) istiusmodi conjunctionem injustam pronunciat, *can. nemo.* 32. *quæstion.* 4. *can. non mœchaberis. can præcepit. cum seqq* 32. *quæstion* 5. *can. si ducturi. & seqq.* 32. *quæstion.*6. *Sibardus consilio criminal.* 3. *num.* 4. *& seqq.* vix est, ut mediti isthæc opinio sustineri possit: præsertim cum non solum ex hujus Ducatûs Wurtembergici, sed & aliarum provinciarum constitutionibus & moribus, talis concubitus, cum solutâ etiam muliere factus, damnetur, acriterque coerceatur, *attestante Heigio hic d. c.* 5. *n.* 149.

350 Cæterum, utrùm liberi ex damnatis complexibus progeniti, sicut ascendentibus non succedunt; ita etiam à successione transversalium, & contra, transversales ab eorum successione excludantur non usque adeo expeditum est: Et omnino (*rejectâ Petrutii Perusini & Cornei in l. si qua illustris.* 5. *C. ad Senatusconsultum Orfitian. Curtii Junioris consil.* 123. *aliorumque erroneâ opinione*) excludi, responderunt *Alexander consil.* 174. *libr.*5. *Decius consil.*311. *Iohannes de Anania consil.*94. *Forsterus dict. lib.*6. *de successionib. cap.* 50. *conclus.* 5. *num.* 12. *& aliquot seqq. hosque secutus Fachineus libro* 6. *controvers. jur. cap.*10. *Matthias Stephani cent.* 3. *quæst.* 8. *& Paulus Berens disp.* 8. *ad Institut. them.*1. *quæst.*9. commoti sequentib. præcipuè argumentis.
351 I. Sublato fundamento, ut corruat ædificium necesse est. *l. egi.*26. *ff. de except. rei judic. l. nam. origo.*8. *ff. quod vi aut clam. can. cum Paulus.* 1. *q.* 1. Natus autem ex damnato coitu, filius nominandus non est, nec respectu patris, nec matris. *d. Auth ex complexu. C. de incest. & inutil. nupt. argumento l. final. C. de indictâ vidui. tollend.* Ergò similiter nec frater, nec patruus invenietur. Quamvis enim natura hosce natos ex complexu nefario, filios esse dictet, & pro filiis agnoscat: quoad legis tamen dispositionem, prorsus pro incognitis habentur & reputantur. *d.*
352 *Novell.*74. *cap. ult. & dict. Novell.*89. *cap. ult.* II. Successio defertur ordine successivo, *argum. l.* 1. *§. qui semel. ff. de successor. edicto.* Ast hic deest initium successionis: quia matri non succedunt. Multò igitur minus collateralibus, quibus per matrem conjunguntur, succedent. *argum Auth.*
353 *multò magis. Cod. de SS. Eccles.* III. Sine lege loqui erubescimus, *Novell.*18. *cap.*5. Nulla autem lege successio inter liberos, ex damnato coitu susceptos, ac parentes, & etiam collaterales permittitur. *dict. Novell.* 89. *c. ult. cum juribus similibus prœallegatis* Cum ergò nec civili nec prætorio, nec alio jure illis communicata sit successio: quo jure quis dixerit, illos aliquem ad transversalium hereditatem capiendam habere accessum?

354 Huic decisioni non adversatur responsum Caji *in l.* 2. & Ulpiani *in l. si spurius.* 4. *ff. unde cognati.* Ille quidem ait: *vulgo quæsiti liberi matris, & mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se, ex parte bonorum possessionem petere possunt: quia sunt invicem sibi cognati.* Hic verò inter cætera inquit: *Si spurius intestato decesserit: proximitatis nomine mater ejus, aut frater eâdem matre natus, bonorum possessionem ejus ex edicto petere potest.* Hæc, inquam, Caji & Ulpiani responsa decisioni nostræ non adversantur; quia de iis loquuntur spuriis, qui vulgò concepti, sive quæsiti sunt: non item de iis, qui ex damnato coitu descendunt. Licet enim vocabulum spuriorum gene- 355
rale sit, *ut supra explicatum n.* 337. propriè tamen intelligitur de illis, qui vulgò sunt quæsiti seu concepti, *prædicta l. vulgò concepti.*23. *ff. de stat. homin.* qui matri, & ex matre fratribus succedunt, *d. l.* 2. *&* 4 *ff. unde cognati. §. vulg. quæsitos* 4. *infr. de successs. cognator.* Et sanè generaliter, quotiescunque leges de spuriis, ad successionem admittendis, verba faciunt: accipi debent de vulgò quæsitis. Siquidem 356
verba propriè, & secundùm communem loquendi usum intelligenda sunt, *l. non aliter.* 69. *ff. de legat.* 3. *l. ult. C. de his, qui veniam ætatis impetraverunt.*

Pariter non obsistit, quòd natura hos fratres nefarios 357
jure sanguinis conjunxerit: cùm uno eodemque ventre gestati sint, & una eademque ubera suxerint: proindeque illis saltem bonorum possessio unde cognati, dari debeat, *l. non facilè.*4. *§. cognationis.* 2. *vers. & quidem naturalis ff. de gradib & affinib.* Nam illud quidem negari non potest: verùm lex ipsa, odio effrænatæ libidinis, quod successiones, quæ juris civilis sunt, effectum illius conjunctionis naturalis impedire & infringere voluit, *d. Novell.*74. *c. ult.* ubi Justinianus, *Eos*, inquit, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis ulla clementia est: sed sit supplicium etiam hoc Patrum, ut agnoscant: quia neque quicquam peccatricis concupiscentiæ eorum habebunt filii, & d. Novell.* 89. *c. ult.* ubi idem Justinianus, *primum quidem, ait, omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit: iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Nihil quoque obstat: quòd, licèt liberi incestuosi & ne- 358
farii à parentum successione, per novissimum jus Justinianeum repellantur. nulla tamen sit lex, aut constitutio, quæ 359
à successione fratrum, & aliorum transversalium eos diserte excludat: ac proinde quadam argumentatione ab eâdem successione removeri non debeant: præsertim cùm pœnalia jura restringi, & favores ampliari conveniat, *c. odia.* 15 *de regul. jur. in* 6. Etenim cessante causa, cessat ipse effectus, *l. adigere.*6. *§. quamvis. ff. de jure patronat. c. etsi Christus.*26. *circa fin. ext. de jurejur. c. cum cessante.*60 *ext. de appellat. c. cum infirmitas.* 13. *ext. de pœnitent. & remiss. fusissimè Tiraquell. in tract. cessante causa, cessat effect. in princ. n.* 11. *& seqq.* Hic autem cessat causa successionis, nempe cognatio vel proximitas inter matrem & filium: tum quia Justinianus ejusmodi liberos indignos & nomine filiorum naturalium, & omni clementiâ pronunciavit, *d. Novell* 74. *c. ult.* tum quia pater & mater sunt fons & origo, ex quâ jura consanguinitatis & proximitatis oriuntur, qui fons cùm illis desit, nullum habent medium, ex quo gradum cognationis deducere possint. Cessabit igitur omnis in ulterioribus quoque successio.

Denique nihil urget, quòd fratres, & alii transversales 360
non peccaverint: sed parentes tantummodo, ex quibus tales filii procreati sunt: atque ideo non illi, sed hi plectendi veniant: cùm suos pœnæ auctores comitari debeant, *l. si pœna.* 20. *& l. crimen.*26. *ff. de pœnis. l. sancimus.* 22. *C. eod. tit.* Quanquam enim illi non deliquerunt: odio tamen parentum (qui digni sunt hac pœnâ, ut filios omni sanguinis jure destitutos esse sentiant) omninò pro extraneis habentur Et licèt non ineptè objiciatur, ex eo, quòd filii à successione parentû excludantur, non protenus consequi, quòd etiam à mutuâ inter se ipsos successione arceantur: tamen, quando filii à successione parentum idcirco repelluntur, quòd jura consanguinitatis & cognationis eis prorsus desint: non male inde infertur, eos omni jure & gradu, ex quo successio defertur, inter se quoq; spoliatos & destitutos censeri: *quemadmodum id prolixius declarat Forsterus d. lib.*6. *de successs. c.* 50. *num.*12. *& multis seqq.*

Utcunque autem liberi ex damnatis complexibus nati, 361
de jure civili & parentum successione & alimentis indigni judicantur *d. Auth. ex complexu. C. de incest. & inut. nupt. d.*

Digitized by Google

Novell. 89. *c. ult.* jure tamen Pontificio illis alimenta à parentibus præstanda sunt *c. cum haberet.* 5. *in fin. ext. de eo, qui duxit. in matr. quam polluit per adulter. Matthæus Mathæsyllan. in tr. de success. ab intestat.* 2. *membr. primi art. num.* 1. *latè Covarruv. in tract. de matr. in part.* 2. *c.* 8. §. 6. *Ioachim. a Beust. in tractat. de matrimon. c.* 60. cujus juris decisio, utpote posterior & æquior, etiam in terris Imperii, sicque in foro seculari servanda est, *argum. l. necare.* 4. *ff. de agnoscend. & alend. liber. & l. legem.* 7. *ibi, misericordiæ indigni non sunt, qui alieno laborant vitio. C. de natural. lib. Palæot. in tract. de nothis spuriisque filiis. c.* 46. *&* 47. *Heigius hic in cap.* 5. *num.* 150. *Schneidevvin. hic sub tit. de success. liber. ex damnato coitu nator. num.* 3. *Peregrinus. in tract. de iure fisc. lib.* 3. *cap.* 18. *num.* 55. *Joan. Iacobus à Canib. in tract. de exercit. ult. volunt. part.* 2. §. *consentaneum. num.* 37. *Claudius de Seyssello in l.* 1. *num.* 11. *ff. solut. matrimon. Ant. Capycius decis.* 164. *num.* 2. *Ioannes de Roias in Epitom. omn. success. c.* 21. *num.* 19. *Anton. de Padilla in auth. res, quæ. num.* 65. *C. commun. de legat. Hartmann. Hartmanni ab Epping. tit.* 36. *observ.* 3. *Ioannes Baptista Pontanus. de aliment. c.* 2. *num.* 12. *Fortunius Garsias de ult. fin. jur. num.* 109. *& seqq. Bachovius in Not. ad vol.* 2. *Treutleri. disp.* 16. *th.* 2. *lit. G. pag.* 1029. *& ibidem Hunnius in suis resolut. q.* 33. *pag.* 230. *item lib.* 3. *var. resolut. iur. civ. tract.* 1. *quæst.* 10. *Rittershus. in exposit. Novell. Iustin. part.* 8. *cap.* 8. *num.* 6. *Martinus Colerus lib.* 1. *de aliment. cap.* 3. *num.* 8.
362 *aliique plures, per eum designati.* Hinc legatum alimentorum nomine, incestuosis liberis à patre relictum jure Canonico valet: etiamsi testator non addiderit tali legato, se hoc vel illud alimentorum nomine relinquere; sed simpliciter aliquid reliquerit, *Cravett. consil.* 219. *incip. licet datum. n.* 8. *cons.* 546. *num.* 2. *cons.* 917. *num.* 3. *Ioan. Baptista Caccialupus de S. Severino in consil. suo, quod est inter Cornei consil.* 217. *sub. num.* 1. *vers. posset replicari. vol.* 3. *Petrus de Benintendis, decis.* 22. *num.* 3. *&* 15. *Anton. Corduba de Lara in l. si quis a liberis.* 5. §. *idem rescripsit.* 6. *ff.*
363 *de agnosc. & alend. liber.* Eiusque ratio est: tum quia, cùm pater sit debitor alimentorum necessarius, *d. c. cum haberet.* 5. *ext. de eo, qui duxit in matrimonium, &c.* in dubio videtur donasse pro alimentis debitis, & animo compensandi pro eis; prout juris est, quando debitor necessarius creditori legat, *arg. l. hujusmodi.* 84. §. *cùm pater.* 6. *ff. de*
364 *legat.* 1. Tum quia legata sunt interpretanda ex conditione legatarii, *arg. l. cum hi.* 8. *l. si in annos.* 23. *ff. de transactionib. & l. plenum.* 12. §. *equitii.* 4. *vers. sed si testator sciens. ff. de usu & habitat.* non tantum, quando testamento addita est clausula, quæ hodie test. mentis plerumque inseritur, nempe *omni meliore modo & via. &c. Iacobus de Puteo in consil. suo, quod est inter Laurentii Calcanei consil.* 62. *incip. aggredienti mihi. num.* 11. sed etiam, quando ea
365 abest; partim quòd eam clausulam in jure nusquam requiri videamus: partim quòd dicta clausula, etiam testamento non inserta, subintelligatur. *Et hanc communem esse opinionem, testatur Franc. Curtius jun. consil.* 114. *incip. non possum non mirari. num.* 9. *& consil. seq. num.* 7. *& Quintinianus Mandosius in addit. ad Lapide Castiglionchio allegat.* 29. *sub lit. N. hosq. referens Colerus d. lib.* 1. *de aliment. c.* 3. *num.* 38. *& seqq. ubi Calcanei in consil.* 59. *n.* 9. *& Chassanei consil.* 39. *num.* 53. *dissentientium doctrinam refutat, pluraque alia, huc pertinentia eruditè explicat.* Et hæc de successione descendentium sive liberorum dicta sufficiant.

DE SUCCESSIONE ASCENDENTIUM SEU PARENTUM.

356 DIspiciamus modò de successione ascendentium sive parentum. Ascendentes sive parentes cùm dicimus; non patrem tantùm & matrem, verum etiam avum & aviam, proavum, aliosque ascendentes in infinitum intelligimus, *l. quique* 4. § *parentem.* 2. *ff. de in jus vocando. l. Jurisconsultus.* 10. § *parentes.* 7. *ff. de gradib. & affinib. l. appellatione parentis.* 51. *ff. de verb. significat. Timæus Fabe. disp.*
357 21. *ad Institut. Imperial. th.* 8. Illi, descendentibus deficientibus, mortalitatis & successionis ordine inverso, secundo loco ad successionem defuncti vocantur, *l. nam etsi.* 15. *ff. de inoffic. testam. l. scripto.* 7. *in fin. ff. unde liberi. Novell.* 118. *c.* 2. Unde bellè Accursius *in d. l.* 15. *ff. de inoffic. test. super verb. ordine.* canit:

Ordine turbato, succedit Bulgare nato.

Filio itaque filiave sine liberis, fratribus item vel sororibus utrinque conjunctis, vita functis, si parentes soli, & in pari gradu supersint, æqualiter succedunt, *d. Novell.* 118. *c.* 2. *Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyllian.* Quòd si mater sola superstes fuerit, sola succedet: sin pater solus, & ipse bona defuncti, omnibus aliis ascendentibus remotioribus exclusis, capesset. Utreque verò parente, tempore mortis filii, è medio subducto: alii superiores, secundùm graduum prærogativam admittuntur: ita ut semper propin-
quiores gradu, remotiores excludant. Neque enim in 368
hac ascendentium serie, sicut in linea descendenti, locum habet jus repræsentationis: cùm contra naturam sit, ut avus repræsentet patrem suum filium, tanquam ab eo genitus, *d. Novell.* 118. *cap.* 2. *d. Auth. defuncto. ibi, salva gradus sui prærogativa. C. ad SC. Tertyllian. Wesenbec. in Parat. ff. de gradib. & affinib. num.* 15. *Forsterus libr.* 7. *de successionib. cap.* 4. *conclus.* 5. *num.* 23. *Matth. Stephani cent.* 3. *sub quæst.* 11. *Andr. Gerhardi Decad.* 11. *quæst.* 5. *Hunnius lib.* 3. *var. resol. jur. civ. tract.* 1. *quæst.* 32. Sed & diversitatis illius ratio hæc est: quia hereditas magis descendentibus, quàm
ascendentibus, debetur. Quid ita? quia non solùm ratio 369
naturalis, quasi lex quædam tacita; sed commune etiam parentum votum liberis hereditatem addicit. *l. cum ratio.* 7. *ff. de bonis damnator. d. l. scripto.* 7. *in fin. ff. unde liberi. d. l. nam etsi.* 15. *ff. de inoffic. testam.* Ascendentibus autem debetur hereditas duntaxat propter miserationem & solatium: ut scilicet, liberis amissis, ipsi solatii loco bona liberorum consequantur, *d. l.* 7. *in fin. ff. unde liberi. jure succursum.* 6. *ff. de jure dot.* Unde eleganter Cicero *pro Quint. Ad quem, ait, summus mœror ex morte alterius venit: ad eundem summum successionis honorem pervenire oportet.* Quòd si ascendentes paris quidem sint gradûs, diversæ verò lineæ, paternæ nimirum & maternæ, vel etiam disparis numeri, in stirpes succedent. *d. Novell.* 118. *c.* 2. *vers. si autem eundem. Fürstl. Wirtemb. erneuert Landrecht, part.* 4. *tit.* 19. §. *Auff den Fahl, &c. pag.* 486. *Covarruv. in Epitom. de successionib. ab intest. num.* 3. *&* 4. *Schneidevvin. hic sub cap. de success. parentum natural. & legitimor. simul. num.* 22. *Donell. lib.* 9. *Commentar. de jure civ. cap.* 3. *pag.* 404. *Oliver. Textor. in tract. de success. ab intest. num.* 71.
Forster. d. lib. 7. *de successionib. c.* 4. *conclus.* 3. *num.* 5. Ubi 370
tamen silentio non transeundum est: patrem vel avum paternum filio vel nepote intestatò defuncto, qui erat in potestate, unà cum matre vel avo materno succedentem, præter suam portionem, quam pleno jure consequitur, etiam usumfructum obtinere, donec vixerit, eius portionis, quæ matri avovè materno delata est, *per textum expressum in l. ult.* §. 1. *vers. sin verò defuncta. C. ad Sc. Tertyll. Paul. Castrens. in Auth. defuncto. C. eod. tit. Fachin. lib.* 6. *controvers. jur. c.* 6. *quos refert & sequitur. D. Bocerus hic num.* 92. *pag.* 73. *& class.* 3. *disput.* 10. *th.* 24. *edit.* 2.

Nec huic obstat *d. Nov.* 118. *c.* 2. §. *si vero, &c.* ubi Ju- 371
stinianus ita loquitur: *Si autem pater aut mater fuerint; dividenda inter eos quippe hereditate secundùm personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum singuli æqualem habeant portionem; nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare: quoniam pro hac usus portione, hereditatis jus & secundum proprietatem per præsentem dedimus legem, &c.* Nam Imperator ibi usumfructum quidem patri aufert ex portione filiorum, non autem matris: & causam assignat; quoniam scilicet vocatur ad successionem, ad quam aliás non erat vocatus secundùm antiquas leges. Sed de matris portione nullum adfert verbum: cùm tamen loquatur etiam eo in casu, quo mater adest & succedit, ut liquet ex illis verbis; *uti & ascendentium & fratrum.* Quæ significant non unius patris, sed plurium ascendentium successionem. Et idcircò meritò subdit: *nullum usum ex filiorum portione patrem sibi vindicare*: idem & de portione matris dicturus, si voluisset. Ergo *d. l. ultim. C. ad SC. Tertyllian.* minimè abrogatur; quatenus ex portione matris usumfructum patri attribuit; sed tantùm, quatenus ex

Digitized by Google

ex portione fratrum. Quicquid enim expreſſim & ſpecialiter mutatum non eſt, ad veterũ legum diſpoſitionem relictum intelligitur *l. præcipimus 32. in fine. C. de appellation. Atque ita hoc explicat Fachineus d. c. 6. ad fin.* Tametſi aliter pronunciatum ſit in Senatu Pedemontano *apud Anton. Teſſaurum deciſ.* 156. quem novè ſequitur, & tueri annititur Hunnius *d. lib. 3. quæſt. 33. & in reſolut. ad vol. 2. Treutler. diſp. 15. th. 4. quæſt. 35. pag.* 232.

372 Agitata ſæpe utramque in partem eſt quæſtio illa: ecquid pater & mater, cæterique majores diverſæ lineæ, in gradu pares, æqualiter in omnia bona ſuccedant; ſive hæc bona à matre ad filium pervenerint: ſicque nulla prorſus bonorum diſtinctio facienda ſit? Et quidem multi, magni nominis Doctores, exiſtimant: bonorum diſtinctionem & ſeparationem hic faciendam eſſe: adeò, ut in bonis, quæ ex paternâ lineâ ad filium defunctum profecta ſunt, pater ſolus ſuccedat matre excluſâ; & mater contra ſola, patre excluſo, in bonis, quæ ad filium ex lineâ maternâ pervenerunt: in omnibus autem cæteris bonis, aliunde quæſitis, æqualiter ſuccedant; *Bart. in l. poſt dotem. 40. n. ult. ff. ſoluto matrim. in Auth. itaque. C. communia de ſucceſſionib. & in l. quod ſcitis 2. C. de bonis, quæ liberis, &c. Jaſon. in d. poſt dotem. 40 num. 106. & ſeq. ff. ſolut. matr. Matthæſylan. in in. tr. de ſucceſſ. ab inteſt. in 2. artic. princip. num. 7. & ibidem in addit. Ludov. Bolognin. num. 8. Modeſtin. Piſtoris conſil 31. q. 3. num 39. verſ. idem dicit. vol. 1. Benedict. de Gamb. in c. Raynutius. 16. ext de teſtam. verb & uxorem. num. 937. Chaſſan. in conſuetud. Burgund. rubr 7. § 6. num. 7 Nicol. Boer deciſ. 192. num. 5. Ambroſ. Schurer. in tr. de ſucceſſ. ab inteſtat. t. 10. reg. 2. ampliat. 1. Anton. Teſſaur. deciſ. 27. num. 2. & 3. Matthias Berlichius part. 3 concluſion. practicabil. concluſ. 20 num. 14 & ſeq. Schneidevvin. h. in de ſucceſſ. parent. natural. & legit. ſimul. num. 12. & 13. Ernſt. 1. in tract. de feudiſt tit. de ſucceſſ. aſcendentium. pag. 216. Petr. Gregor. Tholoſ. in ſyntag. jur. univerſ. part. 3. lib. 45. c. 8. num. 11. Ludov. Roman. concl. 40. pluresque alii, quos citat Tiraq. in Comment. du retraict. lign. § 14. gloſſ. 2. num. 12.* Verum alii, non minoris auctoritatis JCti, conſtanter aſſerunt; patrem, & matrem, & cæteros majores, diverſæ lineæ, pares in gradu, æqualiter in omnia bona ſuccedere: nec aliquam bonorum paternorum & maternorum ſegregationem faciendam eſſe, undecunque bona profecta ſint, ſive à patre, ſive à matre. *Bald. in Auth. defuncto. num. 3. Cod. ad SC. Tertyllian. Nicolaus de Ubaldis in tractat. de ſucceſſ. ab inteſtat. part. 2. num. 4. Cynus, Salicetus, Fulgoſius, Ioan. à monte Sperelio, Corneus, & alii in d. l. quod ſcitis. 3. Cod. de bonis, quæ liberis, &c. Decius conſil. 94. num. 9. & ſequentib. & conſil. 186. num. 2. vol. 1. & conſil. 7. vol. 3. Weſenbec. in addit. act. Schneidevv. dicto loco Heigius hic in 2. ord. de ſucceſſ. aſcendent. num. 5. D. Bocer. n. 90. pag. 72. Arnold. Ferronius ad conſuetud. Burdigalenſ. lib. 2. tit. 5. § 1. Ranchinus in tr. act. de ſucceſſ. ab inteſtat. § 14. num. 10. Forſter. lib. 7. de ſucceſſionib. cap. 4. num. 12. & ſeqq. Covarruv. in Epitom. de ſucceſſ. ab inteſt. num. 2. Ludovic. Molina tom. 1. de juſtit. & jur. tract. 2. diſp. 163. num. 5. Baldu. Novell. in tract. de dote. part. 12. num. 45. & ſeq. Mynſinger. cent. 6. obſerv. 55. num. 3.* ubi hanc ſententiam à Camerâ Imperiali approbatam eſſe, teſtatur. Eandem ſequuntur *Fachinæus lib. 6. controverſiar. jur. cap. 4. Hackelman. illuſtr. quæſtion. diſput. 18. theſ. 15. ad lit. d. Hunnius Diſp. 12. controverſ. 7. Paulus Berens. Diſp. 8. ad Inſtitut. them. 2. quæſt. 1. Thomas Lindemannus. Exercitationum Juſtin. Diſput. 5. th. 29. Didacus Spino in ſpeculo teſtam. tit. de his, qui ſuccedunt ab inteſtat. Graſſus. in §. ſucceſſio ab inteſt. q. 22. num. 5. Capriol. lib. 2. num. 2. de ſucceſſ. ab inteſtat. Franciſc. de Barry lib. 18. de ſucceſſ. inteſtat. tit. 2. num. 6. Illuſtris Enenckel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg. 14. c. 1. part. 2. n. 4. Henning. Wegnerus Diſp. 9. ad Inſtitut. theſ. 3. lit. d. Andr. Gerhardi Decad. 11. q. 5. Iacob. Schegk. in delibat. jur. Diſp. 14. th. 48. Ioh. Iacob. Pictſt. Diſput. 4. de jure locali Ducatus Wurtemberg. th. 85. ed. 1. Petrus Barboſa. ad l. poſt. dotem. 41. n. 67. ff. ſolut. matrim. & Caſparus Schiſordegher. lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 14. quæſt. 3. & ſeqq. atque non Hunnius. de libro. 3. var. reſol. jur. civ. tract. 1. quæſt. 31. & Bachovius in not. ad volum. 2. Treutler. Diſp. 16. th. 4. lit. c. p. 1038 Ungepaur. exercit. Juſtin. 9 quæſt. 7 p. 267. edit. ult.*

373 Fundamentum hujus aſſertionis ſolidum extat *in Novell. 118. cap. 2. verſ. ſi autem plurimi, &c.* ubi apertè Juſtinianus ſancivit: hereditatem filii, vel alterius deſcendentis ſine liberis defuncti, ad aſcendentes ſive parentes, in pari gradu exiſtentes, pariter pertinere. Hereditatem verò omne jus, quod defunctus habuit, complecti pluſquam manifeſtum eſt, *l. nihil aliud. 24 ff. de verbor. ſignificat. l. hereditas. 62. ff. de regul. jur.* Cùm igitur lex indefinitè & indiſtinctè hereditatem ex æquo dividi jubeat, aliter intelligi non poteſt, niſi reſpectu omnium bonorum undecunque quæſitorum. 374 Indefinita ſiquidem oratio, à lege prolata, univerſali æquipollet, *argum. l. ſi ita relictum. 43. in princ. & l. ſi pluribus. 44. ff. de legat. 2. l. ſi neceſſarias. 8. §. ſi annua. ff. de pignor. act.* 375 & lex generaliter indiſtinctèque loquens, generaliter & indiſtinctè accipi debet *l. 1. §. quod autem. 3. in fin. ff. de aleatorib. l. 1. §. generaliter. ff. de legat. præſtand. & l. de pretio. 8. ff. de Publican. in rem act.* Huic accedit, quòd Juſtinianus *in d. Novell. 118. cap. 2.* ſibi propoſuerit omnes ab inteſtato cognationum ſucceſſiones clarâ compendioſaque diviſione diſponere: ſic, ut ea ſola, quæ ibi diſpoſuerit, ſervari oporteat, *prout in præfatione iſtius Novell. diſertè ſcribit.* 376 Aſt huic ſuo propoſito non ſatisfeciſſet, ſi caſum propoſitum in eâdem novellâ conſtitutione claris & perſpicuis verbis non definiviſſet. Eodem confert quoque evidens ratio: quòd nimirum in delatione hereditatis non origo & cauſa acquiſitionis, ſed perſona acquirentis ſpectetur: nec bona amplius materna aut paterna dici poſſint, ſed ipſius, qui acquiſivit. Sed & bona ſemel alicui quæſita, undecunque provenerint, cum aliis conſolidantur, unumque patrimonium conſtituunt. *l. ſed ſi plures. 10. §. filio. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* ac eo mortuo, hereditatis nomen adipiſcuntur. *d. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* proinde, cùm medietas bonorum paternis, & altera medietas maternis parentibus acquiratur. *d. Nov. 118. cap. 2.* ſequitur inde inſalubriter; bonorum à matre, & bonorum à patre acquiſitorum, ſeparationem fieri debere.

377 Huic ſententiæ nihil adverſatur *d. l. quod ſcitis. 3. verſ. ſin autem idem nepos C. de bonis, quæ liberis, &c.* quâ Bartoli & ſequacium opinio maximè firmatur. *Nam* in ſpecie illius legis agitur tantùm de hereditate nepotis inter patrem & avum paternum, & ſic inter aſcendentes ejuſdem lineæ dividendâ: & deciditur, quòd bona, à matre profecta, ad ſolum patrem, tanquam proximiorem, pertineant, non ad avum. Hic verò tractatur de concurſu avi paterni & materni, atque ita de aſcendentibus diverſæ lineæ, in pari gradu conſtitutis: & dicitur, eorum reſpectu nullam bonorum ſeparationem à jure noviſſimo introduci, & conſequenter eoſdem æqualiter in omnibus bonis, ex quacunque lineâ obvenerint, ſuccedere debere, *d. Nov. 118. cap. 2. verſ. ſi autem, &c.* 378 Sic quoque minimè refragatur *§. 1. ſupr. per quas perſonas cuique acquirit.* ubi Juſtinianus ipſe humanum & æquum eſſe judicat: ut id, quod à patre profectum eſt, ad eundem revertatur. *Quia* loquitur de bonis, à patre profectis: eaque ad ipſum rectà reverti dicuntur, vivo filio: quod cum præſenti quæſtione nihil commune habet. *Ad alia, quæ huic ſententiæ contradicere videntur, reſpondent ſatis commodè Forſterus, Fachinæus, Berens, Hunnius & Ungepaur locis prææallegatis.*

379 Ambigi hic quoque de eo poſſet: nunquid aſcendentes in bonis feudalibus liberis ſuis ſuccedere valeant? Sed negativa opinio expreſſo communita eſt textu *in cap. 1. in princip. de naturâ ſucceſſionis feudi. tit. 50. libr. 2. feudor.* Quam amplectuntur *Caccialupus de feud. cognit. artic. 6. num. 21. verſ. viſis concordantiis. Sonsbec. in Commentar. ad uſus feudor. part. 9. num. 46. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 6. num. 1. Cephal. conſil. 641. num. 18. vol. 5. Weſenbec. de feud. cap. 6. num. 7. Schneidevvin. in tractat. de feud. part. 6. de ſucceſſ. aſcendent. num. 1. & idem hoc tit. c. de ſucceſſ. parent. natural. & legitimor. ſimul. n. 18. Heigius hic ſub c. de ſucceſſ. aſcendent. n. 20. Borcholt. de feud. c. 7. part 2. n. 9. Vultejus libr. 1. de feud. cap. 9. n. 101. aliique ab his memorati.* 380 Ratio hujus deciſionis

Digitized by Google

non incommoda hæc videtur: quòd propter communem feudi naturam semper, si non expresse, tacitè tamen, in primâ investiturâ hoc inter dominum & vasallum actum esse intelligatur: ut concessum feudum ad investitum & ejusdem posteros, sive ex eo descendentes, non etiam ejusdem parentes, pertineat: quippe cùm rariùs, & non nisi turbato mortalitatis ordine eveniat, ut filii ante parentes decedant, & ad eorum successionem parentes vocentur, *l. nam etsi.* 15. *ff. de inofficios. testament. Alvarott. in cap.* 1. *§. hoc quoque num.* 9. *de his, qui feud. dar. poss. Hotoman. in d.c.* 1. *de natura success. feud. Vult. loco proximè notato. Duaren. in Commentar. in usus feud. cap.* 11. *num.* 10. *Hartmann. Pistoris libr.* 2. *quæstion. jur. quæst.* 19. *num.* 5. *D. Bocerus class.* 5. *Disp.* 18. *thes.* 22. *ad lit. a. edit.* 2. *& latius in tract. de jure succedendi in feudum. c.* 4. *quæst.* 1. *& seq.*

381 Etsi verò ascendentium successio regulariter in feudis nulla est: sunt tamen casus nonnulli, quibus defuncto
382 suo filio parens in feudum succedit. Primus est: si in feudi concessione sive investiturâ id expresse actum sit; ut, vasallo sine masculâ prole defuncto, feudum ad ejus parentem pertineat, *per textum in titul.* 84. *in extraordinar. capitulis. Valent. Forster. de successionib. libr.* 7. *cap.* 4. *num.* 38. *in additionibus. pag.* 537. Et quamvis dubiæ auctoritatis capitula ista extraordinaria censeantur: attamen valere hujusmodi pactum, ratio suadet: quippe cùm pactione effici possit, ut personæ, quæ aliàs in feudo succedere nequeunt, ad illius successionem admittantur: veluti fœmina, *tit.* 8. *§. filia verò lib.* 1. *feud. & d. tit.* 50. *in princip. libr.* 2. *feudor.* & frater in feudo fratris novo, *titul.* 1. *§. cùm verò vers. sin autem unus ex fratribus. ibi, nisi hoc nominatim dictum sit. lib.* 1 *feud.* item extraneus, *titul.* 48. *lib.* 2. *feudorum.*
383 Secundus casus est: si filius propter benemerita patris de feudo investitus fuerit. Cùm enim respectu & contemplatione patris feudum filio conceditur: idem feudum etiam patri, in casum deficientis filii, concedi intelligitur, *argumento l. dotem, quam.* 6. *ff. de collat. bonor. l. ultim. in fin. C. de usufruct. l. sed si plures.* 10. *§. in adrogato. vers. ego etiam. ff. de vulg. & pupill. substitut. Schrader. d. tract. feud. part.* 7. *c.* 6. *num.* 4. *Duaren. d. Commentar. in usus feud. cap.* 11. *num.* 11. *Borcholt. de feud. cap.* 7. *num.* 9. *Schirrerius in tractat. de hereditatibus quæ ab intest. de-*
384 *fer. titul.* 11. *in princip.* Tertius est casus: quando pater favore filii feudum refutavit, ut filius investiretur. Tunc, filio nullis relictis liberis masculis mortuo, feudum ad patrem superstitem jure successionis revertitur, ut Interpretes plerique volunt, *Iacobin. de S. Georg. in investitura feud. super verb. & unus ex dictis vasallis refutavit feudum. num.* 10. *Iacobus de Ardiz. in epitom. de feud. tit. de success. feud. §. ascendentes. Zas. in epitom. feudal. part.* 8. *n.* 2. *Praeposit. in c.* 1. *n.* 2. *de vasall. decrep. ætat. Borcholt. d. c.* 7. *num.* 9. *Hartman. Hartmanni ab Epping. lib. pract. observat. titul.* 54. *observ.* 46. *Sonsbecc. d. part.* 9. *num.* 48. *Schrader. d. c.* 6. *num.* 4. *Schurff. cent.* 1. *consil.* 27. *Heigius hic in tit. de success. ascendentium. n.* 31. *& Rosenthal. in synopsi jur. feudal. cap.* 7. *conclus.* 27. Et licet hoc de casu non immeritò quispiam dubitare posset, ob generalem textum *in d. tit.* 50. *in princip. libr.* 2. *feud. & d. titul.* 84. *in extraord. capitul.* eum tamen in Ca-
385 merâ Imperiali receptum esse, testatur Mynsingerus *centur.* 3. *observ.* 93. Ultimus casus est: si statutum vel consuetudo illius loci, in quo feudum, de cujus successione agitur, situm est, id permittat, *argumento tit.* 1. *in princip. libr.* 2. *feud. & tradit. Andr. de Isern. ad d. titul.* 50. *libr.* 2. *feud. Schrader. d. part.* 7. *cap.* 6. *num.* 3. *Vult. d. lib.* 1. *de feud. cap.* 9. *n* 101. *pag.* 553. *vers. quod autem, &c. hosque citans D. Bocerus d. class.* 5. *disput.* 18. *th.* 22. *ad lit. e. & d. tract. de jur. succed. in feud. c.* 4. *quæst.* 1. *vers. tertius est casus, &c. Gothofred. Anton. disp. feud.* 5. *th.* 6 *lit. A.*
386 Porro si cum ascendentibus sive parentibus defuncti fratres & sorores ἀμφιθαλεῖς, hoc est, utrinque defuncto juncti junctæve (nam ex uno latere conjuncti, ab omnibus ascendentibus meritò excluduntur, *Novell.* 118. *cap.* 2. *in princip. ibi, exceptis solis fratribus, ex utroque parente conjunctis, &c. Nicol. de Ubald. in tractat. de success. ab intest. part.* 2. *num.* 7. *Wurmser. in pract. observ. tit.* 41. *observ.* 5. *&* 6. *Hunon. disput.* 12. *controvers.* 10. *Bocer. d. class.* 3. *disput.* 10. *thes.* 29. *ed.* 2. *Hunnius d. libr.* 3. *tract.* 1. *quæst.* 34. *Fachinæus libr.* 6. *controvers. jur. cap.* 8. *ubi dissentientem adducit Chassanæum consil* 9. *& in consuetud. Burgund. Rubr.* 7. *§.* 6. *vers. dictum est hic, &c.*) concurrant: tunc inter hos: & ascendentes gradu proximos hereditas ex æquo dividenda est, adeoque tot faciendæ sunt partes, quot personæ adsunt, *Authent. defuncto C. ad Senatusconsultum Tertyl. dict. Novell.* 118. *c.* 2. Idem quoque 387
cautum extat Jure renovato Würtemberg. *part.* 4. *tit.* 20. *pag.* 491. *& seq.* Fratrum quin etiam, & sororum prædefunctarum liberi, ex utroque parente conjuncti, sive defuncto frater supersit, sive non, cum ascendentibus, propter jus repræsentationis, in stirpes vocantur, *Novell.* 127. *c.* 1. *Forsterus de successionib. ab intest. libro* 7. *c.* 7. *Schneidewin. hic in secundo ord. succedendi. num.* 29. *Plebst. de jure locali Württ disputat.* 4. *th.* 87. *&* 89. *edit.* 1. Superstitibus itaque avo paterno, aviaque maternâ, fratre utrinque conjuncto, & fratris utrinque conjuncti filiis duobus: hereditas in quatuor partes dividetur, quarum quartam hi duo ex fratre filii accipient, quam habiturus fuisset parens ipsorum, si vixisset. *Videatur Andreas Gerhardi Decad.* 11. *quæst.* 6. *&* 7. *itemque Rittershusius in expositione Novell. Justin. part.* 7. *cap.* 10. *n.* 8. *&* 9. Quamvis diversum in nepotibus fratrum, aut pronepotibus, utpote in quibus repræsentatio cessat, sit receptum, *Authent. post fratres, fratrumque filios. & ibi gl. communiter approbata, Salicetus, Cornæus & alii, C. de legit. heredib. Joan. Fab. in §. item vetustas. in fin. instr. hoc. tit. Angel. in §. præferuntur. num.* 10. *instr. de SC. Tertyll. Oliver. Textor. in tractat. de success. ab intest. num.* 77. *Covarr. in epit. de success. ab intestato. num.* 5. *vers. tertiò est notandum, &c. Heigius hic in* 2. *ord. de success. ascend. n.* 14. *Wegner. disp.* 9. *ad Institut. th.* 3. *ad lit. f. & Gerhardi. d. q.* 6.

Plane an defuncti frater utrinque conjunctus præfera- 388
tur avo suo, nec ne, controvertitur? Et illum huic non præferri, sed utrumque simul succedere, rectè statuitur, *d. Nov.* 118. *c.* 2. *vers. si verò. &c.* ubi expressum est, fratres utrinque conjunctos defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocari. Proximus autem gradu is dicitur, 389
quem nemo antecedit. *l. proximus* 92. *ff. d. V. S.* Proinde si ex ascendentibus solus extet avus, cum eo frater utrinque conjunctus succedet, non verò eum excludet: quia avus tunc gradu proximus censetur. *Atque ita docent. Bartol. Castrens. Salic. & Corn. in Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll. Covarruv. d. epit. de success. ab intest. num.* 5. *hosque allegans Fachin. lib.* 6. *controv. jur. cap.* 7. Quibus addendi sunt *Bald. Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll. Nicol. de Ubald. in tr. de success. ab intest. p.* 2. *num.* 5. *Matthæus Matthæsyllan. in d. tract. in secundo art. princ. n.* 9. *in fin. Dynus in summâ succession. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. ascend. pag.* 220. *Paul. Berens disput.* 8. *ad Instit. them.* 2. *quæst.* 2. *Hilliger. sedulus Emulator Donelli, lib.* 9. *cap.* 3. *lit. g. Oliver. de success. ab intest. num.* 77. *& seqq. Hunon. disput.* 12. *ad Institut. controv.* 8. *Wesenbec. in parat. ff. de gradib. & affinib. n.* 16. *Hunn. d. tract.* 1. *quæst.* 35. *& Forster. d. libr.* 7. *de success. cap.* 6. *num.* 1. *&* 2. Si ergo defunctus reliquit avum paternum vel maternum, & fratrem ac sororem ex utroque parente conjunctos: hereditas in tres distribuitur partes: unam partem accipit avus paternus vel maternus: secundam frater defuncti: tertiam soror. Idem dicendum, si defunctus reliquerit avum paternum & aviam paternam, & avum maternum ac aviam maternam, & fratrem ac sororem utroque ex parente junctos. Hac specie hereditas defuncti in sex æquales partes dividetur: & duas hereditatis partes capient avus & avia paterni; & avus ac avia materni itidem duas partes; & reliquas duas partes frater & soror defuncti accipient *d. Nov.* 118. *c.* 2. *vers. si verò cùm ascendentib. &c. Plebst. d. disput.* 4 *th.* 91. Quare meritò jam diu nigros tulit calculos sententia Jacobi de Belviso *in d. Novell.* 118. *c.* 2. *vers. si verò.* Chassanæi *in consuet. Burgund. Rub.* 7. *§.* 6. *vers. sed adverte, &c.* & aliorum, qui fratrem sororemve utrinque conjunctos cum patre & matre quidem admittunt, non verò etiam cum avo vel avia; sed hos ab illis excludi autumant.

Cæte-

Digitized by Google

390 Cæterùm, ſi mater ad ſecundas nuptias tranſeat: tunc
eorum, quæ ex paterna ſubſtantiâ ad filium pervenerunt,
uſum fructum quidem conſequitur; proprietatem autem
amittit, eamque filiis primi matrimonii ſuperſtitibus re-
ſervare tenetur *l. fœminæ. 3. §. illud. juncta auth. ex teſta-
mento thique ... C. de ſecund. nupt. l. mater. 5. C. ad Se-
natuſconſultum Tertyllianum. Nov. 22. cap 46. verſ. ſi au-
tem &c. & Novell. 2. cap 3. ubi Cujac. Boër. deciſ. 1 5.
& 192. Rittershuſ. d. expoſit. Nov. part 7 cap. 12. num. 5.
Heigius hic in ſecundo ord. de ſucceſſ. aſcend. num. 20. &
latiùs Schneidevvinum hic in ſecundo ord. ſuccedendi. num.
32. & ſeq.* Adde Doctorem Martam *tom. 5. digeſtorum
noviſſimorum Tit. Succeſſio. cap. 123. fol. 118.*

391 Sed utrùm idem ad patrem, ad ſecunda vota convolan-
tem porrigi debeat non omninò expeditum videtur? Sen-
tentia affirmativa cum ſuffragiis Dd. conſpirantibus (*contra
Matthæſilanum hæſitantem, in tract. de ſucceſſ. ab inteſt.
in 2. artic. principali. num. 25.*) recepta ſit, nec mihi
diſplicere debet, *dict. Novell. 22. cap. 23. verſ. & hæc com-*

392 *munis, &c.* Ejuſque ratio ſatis eſt perſpicua: quia jura
non ſolùm præſumunt, novas nuptas tum bona, tum a-
nimum & vitam ſuam novis maritis addicere. *l. lex, quæ
tutores. 22. ante finem. C. de administrat. tutor.* verum et-
iam judicant, patrem novercalibus deliniments inſtringi-
tum, maligne circa ſanguinem ſuum ferre judicium, & à
ſe ... ipsâ abduci atque avelli. *l. 3. & 4 ff. de inoffic. te-
ſtam.* Unde cum & filiorum & conjugum cauſa iſthæc
pœna introducta ſit, & tam in patre, quàm in matre ra-
tionem eandem habeat, planiſquam manifeſtum ſit, pa-
trem ſimiliter hoc caſu proprietatem perdere, uti tenent
*Bartol. Baldus, & Salicetus id dict. leg. fœminæ. 3. C. de
ſecund. nupt. Ioannes de Monteferrato in repetit. l. frater à
fratre. 38 quæſt. 17. ff. de condict. indebit. Pariſ. conſ. 28 n. 77.
volum. 3. Oldrad conſil. 33 n. 3. Decius conſ. 87. n. 3. & con-
ſil. 13. n. 1. Capra conſil. 46. num. 5. Forſterus pulchre
lib. 7 de ſucceſſionib. ab inteſt. cap 11 Gail. libro 2. obſerv.
98 num. 3 Paul. Aemil. Gauus in tractat. de except. in
ſucceſſ. tam ab inteſt. quam ex teſtam. part. 1. tit. 4. except.
3. num. 32. cum ſeqq. fol. 121. aliiſque compluribus, ab iis
recenſiti.* Quibus adjiciatur noviſſimè Bachovius *in ſuis
not. ad volum. 2. Trentleri, Diſput. 16. th. 4. lit. D. pag.
1041. ubi pro utraque parte nervoſe diſputat.*

393 Præterea mater, ſi filio ſuo impuberi intra annum tu-
torem non petierit, jure ſuccedendi in ejus impuberis de-
functi hereditate, non gaudet. *§. penult. inſtr. de Senatuſ-
conſulto Tertyll. ubi hac de re acturi ſumus latius. l. ma-
tres. 3. C. ad Senatuſconſultum Tertyllian. l. ſciant. 10. C.
de legit. heredib. l. 2. §. 1. & l. ult. ff. qui petant tutor. vel
curat. l. cum à matribus. 8. & l. ult. Cod. eodem tit. Lau-
rus de Palatiis in tract. de ſucceſſionib. part. 1. num. 51. pro-
lixè Robertus Marant. in repetit. l. is poteſt. 18. num 219.*

394 *& in multis ſeqq. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Sed & ſi
turpem ac luxurioſam vitam elegerit mater, in filii defun-
cti hereditatem non ſuccedit. *argum. l. ult. C. quando mul.
tutelæ offic. fungi poteſt. Bartolus in leg. his ſolis. 7. in fin.
C. de revocandis donat. Forſterus dict. lib 7. cap. 15. Gail.
lib. 2. obſerv. 98. num. 15. & Boxerus claſ. 3 diſput. 10.
th. 32. ed. 2.* Licet poſt Alexandrum in *l. ſororem 10. C.
de his, quibus ut indignis, &c.* aliter ſentiat Heigius hic
in ſecundo ord. de ſucceſſ. aſcendent. n. 27.

395 Verum enim verò non ſolùm parentes naturales & le-
gitimi ſimul, ad ſucceſſionem liberorum ſuorum inteſta-
torum vocantur, *ut hactenus traditum eſt:* ſed & legiti-
mi tantum ſive adoptivi parentes liberis ſuis adoptivis,
quos in poteſtate habuerunt ſuccedunt: non etiam extra-
neis adoptatis *§. ſed hodie. 2. ubi Weſenbec. ſupr. de adoptio-
nib l. penultim. circa princip. verſ ſi vero pater. & §. ſed ne ar-
ticulum C. d. tit. §. ſed ea omnia. 14 inſr. h. tit.* neque li-
beris arrogatis, ſi hi intra pubertatem deceſſerint. *§. cum
autem impubes. 3. ubi gloſſ. ſupr. de adoptionib. dict. l. pe-
nult. § pen. & ibi gloſſ. C. eod. Schneidevvinus hic in ſecun-
do ordine ſucced. n. 38. & explicatius Forſterus dict. libro 7.
de ſucceſſionib. ab inteſt. cap 18. n. 4. & aliquot ſubſequen-*

396 *tibus.* Quemadmodum autem filii naturales tantum, ſive
ex concubina procreati, ſuccedunt patri in duabus unciis,
ut ſuperius expoſitum n. 264. ita & ipſe pater, reliquique
aſcendentes duas uncias ex hereditate filiorū naturalium
conſequuntur, *Auth. licèt C. de naturalib. liber. Novell.
89. c. 13.* Et viciſſim ſicuti filii naturales in ſolidum ad he-
reditatem maternam vocantur: ita & ipſa mater, aut aſcen-
dentes ex lineâ maternâ ad ſucceſſionem liberorum natu-
ralium in ſolidum admittuntur *§. fin. inſ de SC. Tertyll. l.
2. in pr. ff. eod. Cravett. conſil. 176. n 3. Forſter. d. lib. 7.
cap. 17.* Etenim jura ſucceſſionum correlativa ſive reci- 397
proca eſſe ſolent, & debent. *argum. l. penult. & ibi Paul.
de Caſtro. C. de legitimis heredib. Trentler. diſp 16. th. 4. ad
lit. 1. volum. 2. Borcholt. in tract. de gradibus. p. mihi. 231.
Rittershuſ. in expoſit. Novell. Juſtin part. 7. c. 1. n 11. Cujac.
ad Novell 18. p. 139. Wegner. diſput. 9. ad Inſtitut. th. 3.
ſub lit. g.* & correlativorum idem jus, & eademque diſcipli- 398
na judicatur. *l. ult. Cod. de indict. viduit. tollend. l 1. C de
cupreſſis, &c.* Parentes porrò naturales filiis ſuis legitima- 399
tis eodem ſuccedunt modo, quo naturales & legitimi ſi-
ve juſti. *§. ſui autem. 2. verſ. quib. connumerant. inſr. hoc
tit.* niſi quod per oblationem curiæ legitimatis ſoli pa-
rentes ſuccedant; non etiam alii agnati cognativè. *No-
vell. 89. cap. 4 Forſter. dict. libro 7. cap. 19. n. 1. & 2.* Sanè 400
à ſpuriorum ſeu vulgò quæſitorum filiorum ſucceſſione
pater, & alii aſcendentes per lineam paternam, cum ſint
incerti, excluduntur. *l ſi ſpurius. 4. ff. unde cognati. l. vul-
go. 23. ff. de ſtat. hom.* Mater verò, quia ſemper certa, li-
cèt publicum ſit ſcortum, cæterique ex materna lineâ a-
ſcendentes iiſdem ſuccedunt. *l. quia ſemper. 5. ff. de in jus
voc. l 2 ff. unde cognati.* excluſis fratribus uterinis, *ar-
gum. Novell. 118. cap. 2. ibi, exceptis ſolis, &c. Forſter.
d. lib. 7. cap. 17. n. 7.* Nec aliud de matre illuſtri ſtatuen-
dum, poſtquam nihil ſpeciale de eâ jure conſtitutum re-
peritur, *Matthæſilanus in tractat. de ſucceſſionibus ab in-
teſt. 2. membro ſecundi articuli principal. num. 5. Schnei-
devvinus hic in ſecundo ord. ſucced. n. 48. hoſque referens
Wegnerus dict. diſp. 9. theſ. 3. ſub lit. g. ad finem.* Paren- 401
tes denique, qui liberos ex damnatâ ſeu inceſtâ conſuetu-
dine ediderunt, prorſus indignos eorum ſucceſſione re-
putari, frequentius obtinuit, *Auth. ex complexu. C. de in-
ceſt. & inutil. nupt. Novell. 89. cap. ult. Angel. in §. præferun-
tur. num. 18. inſr. de Senatuſconſulto Tertyllian. Borcholt dict.
tractat. de gradibus. pag. mihi 232. Forſter. libr. 7. de ſuc-
ceſſ. cap ultim. num. 10. & d. libr. 7. cap. 19. n. 3.* Et
tantùm de ſucceſſione aſcendentium ſive parentum.

DE SUCCESSIONE COLLATERALIUM.

REſtat, ut agamus de ſucceſſione collateralium ſeu 402
transverſalium. Appellantur transverſales omnes ex
latere cognati: ut fratres, ſorores, & ex fratribus ac ſoro-
ribus prognati: item patrui, avunculi, amitæ, materteræ,
patrui magni, avunculi magni, amitæ magnæ, & mater-
teræ magnæ. *l. Juriconſultus. 10. §. ſunt & ex lateribus. 8.
ff. de gradibus & affinibus. Ioannes Borcholt. in tractat. de
gradib. tit. de ſucceſſione transverſal. pag. 233.* Succeſſio- 403
ne itaque tam aſcendentium, quàm deſcendentium defi-
ciente: tertius transverſalium occurrit ordo: quo fra-
tres ac ſorores defuncto ex utroque parente connexi (qui
Germani fratres, Germanæque ſorores indigitantur) reli-
quis omnibus, ab uno ſaltem latere venientibus, præfe-
runtur: adeò quidem, ut repudiante hereditatem fratre
utrinque conjuncto, jure accreſcendi non admittantur
uno latere conjuncti, ſed à filiis repudiantis excluduntur)
exceptis ſolis fratrum ſororumque præmortuorum præ-
mortuarumque, utrinque conjunctorum conjunctarum-
que liberis: qui, patruis ſeu avunculis, amitis ſeu materte-
ris ſuis in capita vocati, jure repræſentationis portionem
parentis ſui accipiunt, atque ita in ſtirpes ſuccedunt: *No-
vell. 118. c. 3. Auth. ceſſante. C. de legitimis heredib. F. W-
erneuert Landrecht. part. 4. tit 21. pag 502. Schneidevvin.
hic in c. de tertio ordine ſuccedendi num 3 & 11. Heigius
hic in tertio ord. de ſucceſſ. collateral. num. 1. & ſeqq. Co-
varruv. in epitom. de ſucceſſionib ab inteſt. num. 7. & 10.
verſ. decima concluſio &c. Ferronus ad conſuetud. Bur-
dig. lib. 2. titul. 5. §. 12. Forſter. libr. 8. de ſucceſſio-
nib. ab inteſt. cap. 1. & 2. Modeſtin. Piſtoris conſil. 25.
num.*

num. 24. vol. 1. Ranchin. in Commentar. de success. ab intest. §. 13. num. 11. Oliver. Textor. in tractat. de success. ab intest. num. 78. & 88. Daniel Moller. in Comment. ad constit. Saxon. part. 3. constitut. 17. num. 1. Matth. Coler. decis. 48. num. 1. part. 1. Berlich. part. 3. conclusion. practicab. conclus. 24. num. 3. & 8. cum seqq. ubi id ampliationibus & limitationibus aliquot illustrat.

404 Jure autem feudali frater consanguineus, id est, ex patre tantùm conjunctus, unà cum fratre utrinque conjun-
405 cto succedit: eò quòd consanguinitas est species agnationis, cujus solius in usibus feudorum ratio habetur, *c. 1. de successione fratrum. §. his verò deficientib. tit. 11. lib. 2. F. ibique Bald. num. 1. Alvarot. num. 3. Præposit. num. 3. Afflict. num. 14. Laudens. num. 15. & alii ibidem communiter. Ioan. Petr. de Ferrar. in forma libelli, quo agitur. ad revocat. feudi. in verb. nec superstitib. num. 10. Tiraquell. de retract. lignag. §. 14. gloss. 2. num. 10. Rosenth. in synopsi feud. cap. 7. conclus. 130. Alexand. cons. 9. num. 14. volum. 5. Schurff. consil. 8. cent. 1. Cravett. consil. 186. n. 3. Decian. consil. 16. num. 21. volum. 1. Borcholt. de feud. c. 7. p. 2. num. 80. Hartman. Pistoris lib. 2. part. poster. q. 43. n. 2. & 12. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 7. n.*
406 *14. Vult. lib. 1. de feud. c. 9. n. 108 ubi plures citat.* Atque hanc sententiam Assessores Cameræ Imperialis approbasse, testis est locupletissimus Andr. *Gail. lib. 2. observat. 151.* Quòd si defunctus vasallus non tantùm fratrem vel fratres, sed & præter illos demortui fratris filios relinquat: hos filios unà cum patruo suo vel patruis in feudum paternum succedere, dubitandum non est, *per textum in tit. 14. §. 1. vers. si verò unus. ibi, prædicti fratres vel nepotes. lib. 1. feud. & d. t. 11. §. his verò deficientib. ibi, fratres cum fratrum præmortuorum filiis. lib. 2. F.*

Sed utrùm in stirpes, an in capita vocentur cùm patruis suis prædefunctorum fratrum filii, controversum videtur? Et ex stirpibus hos succedere, statuendum est: ita ut eam portionem consequantur, quam eorum parentes, si superstites essent, auferrent. Neque enim fratres fratri suo ut fratres, neque fratris demortui filii patruo suo ut patruo, sed illi tanquam filii suo patri, & hi tanquam aviatici nepotes suo avo in feudum succedunt. *d. titul. 40. §. 1. vers. si verò. ibi prædicti fratres vel nepotes per investituram patris & avi in beneficium succedunt. & titul. 19. §. si quis*
407 *miles. ibi, in beneficium patris ipse succedit. libr. 1. F.* Idque etiam ex eo patescit, quòd frater, quando fratri in antiquum succedit feudum, succedere dicitur non in fraternum, sed in paternum feudum; sive pater, sive avus, sive proavus, sive abavus, sive atavus, sive tritavus feudum illud primò acquisierit. *t. 50. in princ. vers. ex latere. & §. paternum. lib. 2. F.* Quemadmodum ergo nepotes avo suo in stirpes succedunt, si cum patruis suis concurrant, *t. 8. in pr. ibi, vel nepotes ex filio, loco sui patris, & d. t. 19. §. ult. ibi, in beneficium avi in patris vicem succedit. lib. 1. F.* ita quoque si cum defuncti fratre concurrant alterius fratris prædefuncti filii, hi cum illo in stirpes succedunt: quippe cùm hac in parte jus commune Romanum *d. Novell. 118. c. 3. & Nov. 127. c. 1.* comprehensum, contrario feudorum jure nullibi sit immutatum. *Et ita sentiunt omnes Feudistæ in d. c. 1. de success. fratrum. t. 11. lib. 2. F. Borch. de feud. d. cap. 7. part. 2. numer. 81. Curt. jun. de feud. part. 3. memb. 3. n. 60. Sonsbec. in consuetud. feud. part. 9. num. 98. Zasius in Epit. feud. part. 8. num. 17. Duaren. de feud. c. 11. num. 13. Wesenbec. de feud. c. 6. num. 16. Mynsing. cent. 1. observ. 04. Vult. d. lib. 1. c. 9. num. 109. D. Collega Bocer. cl. 5. disp. 18. th. 27. lit. a. edit. 3. Petr. Nic. Mozz. in tract. de feud. tit. de substantia feud. num. 77. Schrader. tract. eod. part. 7. cap. 5. num. 38. & Berlichius d. part. 3. conclus. 40. num. 1.*

408 Cæterum an id, quod modò diximus, fratris filios cum patruo suo in defuncti patrui feudum paternũ succedere, non solùm in feudo simpliciter hereditario, sed etiam in feudo, quod est ex pacto & providentia, itemque mixto, id est, partim hereditario, partim ex pacto & providentiâ, procedat, major est controversia? Sunt sanè multi, qui, ut maximè id concedant in feudo mixto, itemque absolutè hereditario, negant tamen in feudo ex pacto & providentiâ, in quo existimant, filios fratrum cum patruis suis ad successionem non admitti: siquidem hoc in feudo successio æstimetur non jure hereditario, sed jure sanguinis: ut proinde hæc res non sit metienda regulis successionum ab intestato, sed proximitate sanguinis, quo frater sine dubio fratri defuncto proximior est, quàm fratris filii. *Barth. in Auth: post fratres. C. de legitimis hered. Alexand. cons. 204. num. 6. vol. 2. & cons. 129 num. 8. vol. 5. Ias. cons. 141. vol. 1. Rum. cons. 25. n. 23. in fin. & cons. 163. in fin. vol. 3. Covarr. practic. quæst. c. 38. num. 13. Natta cons. 127. & seq. Menoch. consil. 498. num. 19. hos aliosque referens Vultejus dict. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 109. pag. 572. & seq.* ubi istam sententiam veritati theoricæ magis esse consentaneam arbitratur. Verùm hæc traditio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Etenim *in prædicto t. 11. §. his verò deficientibus. lib. 2. feudor.* generaliter dicitur, quòd fratres cum fratrum præmortuorum filiis, ad successionem defuncti fratris in feudo paterno admittantur.
Quò confert & illud: quòd omnes agnati in paternum 409
feudum succedunt, non tam quòd agnati sunt, quam quòd sunt in numero liberorum, qui ex primo acquirente descendunt. Id quod ex eo quoque apparet, quòd ipsi agnati in paternum, non agnatitium seu fraternum feudum succedere ubique in libris feudorum dicuntur: Atqui verò liberorum in successione feudi ea conditio est: ut nepotes in vicem & locum sui patris succedant, *d. tit. 8. in pr. & d. 19. §. ult. lib. 1. F.* Unde sequitur, quòd & nepotes ex fratre unà cùm patruis suis demortuo patruo in ejus feudum paternum succedant, etiamsi ex pacto & providentiâ feudum illud fuerit: quod solùm feudum re ipsa placita feudorum agnoscunt, non etiam hereditarium & mixtum feudum, *docente Hartmanno Pistoris lib. 2. quæst. jur. q. 1. n. 10. & seqq.* Atque ita sentiunt. *Bald. cons. 263. vol. 2. Panormit. cons. 85. vol. 1. & cons. 3. num. 4. vol. 2. Aretin. cons. 162. Corneus. cons. 24. & cons. 131. volum. 2. & cons. 232. volum. 4. Socin. sen. cons. 252. vol. 2. Brun. cons. 70. & 71. Taris. cons. 3. num. 42. volum. 1. Roland. à Valle cons. 68. num. 29. volum. 1. Tiraquell. de primogen. quæst. 40. num. 20. Decian. consil. 28. num. 34. vol. 1. ubi hanc sententiam veriorem & communiorem esse pronuntiat: quam etiam defendit D. Bocerus d. c. 5. disp. 18. th. 27. ad lit. b. edit. 2.*

Porrò illud hic non omittendum est: quod collatera- 410
les, sive transversi ordinis agnati, in feudum duntaxat antiquum seu paternum, non etiam in feudum noviter acquisitum, succedant. *d. tit. 11. §. his verò deficientibus. tit. 14. 15. & 26. in princ. tit. 45. 49. & 50. lib. 2. feud. tit. 1. §. cùm verò. vers. sin autem unus. tit. 8. §. ult. tit. 12. & tit. 20. lib. 1. feud. Forst. lib. 8. de successionib. ab intest. cap. 1. num. 3.* Et in tantum agnatus agnato suo defuncto in feudum novum non succedit, ut, licèt cum eo communiter & simul feudum illud acceperit: ad ejus tamen portionem non admittatur. *d. tit. 1. §. cùm verò. vers. sin autem. & tit. 14. §. si duo fratres. lib. 1. feudorum, & tit. 20. in princ. lib. 2. F.* sed ejusmodi feudum, ut apertum, ad dominum revertitur, *d. t. 20. lib. 1. F. d. tit. 11. §. his verò. vers. si enim Titii. d. tit. 14. d. tit. 15. & d. t. 26. in pr. lib. 2. F.*

Enimverò certi sunt casus, quibus etiam novum feu- 411
dum ad vasalli defuncti agnatos transit. I. est, si pacto 412
investituræ nominatim convenerit, ut frater ad novi feudi fraterni successionem admittatur, *d. t. 1. §. cùm verò. vers. sin autem. ibi, nisi hoc nominatim dictum sit. & d. t. 8. §. ult. ibi, nisi hoc fuerit dictum expressim. & d. tit. 20. ibi, nisi per investituram, &c. lib. 1. feudor. & d. 12. ibi, nisi facta fuerit eo pacto investitura. & tit. 18. ibi, ut quamdiu ipsi, &c. juncto versic. ult. lib. 2. feudor.* II. Casus est: 413
si unus fratrum, qui simul habitant, feudum novum ex communibus bonis utriusque nomine acquisierit, domino conditionem fratrum haud ignorante. *d. tit. 20. ibi, vel nisi beneficium de communibus bonis, &c. lib. 1. feud.* Quòd si verò unus ex fratribus feudum quidem novum acquisierit, sed non ex communi pecuniâ & domini consensu: illo mortuo, feudum ipsius ad fratrem alterum non pertinet, sed ad dominum revertitur: tametsi vivo fratre fructus feudi, si simul ipsi fratres habitaverint, com-

Digitized by Google

communes sint, *per textum in d. tit 12. §. si duo fratres lib 2 feud. Vult. lib 1 de feud. cap. 9. n. 106 verf. tertio,*
414 *si fratres, &c.* III. Casus est: si duo fratres feudum aliquod communiter in hostem domini acquisierint; ut scilicet communibus equis & armis dominum contra hostem juvent; *textus e. in d. tit. 20 in fine. lib. 1. feudor.* Quod si verò simpliciter unus fratrũ acquisierit feudum in hoc, ut equis & armis dominum juvet; licet cum fratre suo equos & arma illa communia habeat: ei tamen sine filiis mortuo, alter frater in feudum illud non succedit: ne fortè dominus alium, quàm quem voluerit, sibi acquirat vasallum, *per text. in d. tit. 12. §. quòd si cum equis. lib. 2.*
415 *feudorum.* IV. Casus est: si consuetudine vel statuto cautum sit, ut transversales etiam in feudum novum succedant, *arg. tit. 1. in princ. lib. 2. feudor. & l. de quibus 32. ff. de legibus Schrader in tractat. feud. part. 7. cap. 7.*
416 *num. 5.* V. & ultimus est casus: si in investiturà novi feudi adjectum fuerit, ut hoc feudum jure antiqui sive paterni feudi censeatur. Hac si quidem specie omnes transversales illius, qui feudum acquisivit, in feudum succedere, multiplex suadet ratio. Tum quia natura cujusque feudi, pacto investituræ immutari potest. *tit. 18. &*
417 *tit. 48. lib. 2. feudor.* Tum quia dominus, quando jure paterni feudi, novum alicui concedit feudum, jus suum
418 remittit: quod ei planè liberum & integrum est: cùm quisque rei suæ legem dicare possit, *l. in traditionib. 48. ff. de pactis, & l. legem, quam dixisti. 10. C. eod.* & quilibet rei suæ moderator & arbiter intelligatur, *l. in re man-*
419 *data. 21. C. mandati.* Tum quia donatio mortis causa ita fieri permittitur, ut nullo casu ejus sit repetitio: quæ donatio quoad effectum, ut scilicet revocari nequeat, perinde habetur, atque alia quævis donatio inter vivos. *l. si alienam 13 §. 1. & l. ubi ita donatur 27. ff. de mortis*
420 *caus. donationib.* Tum denique quia illud etiam, quod novum est, pro antiquo haberi potest. *l. quicunque desertum. 7. in pr. ibi, & velut domesticum, & avita successione quæsitum. Cod. de omni agro deserto, &c. lib. 11. D. Bocerus d. class. 5. Disp. 18. th. 27. sub lit. g.*

421 Neque in contrarium movet quicquam, quòd pactum illud, ut videlicet feudum novum censeatur jure paterni feudi, rei veritatem non immutet, *arg. l. si forte. 8. in fin. ff. de castrens. pecul. l. non nudis. 14 C de probationib. & l. si donatione. 13. C. de collationib.* Quamvis enim ejuscemodi feudum novum, si rei naturam spectes; reverà antiquum sive paternum feudum non sit: effectum tamen juris si consideres, pro paterno feudo habetur, eademque illius hoc casu qualitas reputatur. *Et ita tradunt Bald. in c. 1. in princ. de alienat. paterni feudi. Præposit. in c. 1. de gradib. succed. in feud. Alexand. consil. 10. lib. consil. 51. num. 17. lib. 4. Matth. de Afflict. decis. Neapol. 282. Paris. consil. 17. libr. 1. quos refert & sequitur Schraderus d. part. 7. n. 5. in fine. item Mynsing. cent. 4 obs. 84. & Gail. libr. 2. observ. 50. aliique plures per hunc allegati.*

422 De eo mirabile magnumque Doctorum certamen est: Si duorum pluriumve fratrum filii, numero diversi, soli (nullo patruo vel avunculo superstite) extent: an illi defuncto suo patruo in stirpes, vel in capita succedant. Et in stirpes succedere, tradiderunt *Accursius, Bartolus, Dynus, Angelus, Corneus, Iacobus de Arena, Guilielm. de Cuneo, Franc. de Ramponibus, & Raph. Fulgosius in Auth. cessante. C. de legitimis heredib. & alibi. Ioan. Andr. ad Speculat. de success. ab intest. §. 1. vers. sed an filii, & Matth. Matthæsyl. in tract. de success. ab intest. art. 3. princip. n. 12. vers. sed contrariam partem, &c. & ibidem addit. Ludovic. Bolognin. incip. quæst. hæc quotidiana. n. 12. & seqq. Gerhard. Mulert. in addit. ad Rolandin. Passager. in tract. de success. ab intest. num 16. & seqq. Andr. de Isern. Bald. & Martin. Laudens. ad tit. 11. de success. fratr. lib. 2. feudor. Iacob. de S Georg. in tract feud. in verb præsentes & recipientes. num. 13. Curt. junior. in tract. feud. part. 3. membr. 3. num. 53. Sonsbecc. de feud. part. 9. num. 100. & seqq. Ioannes Lignan. in Clement. plures, ext. de jure patronat. Ioan. Faber. in §. cæterùm. instr. de legitima agnator. success. Guido Papa decis. 134. incip. sed qualiter, &c. Ruinus consil. 8. in fin. lib. 1. Guilielm. Benedictus in cap. Raynutius. in verb. & uxorem. num. 631. ext. de testament. Stephan. Bertrand. in l. hac edictali. 6. vers. quam observationem. num. 4. Cod. de secund. nupt. Rochus Curtius in tract. de jure patronat. vers. ipse velit, a quo causam habuit. quæst. 2. Fabianus de Grochis in repetit. Auth. novissima. in 5. quæstion. quarta quæst. princip. C. de inofficios. testam. Anton. Faber in disp. jur. vtris. quam addidit Tractatui de variis debitorum solutionibus. Bachov. in suis not. ad vol. 2. Treutleri. disputat. 5 lib. 1. pag. 1056. Ioan. Oldendorp. in Epitom. de success. ab intest. num. 20. Nicolaus de Ubald. in tract. de success. ab intest. part. 3. n. 2. Anton. Contius lib. sing. de hered. & bonor. poss. pag 104. & seqq. Cravett. consil. 966. lib. 5. Hippol. Riminald. cons. 31. num. 47. lib. 1. Federicus Scotus consil. 18. lib. 2. Tiraquellus in Comment. du retraict. lignagier. §. 11. gloss. 12. num. 5.* ubi complures Interpretes coacervat, qui ab isthac opinione, utpote communi, in judicando non discedendum esse, autumant. Et eandem naturali rationi & æquitati consentaneam esse, haud obscurè innuit Forsterus *lib. 8. de successionib. cap. 3. num. 3. in fine.* E contrà verò in proposito themate fra- 423
trum filios in capita (etiam in feudis, quippe cùm hic casus expressè feudorum placitis decisus non sit) admittendos esse, non in stirpes, censuerunt. *Azo in summa Cod. de legitimis heredibus. num. 7. Iacobus Butrigar. Cynus, Odofredus, Albericus Castrensis, Obertus de Bobio, & Salicetus in d. Auth. cessante. Cod. de legit. heredibus. Idem Salicetus & Ioannes de Monte in Auth. post fratres. Cod. eod. tit. Hostiens. in summa tit. de success. ab intestat. §. viso igitur. colum. ult. Fortunitus Garzia in repetit. l. Gallus. 29. §. idem credendum. colum. 19. vers. ex superioribus ff. de liber. & posthum. Zasius libr. 1. singulor. resp. cap 7. & in Epit. feud. part. 8. n. 18. & tom. 1. consil. 4. Hotoman. in quæstionib. illustrib. quæst. 14. Covarruv. in Epitom. de success. ab intestat. num. 8. Rebuffus in proœmio Constit. Regiar. gloss. 5. num. 81. Vasquius de success. resol. libr. 2. §. 13. n. 33. Ioannes Spiegelius in Lexico iuris. in verb. in capita succedere Cujac. lib. 2. de feud. tit. 11. & consultat. 4 in fin. & in fragment. Ulpian. tit. 26. § 4. citans ibidem Constantinum. Harmenopul. lib. 5. Epitomes. tit. 8. Duarenus in consuetud. feud. cap. 8. num. 10. & cap. 11. n. 14. Mynsinger. cent. 3. observ. p. 64. & in §. hoc etiam addendum. n. 5. instr. de legitimâ agnator. success. Maturinus Montanus de heredib. ab intest. venientib. reg. 29. Grassus in libro commun. opinion. §. successio. ab intest. q 30. num 4. Cephalus. consil. 431. lib. 3. Anton. Tessaur. decis. Pedemont 162. hosque referens Fachinæus libr. 6. controvers. jur. c. 3.* Quibus addendi sunt *Wesenbeccius ad §. cum filius. num. 6. instr. hoc tit. & consil. 84. vol. 2. Vaudus lib. 1. var. quæstion. q. 24. Borcholt. in tract. de gradib. cap. de success. transversal. p. 241. & in tract. feud. cap. 7. part. 2. num. 29. Donell lib. 9. Commentar. de jur. civ. c. 4. pag. 405. ibique Hilliger in suis notat. ad lit. L. Rittershus. lib. 1. partitio. feudal. c. 16. quæst. 9. & seqq. in exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 13. num. 13. & cap. 14. per totum. Ludovic. Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disp. 146. n. 12. & seqq. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 36. Berlichius part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 24. num. 26. Berens disputat. 8. ad Institut. them. 3. quæstion. 2. Francisc. de Barry lib. 18. de success. intestati. tit. 3. num. 5. Joan. Georg. Majer. in synops. Jurisprud. beneficiar. sect. 3. c. 9. reg. 40. num. 140. pag 68. Frantzkius exercitat. jurid. 8. q. 9. pag. 242. & seqq. Arumæus Exercitat. Justin. 11. th. 12. Schrader in tract. feud. part. 7. c. 7. n. 16. Bocer. hic num. 109. pag. 75. & class. 3. disput. 10. th. 46. edit. 2. Hackelman. illustr. quæst. disp. 18. th. 18. ad lit b. Iacob. Schegk. in delibat. jur. Disp. 14. th. 58. lit. b. Schurerius in tract. de hereditatib. quæ ab intest. defer. tit. 12. de success. collateral. reg. 3. dilatat 5. Schneidevvin. hic in tertio ord. succed. num. 29. Heigius hic in tertio ord. de success. collateral. num. 20. Vult. hic n. 44. & lib. 1. Jurisprud. Rom. c. 73. n. 17. Bronchorst. cent. 2. assert. 52 edit. 1. Hunnius Disp. 12. controvers. 11. Roberus Disp. 13. th. 10. Giphanius ad lib. 3. Instit. Disput. 23. th. 44. & ibi in suis Olemannus num. 19. Ronchin. de success. ab intest. §. 13. n. 14. cum seqq. Plebst. Disp 4. de jure topico Wurtem. th. 96. ed. 1. Antonius de Rosell. in tract. de success. ab intest. num. 111. Henning. Gaden. consil. 68. Matth.*

Stepha-

Digitized by Google

Stephani cent. 3. *quæst.* 12. *Ungepaur. exercit. Justin.* 9. *quæst.*6.*pag.*306. *edit. ult. Treutler. d. vol.* 2. *Disput.* 16. *th.*5.*lit. b. Shroter.decad.*6. *diatrib. domesticar.q.*9. *Andr. Gerhardi Decad.* 11. *q.* 9. *Barter. decad.* 5. *q.* 1. *Hartm. Hartmanni pract. observ.tit.*32. *observ.*10. *Forster. junior. part* 1.*disput. Instit. disp.* 15. *th.*9. *Wegnerus Disputat.* 9. *ad Instit. th.* 4 *sub lit. d. D. Marta tom.*5. *digestor. novissimorum. tit.successio.cap.*136. *fol.* 120. *Grivellus decis. Senatus Dolani.* 130. *num.* 12. *cum seqq. fol.* 361. *& seqq. & Adamus Kellerus in tract. de jure succedendi ab intest. tit.* 20. *num.* 22 *& seqq.*

424 Quæ sententia (quam & ego juri magis consonam, magisque communem, proindeque semper in judicando sequendam esse, libenter fateor) tot & tantis stipata Auctoribus, probatur per luculentos textus *in l.* 2. *§.* 2. *ff. de suis & legit.heredib.in l.*1.*§.fin.ff. si pars hereditat. petat. l. penult. in fin. C. de legit. heredib. & in §. hoc etiam.* 4. *infr. de legitimâ agnator. success. & apud. Ulpianum in fragment.d.tit.*26.*§. agnatorum. & apud Caium lib.*2. *Instit. tit.* 8. *§. item si moriatur quis, &c.* Qui textus cùm jure Novellarum correcti aut immutati specialiter non sint: meritò illis standum erit, *argumento l. præcipimus.* 32. *§. ult.C.de appellationib. & l.sancimus.*27. *ibi, quod enim non mutatur, quare stare prohibetur. C. de testament.* Quinimò eadem sententia non difficulter evincitur *ex Novell.* 118. *c.* 3. *vers. hujusmodi vero privilegium. cum vers. sed & ipsis, &c.* ubi Justinianus de nepotibus ex fratre, qui cum patruis in successione concurrunt, duntaxat loquitur, & disponit; ut fratrum filii cum patruis in stirpes succedant jure repræsentationis. Ergo argumento à contrario sensu ducto, si fratrum filii patruis non concurrant, sed soli existant: in capita, non in stirpes, patruo defuncto succedent, *arg. l.* 1. *ibi, hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand est jurisd.l.si procuratorem* 8.*§.si ignorantes.* 7.*juncto§.seq.vers.igitur. ff. mandati. & l. qui testamento.* 20.*§.mulier.*6.*ff. de testament. qui testam. fac. poss.* Idem

425 præterea suadere videtur ratio illa solidissima: Hereditas inter eos, qui pari gradu distant, pariter æqualiterque partienda est, *d.l.*2. *§. hæc hereditas.* 2. *ff. de suis & legit. hered.* Cùm igitur fratrum filii pari gradu à patruo distent: æqualiter quoque, sicque in capita, & secundùm numerum personarum, hereditatem inter se distribuent.

426 Adde, quòd tum demum divisioni in stirpes locus est, cum ad eos hereditas defertur, qui è defuncti stirpe, id est, sobole ac progenie sunt: veluti cùm avi hereditas ad ejus nepotes aut pronepotes defertur. *§. cùm filius.* 6. *infr. hoc tit.* Fratris autem filii ex patrui stirpe ac progenie non sunt. Ideoque absurdum est, hereditatem ejus dici posse in stirpes dividi. Hancque decisionem non solùm Galliæ Parlamenta receperunt, *teste Hotomano d. quæst.* 14. sed & Caroli V. Imp. constitutio Germanica, *in Comitiis Spirensibus An.* 1529. *promulgata*, expresè confirmavit. Eandem quoque sequitur & comprobat jus renovatum Ducale Würtembergicum *part.* 4. *tit.* 21. *pag.* 506. *§. So aber das Abgestorben, &c.* nec non jus Saxonicum *Landrecht lib.* 1. *art.* 17. *vers. Wenn sich aber ein Erb &c. Hemig. Gud. consil.*68. *num. ult.Zobel. part.* 3. *Disput.* 17. *num.* 18. *Fachs. differ.* 38. *part.* 1. *Reinhart. differ.* 54. *part.* 1. *eosque referens Berlichius d. part.* 3. *concl.* 24. *num.* 28.

427 Huic ita stabilitæ assertioni minimè adversatur *d. Novell.* 118. *c.* 3. *vers. si autem defuncto* ubi dicitur, fratres & fratrum filios in hereditate patrui succedere in stirpes. Nam tum demum fratrum filii in stirpes succedunt, quando unà cum suis patruis & avunculis ad hereditatem patrui vocantur. Hoc siquidem casu fratrum filios beneficio repræsentationis succedere, non dubium est: cujus repræsentationis hic perhibetur effectus, ut divisionem in stirpes inducat. Nostra autem quæstio est, cùm soli patrueles seu fratrum filii inter se patruo succedunt: quâ specie jure proprio, & ex suâ personâ, non alio beneficio succedere censentur: proindeque in capita hereditas dividenda venit.

428 Nec obstat textus *in vers. unde consequens.d.cap.* 3. ubi habetur, fratris filios patruo, ex altero latere defuncto conjuncto, præferri: atque adeò filios fratrum, utrinque defuncto conjunctorum, patruo jure repræsentationis, sicque in stirpes succedere. Facilè enim conceditur, eo in casu filios fratrum in stirpes succedere: quia jure repræsentationis patris sui demortui succedunt: alioqui fratres defuncti, ex uno latere tantùm conjunctum, unoque gradu præcedentem, excludere non possent. Et iste casus novus atque singularis est, de quo hic non agitur. Verùm nostra disquisitio est, quando soli extant filii fratrum: nullus frater defuncti prorsus, neque utrinque, neque ex uno latere tantùm conjunctus superest. Quo casu ut ipsi filii succedant, nullâ patris sui repræsentatione opus habent: & consequenter, cùm ex personâ propriâ ad successionem vocentur, ea in capita secundùm jus antiquum dividetur.

Pariter nihil movet *vers.illud palam est.in d. Nov.* 118. 429
c. 3. ex quo liquet, fratrum filios in locum suorum parentum succedere, & patruos atque avunculos defuncti excludere. Nos etenim in illo versamur casu, ubi liberi duorum pluriumvè fratrum, defuncto ex utroque latere junctorum, soli existunt. Hi sanè parentes defunctos non repræsentant. At secus est, quando patrui & avunculi (quos patruos & avunculos magnos nominamus) ipsius defuncti existunt. Hic duorum fratrum liberi repræsentant patres demortuos: & propter repræsentationem in secundo esse gradu finguntur, atque ita defuncti patruos, qui in tertio sunt gradu: excludunt, *d. versic. illud palam, &c.*

Minùs urget generalitas textûs *in vers. hujusmodi verò. in d. c.*3. ubi repræsentationis beneficium, fratrum & 430
sororum filiis in genere tribuitur, sicque satis apertè indicatur, illud ipsis competere sive sint soli, sive cum patruis succedant. Quia generalitas illa secundùm ea, quæ præcedunt, intelligi debet. Ex præcedentibus autem constat, fratrum filios repræsentare parentes, quando fratres & sorores utrinque defuncto conjuncti conjunctævè extant. Quin etiam ex verbis subsequentibus *in vers. sed & ipsis.* manifestissimum evadit, ipsis fratrum filiis *tunc* hoc beneficium conferri, quando cum propriis thiis, hoc est, patruis, materteris, amitis & avunculis vocantur. Ubi par- 431
ticula *tunc* extremitatem temporis significat, *l.si his legatum.*4.*in fin.ff. de condit. & demonst.* & præcisè successionem in stirpes restringit ad eum casum, quo fratrum filii cum patruis concurrunt. Nec rectè regeritur, Justinianum *in d.vers.sed & ipsis* hoc velle, non tantùm filios fratrum, quando soli sunt, succedere in jura suorum parentum; sed tunc etiam, quando simul cum patruis succedunt in successione patrui mortui: idque probari ex copulativâ illâ, *Et*, quæ sine causâ ibi posita non sit, sed emphasim habeat. Siquidem si voluisset Imperator id obtinere solùm in casu, quo cum suis patruis succederent, & tunc demum in locum parentum suorum succedere; non dixisset, *sed & ipsis*: sed dixisset, *ipsis fratrum filiis* (neglectâ copulativâ. *Et*,) *tunc hoc beneficium conferimus, &c.* Aliàs Justinianus culpandus esset, tanquam superflua scripsisset: cùm idem jam suprà scripserit *in d. vers.hujusmodi &c.* Hoc, *inquam*, non rectè regeritur. Quandoquidem nihil superflui hic scripsit vel dixit Justinianus: *quia in d. vers.hujusmodi* hoc ipse statuit, ut hujusmodi privilegium solis filiis fratrum, & non ulterioribus, concedatur. *At in vers.sed & ipsis.* aliud statuit, ut nempe ipsis quoq; fratrum filiis tunc illud competat beneficium, cùm ad successionem cum patruis vocantur. Et sic cùm diversa utrobiq; statuerit: non potest superfluus videri. Quod verò dictionē illam, ET, attinet: ea non malè posita est in hoc sensu; quoniam hoc vult Imperator, solis fratrum filiis privilegium illud competere, & non aliis: sed & ipsis tunc solùm competere, quando ad successionem cum propriis patruis vocantur. Quo sermone beneficium illud, quod antea videri posset absolutè filiis fratrum competere, ad certas personas, & ad certum casum restringit. Qui enim successionem in patris locum tribuit solùm tunc, cum succedunt fratrum filii cum superiore gradu sive patruis suis: apertè iis, qui cum aliorum fratrum filiis pari gradu succedunt, denegat, *arg. præallegatæ l.* 1. *vers. hujus rei, ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisd. & similium.*

Rursus non refragatur *§. si verò neque fratres, in d. Novell.* 118.*cap.*3. ibi cùm tradatur, successionem in capita 432
post

Digitized by Google

poſt fratres demum, & fratrum liberos admitti : ex eo in ferri videtur, quamdiu vel fratres, vel fratrum liberi extant, non in capita, ſed in ſtirpes ſuccedi. Nam illic Juſtinianus quidem conſtituit, vocari cognatos in capita hac conditione, ſi defunctus neq; fratres, neq; fratrum filios reliquerit: ſed diſertè addit, *ſicut diximus*. Quâ adjectione de filiis fratrum omnem dubitationem ſuſtulit. Declarat quippe eâ adjectione, ſe non loqui de his ſeparatim inter ſe & ſolis ſuccedentibus: ſed ſu cedentibus unà & conjunctim, cum fratribus defuncti. De illis enim hactenus dixerat, ut eos vocaret ſolùm cum defuncti fratribus. Cæterum quid juris eſſet, ſi ſoli fratrum filii exiſterent, nec ad alterius excluſionem venirent: nullibi *in d. Nov.* 118. expoſuit: proindeque iſtum caſum diſpoſitioni juris veteris reliquit, *ad præcipimus.* 32. *§. ult. C. de appellationibus.*

Nihil inſuper reſiſtit, quòd Juſtinianus *in d. § ſi vero neque fratres*, nihil novi conſtituiſſe videatur, ſi duorum fratrum liberos in capita ſuccedere dicamus. Etſi enim Imp. Juſtinianus eâ in parte nihil novi ſanciverit: inutilis tamen propterea conſtitutio non fuit. Ex eâ ſiquidem perſpicere licet, quid idem Imperator juris antiqui alus in articulis abrogaverit, & quid juri antiquo conveniente ſtatuerit. Neque verò ulla neceſſitas eſt, ut per novam conſtitutionem jura veter. omnia correcta eſſe putentur: ſed ſatis eſt, ſi in aliquibus correcta, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata fuerint, *docente Fachinæo d. lib. 6. controv. jur. c. 3. in fine.*

433 Similiter non repugnat noſtræ ſententiæ, quòd fratrum filii avo in ſtirpes ſuccedant, *§. cum plius. 6. infr. hoc tit.* Eo namque caſu avi hereditatem illi nomine alieno conſequuntur, quaſi à ſuo patre transmiſſam: qui etiam vivo avo quodammodo dominus fuit bonorum patris, *§. ſui autem. v. verſ. ſed iti quidem ſ. de hered. quali. & diff. l. in ſuis. 11. ff. de liber. & poſthum. hered. inſti.* ut non tam hereditatem dividere, quàm liberam ejus adminiſtrationem conſequi videantur. Sed diverſum eſt, cum fratrum filii patruo ſuccedunt: quippe cùm pater eorum in bonis fratris defuncti nullum omnino jus habuerit.

434 Adhæc nihil negotii faceſſit, quod objicitur: ſi patrueles ſoli, ſuccederent patruo in capita: inde hoc abſurdum ſequi, quòd neceſſum eſſet, eos concurrentes cum patruo ſuperſtite ſuccedere difformiter, ſcilicet cum patruo in ſtirpes, inter ſe autem in capita: atque adeò unius & ejusdem hominis hereditatem modò in ſtirpes, modò in capita dividi. Etenim negatur, abſurdum eſſe, unius ejusdemque hominis hereditatem variè, pro caſuum & perſonarum varietate, dividi; hoc eſt, modò in ſtirpes, modò in capita. Nam etiam antiquo & perpetuo jure, cujus hominis hered. tas, ſi ex duobus filiis nepotes ſuccedebant, in ſtirpes dividebatur, ejusdem hereditas, ſi fratrum filii, & (*ut vulgus loquitur*) ex fratribus nepotes ſuccedebant, in capita dividebatur, *l. 1. §. ſi filii. & ſeqq. l. 2. §. 2. ff. de ſuis & legitimis heredib. l. Papinianus. 8. §. quoniam ff. de inoffic. teſtam. Hotoman. d. q. illuſtr. 14. ad finem. Rittershuſ. d. lib. 1. part. feudal. cap. 16. quæſt. 13. p. 246.* Præterea non valet hæc conſequentia: Fratrum præmortuorum liberi ſuccedunt unà cum patruo in ſtirpes: ergo ſuccedunt quoque in ſtirpes, quando ſoli concurrunt. Illo namque caſu ideo in ſtirpes ſuccedunt: quia jure repræſentationis ad defuncti hereditatem perveniunt, nec aliter admitterentur: quoniam cum patruo, gradu proximiori defuncto conjuncto, ſuccedunt: à quo excluderentur, niſi ita jure repræſentationis ſuccederent.

435 At ſoli concurrentes ſuccedunt in capita: quoniam ſuo jure ſuccedunt, *ut ſuprà aliquoties monitum.* Illic concurrunt diverſi gradus perſonæ: hic verò perſonæ gradûs ejusdem. A ſeparatis proinde propoſitum argumentum procedit: & conſequenter nihil validè concludit, *arg. l. ult. ff. de calumniatorib. l. duobus. 25. ff. de teſtam. tutel.*

436 *l. neque natales.* 10. *C. de probationibus.* Denique minimè obſiſtit *Auth. ceſſante. C. de legitimis heredib.* ubi diſertè dicitur, ceſſante ſucceſſione lineæ deſcendentis, & ejus, quæ ſola ſit aſcendentis, vocari primò fratres, fratriſque præmortui filios in ſtirpes. Primò enim Auctor iſtius Authenticæ, quisquis ille fuerit, malè eam & mutilatè *ex d. Nov. 118. c. 3.* concepit: & ideo, quia cum fonte & textu, unde derivata & excerpta eſt, non concordat, auctoritatem nullam habet. Deinde verba illa (*vocantur primò fratres, fratriſque præmortui filii in ſtirpes*) non disjunctim, ſed conjunctim intelligi debent: ut ſenſus ſit, fratres defuncti, fratriſque filios, ſimul concurrentes, ſuccedere in ſtirpes: id quod verum eſt, & à nobis haud negatur. *D. Hunn. d. lib 3. tract. 1. quæſt. 36. in fine.*

Quemadmodum autem duorum fratrum liberi, cùm ſoli ſunt, patruo ſuo in capita ſuccedunt, *ut ad longum hactenus explicatum eſt*: ita iidem patruo ſuo magno, id eſt, avi fratri, tam in allodialibus, quàm feudalibus, ſuccedere non malè dicuntur: cùm utrobique eadem militet ratio: quòd ſcilicet jure & nomine proprio, tanquam proximiores, non jure repræſentationis, ad ſucceſſionem veniant. Atque ita in quadam facti ſpecie reſponſum fuiſſe, teſtatur Joannes Borcholt, *d. tra l. feud c. 7. part. 2. n. 83. quem refert & probat D. Bocerus claſſ. 5. Diſp 18 ſub theſ. 29 in fine. edit. 2 item Berlichiu. d. part. 3 concluſ. 24. n. 31.* 437

Sanè fratres legitimi tantum, tum demum mutuo ſucceſſionis jure utuntur, cùm ab aliquo aſcendentium ſunt adoptati, *l. pen. §. & l. ult. Cod. de adoptionib. Forſt. libr. 8. de ſucceſſionib. c. 14. n. 3. Schneidevvin. hic in tertio ord. ſucced. num. 41. & Heigius in tert ord. de ſucceſſ. collateral. n. 37.* Naturales tantùm, nec non ſpurii, ab uno eodemque procreati, diverſas autem matres nacti, jus hereditatis mutuæ non habent: licèt de illis, qui eadem matre editi ſunt, aliud ſit ſtatuendum. *§. vulgo. infr. de ſucceſſ. cognator. l. 2. & l. ſi ſpurius 4. ff. unde cognati. Didac. Covarruv. in Epitom. in quart. lib. Decretal. part. 2. c. 8. § 5. n. 19.* Ex coitu tandem legibus damnato natis, ſibi invicem ſuccedere nullo jure permittitur, *Auth. ex complexu. Cod. de inceſt. & inutilib. nupt. Nov. 74. c. ult. & Nov. 89. c. ult. Forſter. d. lib. 8. de ſucceſſ. c. 13.* 438

Quòd ſi porrò defunctus fratres ſororesvè utrinque copulatos copulatasvè non reliquit, nec etiam eorundem liberos: ad hereditatem ejus ex altero tantùm parente juncti, ſecluſis patruis, avunculis, & alus ſimilibus, haud dubiè admittuntur, *Auth. poſt fratres autem. C. de legit. hered. Nov. 118. c. 3 verſ. his autem non exiſtentib. &c. Schneidevvin. hic in tertio ordine ſuccedendi. n. 20. Olivet. de ſucceſſ. ab inteſt n. 88. verſ. non exiſtentib. autem fratrib. &c. Berlich. d. concluſ. 24. n. 71. & ſeqq.* Quod & jure noſtro renovato Wurtembergico procedit. *part. 4. titul. 21. §. Wann aberder Abg ſtorben. p. 507. & ſeqq.* Hinc ſi fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici vinculo concurrant: illi ſoli, hoc excluſo, heredes erunt, *d. Nov. 118. c. 3. § ſi vero neque fratres. & d. Auth. poſt fratres. ibiq; Dd. Cod. de legit. hered.* Quod tamen jure Wurtembergico non æquè eſt receptum. Siquidem ex jure omnes fratres, fratrumq; filii ex uno latere, & nepos (non itidem pronepos) ex duplici copulâ, ſimul ad hereditatem vocantur, *d. tit. 21 §. Wollte aber der verſtorben, &c. p. 511. Plebſt. diſp. 4. de jur Topico Wurtemb. th. 134. edit. 2.* 439 440

Atquid pronunciandum, ſi defunctus fratrem conſanguineum, hoc eſt, ex eodem patre progenitum, itemque fratrem uterinum, id eſt, ex eadem matre natum reliquerit; Hac ſpecie utrumq; fratrem ad defuncti fratris hereditatem vocari, frequentius placuit: ita tamen, ut conſanguineus ſolus habeat bona a patre; uterinus contra a matre quæſita in reliquis bonis communiter partis, ex æquo admittantur. Et huic pronunciato fundamentum ſatis ſolidum poſitum eſt *in l. de emanc. 13. § cum enim verſ exc. C. de leg. her.* Quæ lex cùm jure noviſſimo non reperiatur nominatim & expreſsè correcta aut mutata, cur ſtare prohibeatur; *arg. l. ſanc. 27. C. de teſt. & l. præc. 32. in fin. C. de appell. & l. un. ibi leg. legib. conc prompt. eſt. C. de inoffic. dot.* Unde vulgò, & quidem non inſcitè, dici ſolet, paterna paternis, materna maternis deferri. Eoque pertinet verſiculus: 441

Materni cedant materna; paterna paternis:

Eamque concordibus calculis ſententiam comprobarunt *Accurſ. in d. Auth poſt frat ſuper verb. filii eor. C. de liber. & in Auth itaq; mort. an verb. ex utroq; par. ibiq; Bartol. C. com. de ſucceſſ. Id. Accurſ. in Nov. 84. c. 1. §. 1. in verb mel. & ibid. Cuj. Azo in Summa C. de legit. her. n. 9. Dynus Mugellanus in tractat. de ſucceſſionib. ab inteſtat. num. 17. Rolandinus Paſſagerius in tractat. de ſucceſſionib. ab inteſtat. num. 20.*

Digitized by Google

Cynus Pistoriens. in eod. tract. part 3. num. 8. & 9. Matthæsyllanus in tract. de successi. ab intest. 2. art princ. num. 8. & ad eundem Ludovicus Bolognimus in suis additionib. Angel. Aretin num. 5. Joan. Faber. num. 2 in §. si plures. instr de legit. agnator. successi. & idem Faber in Breviario Cod. ad d. Auth itaque C. de legit. heredib. pag. 306 Joh Petr. Ferrar. Practicus in forma libelli, pro hereditate ab intestato delata in verb. nullisque superstitibus ex eo liberis. num 29. Hartmann Hartmanni libr. 2 pract. observ. t. 53. observ. 3. n. 13. Ant. Gabrielius Rom. com. concl. lib. 4. t. de successi. ab intest. 9. conclus. 3. n. 3. & 4 Jason. in l. post dotem 41. n. 106. & seq ff solut. matr. Alex. consil. 5. incip. consideratis col 2. vers. sed hæc confirmo. lib. 6. Ranchin. de successi. ab intest. §. 13. n. 8. Tiraq. du retraict. lign. §. 14. gl. 2. n. 4 Bertachin. in suo Repertorio. in verb fratres uterini, &c. Covarruv. in Epitom. de successionib. ab intest. n. 8. vers. tertio. &c. Grassus in thes. recept sent quæst. 32. n 1 in §. successio ab intestato. Schurff consil. 91. incip visis & diligenter. n. 4. cent. 3. Donell. libr. 9. Comment. de jure civ. cap 4 pag. 405. D. Bocer. class. 3. disput 10. th. 44. edit. 2. & in hoc tit. num. 114. p. 76. Forster lib. 8 de successionib. q. 8. n 2. & 4 Pfeil consil. 116. Petr. Greg. Tholosan in syntag jur part. 3. lib. 45. cap. 11. n. 7. Borcholt. in tract. de gradibus c. de successi. transversal. pag. 244. Ambros. Schurer in tr de successi. tit. 12. ampliat. 7. Treutler. vol. 2. disp. 16 th. . lit. C. Vultejus hic n. 45. & Heigius in tert ord. de successi collateral. num. 32. Modestin Pistoris consil. 31. quæst. 3. n. 38. 9. 43 cum seq. vol. . & noviter Matthias Berlichius part. 3. conclusionum practicabil. conclus. 29. num. 4 & seqq ubi istius conclusionis quasdam restrictiones adducit. Quorum Doctorum tam veterum, quàm novorum, eorumque gravissimorum traditioni merito etiam subscripsit Collegium Juridicum Altorfinum, *Respons.* 17. Et quamvis non desint ex Interpretibus, qui contrariæ opinioni patrocinantur, sicque nullam in præsenti casu bonorum separationem instituendam esse contendunt: quorum antesignanus perhibetur Placentinus *Glossator, quem sequuntur Raynerius de Forolivio, Baldus, Salicetus, Fulgosius & Corneus in dict. Auth. itaque C. commun. de successi. Fachinæus lib. 6. controversiar. jur. cap. 5. D. Nicolaus Varenbulerus, Collega olim meus honorandus, in consilio quodam inter Altorfina relato. 16. huncque laudans Pistor. d. disput. 4. de jure Top. Wurtemb. th 136. Bachovius in not. ad d. volum. 2. Treutler. dis. 16. lit. C. pag. 1058 Petrus Barbosa ad l. post dotem. 1. n. 71. cum seqq. ff. soluto matrim. Schifordegherus lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 14. quæst 1. & 2. itemque novissimè Hunnius d. lib 3. var. resolut. jur. civil. tract. 1 quæst. 37. Adamus Keller. in tract. de jur. succed. ab intest. titul. 2. num. 34 & seqq. Thomas Lindermannus exercitationum Justin. disput. 5. th 29.* attamen cùm nostra decisio non solùm
442 manifesto juris textu, eoque nondum specialiter correcto (neque enim *per Novell. 118 c. 3. generaliter & indistinctè loquentem* correctio, quæ per se odiosa, adeoque vitanda est, *c. cum expediat. 29 text. de elect. in 6.* induci potest vel debet: cum in correctione specialis expressio desideretur, *d. l. præcipimus. 32. §. ult ibi, specialiter non vi*
443 *detur expressum. Cod. de appellat.* & omissum à Justiniano. pro omisso habendum sit. *l. si cum dotem. 22. in princ. & l. si vero. 64 §. de viro. 9 ff. solut. matrim. l. commodissimè 10. ff. de liber. & posthumis. cum similib. Cothman. cons. 26. num. 4 vol. 1. Mundius consil 20. num. 118. vol. 1.*) corroborata sit: verum etiam communem applausum meruerit, ut vel ipsi adversariæ opinionis defensores fatentur & agnoscunt: eo minus de veritate illius quisquam du-
444 bitare poterit. Ea namque opinio verior præsumitur, quæ à majori Dd. parte recipitur & approbatur. *l. 1. in princ. ibi, sane crebrior apud veteres opinio est. ff. de officio quæstor. l. 4. in princip. ibi, & generaliter omnes opinantur. ff. de his qui not. infam. l. ita vulneratus 51 in princ. ibi dicitur vulgo. ad L. Aquil. l. quæsitum. 12 § sed si fundus 27. ibi. quam sententiam quotidie increscere & invalescere videmus. ff. de instruct. vel instrum. legat. Bartol. in l. ult C. de pœn. jud. qui malè judic. Stephan. de Federicis in tractat. de interpret. jur. part. ult. n. 118. Alexander. consil. 7. n. 10 lib. 4. & consil. 19 n 13. lib. 7 Decius cons. 480. Thomas Ferrarius in tr. cautel. 31. Alciat. in tr. de præs. reg. 1. præsumpt. 51. n. 1. Nevizan. lib. 5. sylvæ nuptial n. 1. Martinus Navarrus in manuali confessor. cap. 27 n 287. & Joannes Baptista Asin. in praxi de ordine judicior. §. ult. cap. ultim. num. 1*
Quò pertinet, quod communis Dd. opinio 445
vim consuetudinis obtinere dicitur, *secundum Bald. in cap. ne innitaris. ext. de constitut. & Menochium de præsumptionibus libro 2. præsumpt. 71. n. 3. ubi ea de re explicatim dissertat.* Denique hæc nostra sententia, quæ bonorum paternorum & maternorum separationem inter fratres consanguineos & uterinos inducit, non modo ab usu & observantia viridi non dissentit, *ut testatur d. Respons. Altorf. num. 17. ad fin. & Ranchinus d. § 13 n 8 in fine.* verum etiam summo Consistorio nostro Wurtemberg. nec non in Facultate Juridica Tubingensi, quamdiu ego quidem cum aliis Dominis meis Collegis interfui, in illiusmodi controversia decidenda, exactè & notoriè hactenus observata fuit: ita ut mirum sit, quosdam ex dissentientibus scribere non vereri; isthanc bonorum distinctionem hodie non tam jure, quam moribus & usu antiquatam ac abrogatam esse. Tametsi eam jus renovatum Wurtembergicum haud obscurè rejecerit, *part. 4. titul. 21 §. Solte damit, &c. ibi, ohne Unterschied, die Euter seyen vom Vatter oder Mutter, auff den Verstorbenen kommen.* i. e. nullo habito discrimine an a patre vel a matre bona defuncto venerint. *pag. 509 Vide D. Besoldum in delibat. juris ex lib 27 ff. quæst. 8 pag. 133. & seq.*

Hujus loci propria & hæc quæstio est: an fratres utrin- 446
que conjuncti excludant fratres ex altero duntaxat parente junctos, in successione nepotis ex fratre prædefuncto? Et non excludere, sed simul omnes admitti, docuit primo omnium Bartolus *in l post consanguineos. 2. §. legit. 4. ff. de suis & legit. heredib. quem secuti sunt Curtius junior cons. 46. col. 2. Antonius de Rosell. in tractat. de successi. ab intest. num. 154. & seqq. Corneus in Auth. post fratres. col. 22. C. de legit hered. Rubeus consil. 102. Covarruv. in epitom. de successi. ab intest. num. 9. Nicol. de Ubald. in tract. de successi. ab intest. part. 3. num. 6. Borcholt. in tract. de gradibus, c. de successi. tranversal. pag. 247. & seqq Schneidevvin. hic in tertio ord succed. num. 34. Cujac consultat 4. & Ranch. in Comm. de successi. ab intest. §. 12 num. 18.* Ratio autem, cur frater consanguineus, & frater germanus ad successionem nepotis ex fratre præmortuo simul admittantur, hæc redditur, quia frater consanguineus & germanus in uno eodemque gradu existunt. Neque hic duplicitas vinculi quidquam operatur: sed sola cognatio, proximitas & paritas gradûs spectatur. hîc non attenditur quod frater germanus ipsius defuncti patri ex utroque parente, consanguineus vero ex altero tantum conjungitur. Nam ille respectus tunc habetur, quando de hereditate & successione defuncti fratris aut patrui agitur. Secus est, quando de successione nepotis, aut qua alia, tractatur.
Tunc enim omnes ex latere sive ex transverso juncti, se- 447
cundum gradus prærogativam, ad hereditatem veniunt: ita ut perpetua lege priores in gradu, potiores sint in successione: pares vero in gradu, pariter quoque & in viriles portiones succedant. *Novell. 118 cap. 3. § si vero & Auth. post fratres C de legitimis heredibus Fürstl. Würtem. erneuert Landrecht par 4 tit 12 § Fernerist wo die abgestorben, &c. pag. 514.*

Est & alia huic admodum affinis quæstio: utrùm frater patruelis, sive consobrinus utrinque conjunctus, præferatur defuncti patruo aut avunculo, ex uno latere conjun-
cto? Pone: erant tres fratres, Titius, Sempronius, Ca- 448
jus. Titius & Sempronius ex primo matrimonio procreati, & sic utrinque conjuncti: Cajus ex secundo, sicque ex uno tantum latere iis junctus. Titius decessit uno superstite filio: Sempronius itidem altero filio, qui postea intestatus mortuus est; superstitibus fratre patrueli, & patruo Cajo, ex uno duntaxat latere conjuncto. Quæritur de legitima successione inter hunc patruum & fratrem patruelem: Cajus patruus vult succedere solus, tanquam proximior, excluso consobrino, tanquam remotiori, cum sit in quarto gradu. Ex adverso contendit consobrinus, se solum legibus vocari, cum sit utrinq; conjunctus, & patruo potiore esse, qui defuncto ex uno tantum latere contingat. Quid juris? Patruū præferri consobrino, eumq; excludere, verius est: cum ipse patruus in tertio sit gradu; cōsobrinus

in

Digitized by Google

in quarto. § 3 & 4 *inſr de gradib cognat l.* § *tertio gradu.* 5. & § *ſeq l Juriſconſultus* 10. § *tertio gradu.* 14. & § *ſeq. ff. de gradib & affinib* Conjunctio ſiquidem ex utroque latere (*ut paulo antè monitum*) in ſucceſſionibus ab inteſtato tunc demum attenditur, cum fratribus aut patruis aut parentibus ſuccedi tur: non verò, cum quæſtio de ſucceſſione fratris patruelis oboritur. Hoc enim caſu conjunctos ex uno latere, cum conjunctis ex utroq; latere æqualiter ſuccedere, reſpondit Alexander *conſil* 66. *vol.* 5 & *Paul de Caſtro conſ* 168 *quos refe.* & *ſequitur Guilielm Ranchinus dicto Comm de ſucceſſ ab inteſt* § 13 *n* 9.

449 De reliquorum agnatorum & cognatorum ſucceſſione copioſiùs diſputare nihil attinet: cum ea, ex generalibus regulis, ex jure noviſſimo depromptis, quas mox ſubjiciam, facilè dijudicari poſſit. I. Agnati & cognati hodie ſimul ſuccedunt, nullo inter eos habito diſcrimine: ut, ſororis neptis cum fratris nepote: avunculi aut materteræ filius, ſimul cum patrui aut amitæ filio: avunculus magnus & matertera magna, cum patruo magno & amitâ magna: qui omnes ſunt in quarto gradu, ſed alii agnati, alii cognati, *auth. poſt fratres fratrumque filios C. de legitimis*
450 *heredib Novell.* 118 *cap* 3. § *ult.* II Proximiores agnati aut cognati excludunt ulteriores: ut ſororis nepos, qui in quarto eſt gradu, fratris pronepotem, qui eſt in quinto, excludit: quamvis hic ſit agnatus, ille cognatus, *juribus modo alleg t s* Item avunculi filius excludit patrui nepotem: patruus aut avunculus magnus, amita aut matertera magna propiores ſobrino: cum illi ſint in quarto gradu, hi vero in quinto. *l.* 2 *Cod. de ſucceſſorio edict. d. c.* 1 § *quarto gradu* & § *ſeq.* & *d. l. Juriſconſultus* 10. *quinto gradu* 15. & § *ſeq. ff de gradi-*
451 *dibus & affinibus* III. Nulla eſt inter eos differentia ſexus: ſed fœminæ ſimul cum maſculis ſuccedunt: & proximiores mulieres excludunt ulteriores viros. *auth poſt fratres autem in pue & Auth eſt. c. de legitim. heredib d Nov-*
452 *vell* 118. *cap* 4. IV. Collaterales omnes, præter fratres, & fratrum filios, ſuccedunt in viriles portiones, id eſt, in capita, nunquam in ſtirpes *d. la Novell.* 118 *cap* 3. § *ultim. d. auth poſt fratres, fratrumque filios. C. de legitimis hered h. Berlichius d. part* 3. *conclu'* 24. *num* 64. & *ſeqq. Reiner. decad.* 8 *quaſt illuſtr.* 5. *Illasque regulas recenſet etiam Ranchinus d.* §. 13 *num.* 20

453 Illud hoc loco ſingulariter, albeque (*quod aiunt*) calculo notandum venit: quòd ſi qua perſona duplici ratione defuncto conjuncta ſit, ea duas quoque hereditatis partes auferre queat. Ideoque ſi (*exempli gratiâ*) Titia tanquam neptis ex avunculo magno, & tanquam neptis ex amitâ magnâ, defuncto fuerit conjuncta: eam duas portiones ex ipſius hereditate accipere poſſe, credibile
454 omninò & probabile eſt. Primò enim juris eſt non incogniti: quod eo caſu, quo duplex qualitas in una eâdemque perſona concurrit, illa perſona pro duabus perſonis reputetur, & perinde habeatur, atque ſi illa duplex qualitas duabus diverſis perſonis ineſſet. *l. ſi conſul* 2. & *l ſeq ff. de adoptionib. l tutorem.* 22 *ff. de his, quæ ut indig. auferunt. l. quaſitum.* 16 *ff de in jus voc. l. procuratoris.* 5. §. *ſi plures. ff. de tributor act. l. Titiæ textores* 36. *ff de legat* 1. *l legatis.* 65. § *ſi unus ff. de legat* 3 § *ſi tutor.* 4. *ſ. de inofficioſo teſtament l cum quædam.* 26 *Cod. de adminiſtrat. tutor cap à collatione* 11 *extr. de appellationib in* 6. *Andreas Gail in tract. de Arreſtis Imperii cap* 6. *num.* 14 & *ſqq. ubi hoc aliquot exemplis illuſtrat.*
455. Atque hinc eſt, quòd una eademque perſona diverſo reſpectu cenſeatur diverſo jure. *l ille. a quo* 13. § *tem. cum leg. ſeq ff ad SC. Trebellian. l. apud filiumfamilias.* 18 *ff. de manumiſſis vindict. l* 1 §. *ſed & ſi præſes ff. quando appelland. ſit c innotuiſtis.* 15 *extr de conceſſione præbenda. c. cum capella.* 16. &c *ex tre.* 17. *in fin* & *ubique notabilis gl.* & *Zabar ext. de privil. Cravo in tract. de antiq temp. p.* 4. *abſolutis. num* 34. & *Everb. à Mideb. in top. legal. in loc de tanquam ſeu reſpectivis.*
456. *n.* 24. Sicut etiam una eademque res diverſis reſpectibus diverſo jure cenſetur. *l omnes.* 75 *propriæ ff. de legat* 2 *ubi in prælegatis pars habetur jure, hereditario pars jure leg. Panorm. in c cum in tua. in fin ext. de decimis. Ripa in c. ult. n.* 122. *Cod. de revocand. don Tiraquell du retraict ligna.*

c. :: gloſſ. 18. *n.* 23 & *c.* 18 *gloſſ.* 5 *n.* 1. & *idem latè in tract. de nobilitat. cap.* 28. *n.* 13. *Menoch. in tract de recuper. poſſeſſ remed.* 1. *n.* 36. *ubi plures citat.*

Secundò, quando duæ qualitates in eadem perſonâ ſimul concurrunt, quarum quælibet per ſe poteſt operari ſuum effectum: tunc una qualitas alteri non derogat; 457 *arg l.* 1 § *conſules ubi Bald. ff de offic. conſul. So in in l. cum pluſ familiis* 14. *n.* 28 *verſ ſe unica ratio. ff de legat.* 1. *ibique Cravett in* 2. *part n.* 395. *hocque referens Joann. Petr. Surdus conſil* 91. *n.* 19. *item idem Surdus conſil.* 131. *n.* 42 & *conſil.* 261. *n.* 22 ubi ita diſertè reſpondit: *Quando unus repræſentat duplicem perſonam, & diverſa jura habet ſecundum perſonæ diverſitatem; tunc unumquoque jus conſideratur per ſe. tanquam ſi duæ eſſent perſonæ.* Cùm igitur Titia noſtro in themate duplicem ſuſtineat perſonam, duplexque ſucceſſionis jus obtineat: conſequens utique eſt; eam, ſi tanquam neptis ex avunculo magno unam portionem acceperit, non impediri, quòminùs & alteram portionem, ceu neptis ex amitâ magnâ, petere poſſit.

Tertiò hanc deciſionem juvat, quòd exercens duas di- 458
verſas artes mechanicas, ad onera & ſtatuta utriusque Collegii obligetur, *per textum in dict c poſtulaſtis.* 15. *extr. de conceſſ. præbend. l. penult ff. de offic. aſſeſſor dict. l ille, à quo.* 13. §. *tempeſtivum.* 4 *ff ad Senatusconſult Trebellian. l. hac parte.* 10 *Cod. de proximis ſacror. ſcrinior.* & *ibid gloſſ. in verb. duplici.* & *l. final.* §. *nec ſit conceſſum Cod de adſeſſoribus. Et tradunt Felinus in c.* 2. *n.* 10. *extr. de probat. Roman. conſil.* 432 & *Andreas Gail dict. tractat. de arreſt. c* 6 *n* 28. Quemadmodum ergo una eademque perſona propter artificii, vel aliam duplicem qualitatem, duarum perſonarum onera ſuſtinet: ita & propter duas diverſas qualitates, duarum perſonarum commoda percipere de- 459
bet: cum contrariorum eadem ſit ratio & diſciplina; *argument. l.* 1. *in princip ff. de his, qui ſui vel alieni juris ſunt init tit ſupr dicto tit* & *initio tit. ſ. de tutel.* & *l ſi mortis.* 18 *in princip ff qui* & *à quib. manumiſſi liberi non fiunt. Ariſtot. lib.* 1. *Topic.* 11.

Quartò facit textus *in leg. ſi ita ſcriptum.* 13 *ff de liber.* 460
& *poſthum hered.* ubi Julianus reſpondit in hæc verba: *Si ita ſcriptum ſit; ſi filius mihi natus fuerit, ex beſſe mihi heres eſto; ex reliqua parte uxor mea heres eſto: Si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres eſto; ex reliqua parte uxor heres eſto: Et filius, & filia nati eſſent: dicendum eſt, aſſem diſtribuendum eſſe in ſeptem partes: ut ex his filius quatuor, uxor duas. filia unam partem habeat.* &c. Hæc Julianus Ex cujus reſponſo patet, quòd uxor in utrumque caſum, ſi vel filius, vel filia naſcetur, in certa parte à marito heres inſtituta, natis & filio & filia, duplici reſpectu & quaſi duplex mater conſideretur, una, quæ filium, & altera, quæ filiam peperit Et juxta hunc duplicem reſpectum uxor conſiderata, majorem etiam portionem ex voluntate teſtatoris aufert, per textum ibi, *quam ex utroq; nato teſtator. voluerit uxorem aliquid habere* &c Eodem etiam ſpectat text. in *l. poſt emancipat.* 40 *in pr ff. de leg* 3.

Quintò, quando pluribus eadem quantitas promittitur; tunc pro perſonarum numero quantitas promiſſa in- 461
ter eos dividenda eſt. *l. reos* 11. §. 1 *ff de duob. reis conſtit. l. eum, qui.* 56. *in pr. ff de verb. oblig.* Sic etiam quando pluribus eadem res in teſtamento legata eſt; ad partes vi- 462
riles rei legatæ, pro numero perſonarum, vocantur. *l. pluribus.* 13 *ff de legat* 1. *l. re conjunctim* 89 *ff de legat.* 3. § *ſi eadem res* 8. *ſ. de legat.* Jam verò jure ad hereditatem illius, qui ſine aſcendentibus & deſcendentibus, & ſine fratribus & ſororibus, eorumque liberis vitâ functus eſt, vocant plures cognatos, qui proximiore eodem gradu exiſtunt; & illa vocatio intelligitur ſecundum numerum perſonarum ad æquales portiones facta eſſe. *Novel* 118 *c* 3. § *ſi vero neque fratres Auth poſt fratres fratrumque filios. C. de legitimis heredib.* Cui conſequens eſt, quòd perſona, quæ propter diverſas qualitates concurrentes, pro pluribus habetur perſonis, in plures etiam viriles portiones ad ſucceſſionem ab inteſtato vocata eſſe cenſeatur. Nam argumentum ab ultimâ voluntate ad legem, vel 463
contra, jure noſtro receptum eſt. *Nov.* 22 *c.* 2. *verſ diſponat.* &c. *Nicol Everb, in loc. legalib. loc. ab ultima volunt. ad legem,* &c.

464 Sextò hûc confert, quod res eadem bis debetur ex diversis causis, quæ non sunt invicem incompatibiles, ut nostri loquuntur. *l si is, qui Stichum 18 ff de oblig. & actionib.* 465 Et quando sunt duæ obligationes paris potestatis, non potest altera per alteram consumi: cùm non reperiatur, utra alteram perimat. *l si rem. 13. ff. de duobus reis constituend & l general. 5. verf. reum verò, &c. ff. de fidejuss.*

466 Et denique quotiescunque uni eidemque una eademque hereditas ex duabus causis defertur, toties lucri multiplicatio contingere potest, *argument. l. quingenta. 12. ff. de probationib. & l. hered. 3. Cod de petitione heredit. Bald. Castrens Cuman Alexand Jason. & alii in l. planè. 34. §. 1 ff. de legat. 1 & Surdus consil. 119. n. 1. quem citat. & sequitur Plebst Disp. 4. partis quartæ. de jure Provinciali Wurtemb. sub th. 1. 4. edit. 2.*

467 Hanc ita firmatam sententiam non destruit; quod quando quis moritur sine ascendentibus & descendentibus, non relictis post se fratribus & fratrum filiis, tunc ad ejus successionem vocentur agnati & cognati, gradu proximiores: & si sint plures pares in gradu, pariter vocentur, & in capita succedant; id est, secundùm numerum personarum, non attenta sexus differentia, nec etiam considerata duplicitate vinculi; *d. Auth post fratres fratrumque filios, C de legit heredib & d. Nov 118 c 3. § si vero neque fratres. &c Schneidew hic in tertio ord. succed. n. 22. & seq. Ranchinus, post alios in d. Commentar. de success. ab intest. c. 13 n. 19 Grassus in § successio ab intestato q. 33 n. 2 D Besold. in delibat juris ex lib. 37. ff. quæst. 6 p 132.* Etenim pro dissolutione hujus objectionis observandum est diligenter, quòd Justinianus Imp. *in allegatis locis* loquitur de vinculo duplicitatis, inter fratres ex eodem matrimonio progenitos subsistente, & de duplicitatis vinculo, quod inter posteros fratrum, ex duplici illo fraternitatis vinculo originem trahit. Statuit itaque Justinianus quòd in materia successionis ab intestato, duplicitas isthæc vinculi fraterni in ipsis quidem fratrib. ad hoc prosit, quod frater utrinque conjunctus defuncto, vel filii fratris utrinque conjuncti, fratrem uno ex latere junctum, hoc est, cõsanguineum vel uterinum, vel eorundem filios excludat. Verùm hoc ipsum duplicitatis vinculum, quod ex fraternitate communi ducit originem, non vult Justin ultra fratres, fratrumque filios attendendum esse. Quare si moriatur quispiam sine descendentib & ascendentibus, relictis nepotib fratris, ex utroque latere conjunctis, cum nepotib. fratris ex uno latere copulatis; non attenta duplicitate vinculi, qua nituntur nepotes fratris utrinque conjuncti, nepotes fratris, ex uno latere conjuncti, per illos non excluduntur, sed simul cum illis ab intestato succedent. Hæc autem duplicitas vinculi, in fratribus utrinque conjunctis, eorumque posteris subsistens, non efficit, ut una persona duas personas sustinere intelligatur. Nam frater utrinque connexus, quamvis eodem patre & matre defuncto conjunctus sit: non idcirco tamen pro fratre consanguineo, aut pro fratre uterino tantum habetur: siquidem impossibile est, ut frater utrinque conjunctus, sit frater consanguineus vel uterinus ipsius defuncti. Id
468 quod hoc modo ostenditur: quia frater germanus definitur, qui ex eodem patre & matre genitus est: consanguineus, qui ex eodem tantùm patre; uterinus, qui ex eadem tantùm matre natus est. Sicut itaque *ad [illegible]* & impossibile est, ut, qui eodem patre & matre natus est, dicatur eadem matre tantum natus esse, vel natus esse eodem patre tantùm; sic impossibile est, ut frater defuncti germanus, sit ejusdem consanguineus vel uterinus, & vice versa. Eadem ratione est impossibile, ut filius fratris, utrinque conjuncti, sit filius fratris consanguinei vel uterini. Et ita consequenter de nepotibus & pronepotibus fratrum judicandum. Quemadmodum verò in una persona non possunt hæc ipsa concurrere: ita nec una persona ob eam rem pro duabus personis haberi potest.
469 Fictio enim non potest fingere super impossibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit: sive consideremus impossibilitatem naturæ, sive etiam juris. *l adoptio. 16. ff. de adoption. l. qui ad certum 14. in fin. ff. loc. l certe 6. in princ ff de prec l si tibi elect. 8 §. unius ff de opt. vel elect. leg. Gloss. in l. talis scriptura 30. §. ult. super verb. universa ff. de leg. 1. latè & pulchrè Bartolus in leg eandem. 9. n. 2 ff. de duobus reis constituend. idem Bartolus latius in leg. si is. qui pro emptore. 15. n. 22. & seqq ff. de usurpat. & usucap. ibidemque Jason. num. 209 & seq.*

Ex his probè & exquisitè perpensis cernere promptum est: quòd communis doctrina, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendenda, decisioni nostræ non adversetur. Nam in proposita quæstione agitur de tali duplicitatis nexu, qua mulier Titia & neptis ex avunculo magno, & neptis ex amita magnâ simul est: propter quod duplicis cognationis vinculum mulier ista duarum personarum vicem sustinet, & jure sustinere potest: cùm impossibile non sit, ut neptis ex avunculo magno, simul etiam neptis sit ex amita magna. Regula autem Doctorum de tali duplicitatis vinculo loquitur, ad quod nulla personarum multiplicitas considerari potest, *ut suprà ostensum.* Sed & quòd illa doctrina, qua traditur, ultra fratres fratrumque filios duplicitatem vinculi non esse considerandam, non obstet, quò minùs in proposito casu Titia duas capiat portiones, inde manifestum est: quia Justinianus *in d Novell. 118. c. 3 § si vero, &c. & dict. Auth. post fratres fratrumque filios C. de legit. heredib.* pluribus cognatis, eodem gradu defuncto conjunctis, pro numero personarum hereditatem ab intestato defert; ut, quot sunt personæ, tot partes fiant. Atqui nostro in casu Titia duas constituit personas, propter duplicem conjunctionem. Ergo ex mente Justiniani & Doctorum huic mulieri Titiæ minimè refragatur regula, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendenda: sed, ea prorsus non obstante, duas illa hereditatis portiones accipit. 470

Similiter nostram assertionem non evertit, quòd duæ causæ lucrativæ in una eademque persona, circa eandem rem, eodem tempore concurrere non possint, *§. si res aliena 6. supr. de legat l. omnes. 17. & l. ex promissione. 19. ff. de obligat. & act l. si servus legatus 108. §. Stichum. ff. de legat. 1. l Mævius. 66. §. 1. ff. de legat. 2. l nutu. 21. §. 1. ff de leg. 3.* Primùm enim in nostra specie Titia pro duabus personis, juris interpretatione habetur. Dubium autem non est ullum, quin duæ lucrativæ causæ in duabus diversis personis locum habere possint. Deinde duabus lucrativis causis locus esse potest in unâ & eâdem persona, quoties causa acquisitionis variatur; ut, *post Baldum, Castrensem, Cumanum, Alexandrum, Jasonem, Lancellotum & Decium in l. planè. 34 §. 1. ff. de legat. 1* docet *Joannes Petrus Surdus prædicto consil. 119. num. 1.* Sed in proposito casu variatur acquirendi causa. Una namque portio Titiæ tanquam nepti ex avunculo magno, altera tanquam nepti ex amitâ magnâ debetur. Atque huic decisioni, ut juris & æquitatis rationibus consentaneæ, Domini Collegæ mei plerique olim, *nimirum D. Halbritterus. D. Varenbulerus. D. Magirus & D. Bocerus (quos omnes debiti amoris causa hic nomino)* haud inviti subscripserunt. *5. die Martii. Anno Christi 1604. quo hæc ipsa controversia decidenda emerserat.* Tametsi decisionem similem improbare videatur Tilemannus Romerus, *quæst. 8 prout* eum refert D. Collega Besoldus *in thesauro practico, num. 51. pag. 826.* 471

Quamvis autem collateralium sive agnatorum & cognatorum successionem decimo gradu circumscriptam esse, Doctores communiter tradant, *Gloss. in Novell. 118. §. si vero & in Auth. in successione, ibique Bartolus n. 3. C. de suis & legit. liber. Nicol de Ubald. in tract. de success ab intest. part. 3. n. 12. Azo in summa C. de legit. heredib. n 10. Matthæsyllan. in tract. de success. ab intest. 3. artic. princ. n. 30. ibique Bolognînus. Schneidew. hic in tertio ord. succed. n. 38. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. n. 52. & seq Vultejus hic n. 51. & lib. 1. Jurisprudent. Roman. c 74. n. 12. Ant. Peregrin lib. 4. de jure fisci. tit. 3. n. 3 Andr. Gail. lib 2 observ. 150. Valent Forster. lib. 8. de successionib. c 9. conclus. 5 n 7. Mynsing. & Schilbork in §. ult infr. de success. cognator. & alii.* veritati tamen propinquius est, omnes in infinitum, qui gradus proximitatem probare queunt, esse admittendos, *l. 2. §. 1. ff de suis & legit. heredib. §. cæterùm 3. ibi, etiam si longissimo gradu sint infr. de legit. agnat. success. & §. ult. ibi, etiamsi longissimo gradu sit.* 472

Digitized by Google

sit. infr. de servili cognat. d. Novell. 118. *c* 3 § *si verò ibi, omnes deinceps à latere cognatos. & c.* 4. *ibi, & omnes sine qualibet. &c.* Qui textus omnes cùm de longissimo loquantur gradu, & de agnatis & cognatis indefinitè, nec quicquam de certo gradu adjiciant: perspicuè inde evincitur, quocunque gradu sint, omnes exclusa successione conjugum vel fisci admitti, *argum. l. item veniunt.* 20. §. *petitam.* 11. *vers. à quo ff. de petit hered. & l. metum.* 9. §. 1. *ff. quod metus caus. gest. erit.*

473 Nec obloquitur huic sententiæ § *final. infr. de success. cognator.* ubi dici videtur, quòd agnati duntaxat ad decimum usque gradum admittantur. *Haud* enim ibi Justinianus præcise docet, quòd agnati duntaxat ad decimum usque gradum succedant, non ultra: sed quòd succedant agnatis suis, licèt sint in gradu decimo constituti: atque ita hæc verba exempli solummodo causa pro longissimo gradu ponuntur. Ideo autem Justinianus Imp. exempli gratia loquitur de gradu tantùm decimo; quòd ultra eum gradum rerum natura non facilè agnatorum vitam consistere patiatur, *l. non facilè* 4. *in princ. ff de grad.*
474 *& agnat.* Si tamen agnatio & cognatio ultra gradum decimum constare possit: non debent ut agnati, sic nec cognati per fiscum excludi: cum hodie in successionibus exæquati sint cognati agnatis, *de Nov.* 118. *c.* 4. Et huic suffragantur doctrinæ *Wesenbec ad d. § final. n.* 4 *infr de success. cognat. Borcholt. ibid. & in tr. de gradib. sub tit. de success. transversalium circa finem. p.* 250. *Hœnonius Disp* 12. *controvers.* 13. *Donell. lib.* 9 *Comment. tr. de jure civ. c.* 4. *p.* 4?8 *n.* 30 *Bocer. class.* 3. *Disp.* 10 *th.* 52. *ad lit c ed.* 2. *& in tract. de regal c* 3. *n.* 30 *Arumæus Exercit. Justin.* 11. *th.* 13. *Andreas Gerhardi decad.* 11. *Exercit. Justin. quæst* 10. *Paulus Berens Disp* 8. *ad Instit. them.* 3 *quæst* 1. *Treutler. vol* 2. *Disput.* 16 *th* 5. *lit. h ibique pulchrè Bachovius in suis not. p.* 1001. *& seq. Conrad. ab Einsiedel. in tr. de Reg. lib. c.* 3. *n.* 122. *p.* 584. *& seqq Valen Riemer. Decad* 8. *quæst. il-*
475 *lustr.* 3 *aliique plures.* Eandem traditionem in feudis quoque obtinere; plerique statuunt, *per c.* 1. *si vasallus feudo privet. tit* 31. *& cap.* 1. *de natura success feud. tit* 50 *lib* 2. *feudor. Curt jun. in tract u feud. part.* 2 *tertia partis princ. vers. successivè. n.* 48. *Schenck Baro. Petrus Ravennas, Equinarius Baro & Hotoman. in c.* 1 § *hoc quoque sciendum.* 4. *de his qui feud. dare poss. tit.* 1. *libr.* 1. *F Zazius in Epitom. feudi part.* 8. *n.* 5 *Sonsbec. in tract. feud. part.* 9. *n.* 84 *Duaren. in consuetud. feud. c.* 11. *n.* 16. *Hanneton. de jure feud. libr.* 2. *c.* 5 *Covarruv. lib.* 3 *variar. resolution. c.* 5. *num. .. vers. quimo hinc. &c. Jul. Clarus libr.* 4 *sententiar. § feud. quæst.* 79. *num.* 3. *& hos aliosque citans Hartmannus Pistoris libr.* 2 *part. poster. quæst.* 19. *n.* 26. *cum seqq. Fabinaus. libr.* 7. *controversiar. jur. c.* 27. *& Hachelmann. illustrium quæst. Disp.* 18 *th.* 19. *ad lit f. qui Doctores variè dissentientes notant.* Illud hic addendum: quòd tantum Descendentes & Ascendentes, non item collaterales, in bonis damnatorum succedant, *arg. Nov.* 134. *c. fin.* Et, contra Vulteium *lib.* 1. *Jurisp. Rom c.* 74 *n.* 26. Clarum *lib.* 5 *sentent.* § *fin q.* ? ? 1 & communem Dd. opinionem luculentissimè ostendit Gothofredus Anton. *Disput.* 2. *Antin. Vult th.* 134. *eumque sequens Riemer. d. decad.* 8 *q. illust.* 6.

DE SUCCESSIONE CONJUGUM.

476 QUoties omnis liberorum, parentum, atque propinquorum successio deficit & expirat: uxor viro intestato, in solidum, ex juris Prætorii beneficio, succedit: si modo justum inter eos matrimonium fuerit, & ad mortis usque tempus duraverit. *l un. ff. unde vir & uxor. & l.* 1. *C. eod. tit. ibique Bartol Bald. Salicet Cast. & Dd commun. D. Besold. in delib. jur ex lib.* 37. *ff. q* 10. *p.* 135. *Justus Schutz exerc. jur. Disp.* 12. *th.* 21. *p.* 190. Ratio hujus succedendi modi hæc redditur: quia æquissimum est, cùm inter conjuges omnis vitæ consortium sit, ac divini & humani juris communio, *l.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* ut propter hujusmodi vitæ consortium, nullis legitimis heredibus existentibus, fisco prælati, ab intestato invicem sibi succedant.
477 Nam & alias consortem consorti, fisco excluso, succedere certum est, *l.* 1. *& l. si quis cohortali.* 3. *C. de her. decur. & c. l. un. C. si liberalit. Imp. fac. sine herede decesserit. l. si quis presbyter.* 20. *C. de Episcop & cleric.* Consortes autem di- 478
cuntur collegæ ejusdem alicujus corporis, sive collegii, jure non reprobati; veluti navicularii, *d. l.* 1. *C. de her. decur. &c* quorum Romæ & in Provinciis certum fuit corpus, ex quibus alii annonæ, alii lignis, alii necessitatibus serviebant, *l.* 1. *in fine princ. ff. quòd cujuscunque universit. nom. & c. l. semper.* 5. § *licèt.* 9. *& § ult ff de jure immunitatis, & l.* 1. *C. de navicularii, &c.* Milites quoque ejusdem legionis, vexillationis vel cunei, consortes sunt; ut militi intestato, sine legitimo herede defuncto, vel legio, vexillatio, vel cuneus succedat, fisco excluso, *l. si quis filio* 6 § *ejus, qui.* 7. *vers. quam distinctionem. ff. de injust. rupt irr fact. test. l* 2. *Cod. de hereditat. decurionum. &c.* Sed & consortes sunt clerici & monachi: ita ut clerico, aut monacho sine legitimo herede intestato defuncto, Ecclesia vel monasterium, non fiscus, illi succedat, *d l si quis presbyter.* 20. *C. de Episcop & cleric* Denique consortes ii judicantur, quibus ab Imperatore communiter aliquid donatum est; & horum uno absque legitimo herede mortuo, alius ei succedit, fisco similiter excluso, *d. l. unic. C. si liberalitat. Imper fac sine herede decesserit.* Et ut conjunx & consors fiscum excludunt, sic & patronum in successione liberti, sine liberis defuncti, eundem fiscum excludere, probabile est, § *sed nostra constitutio. infr. de success libertor d. l. si quis presbyt.* 20. *Cod de Episcop. & cleric. D. Collega Bocerus in tractat. de regalib c* 3. *num.* 29 At quid dicen- 479
dum, si etiam conjuges sibi invicem sanguine juncti sint, ac non tantùm vinculo matrimonii id quod sæpe fieri solet, nempe in gradibus permissis? Hoc casu vocabuntur quidem, non tamen tanquam conjuges, sed tanquam cognati: dummodò sint proximi. Ideoque ad præcedentem ordinem succedentium, nempe collateralium seu transversalium propinquorum pertinebunt. *Rittershus. in exposit. Novell Justin. part.* 7. *cap.* 16. *num.* 4.

Plane interdum, matrimonio sine dote contracto su- 480
perstes conjunx, inopia laborans, cum communibus, alteriusvè matrimonii liberis, prædefuncto diviti in quartam hereditatis partem, si tres vel pauciores supersint liberi: sin plures, in portionem virilem succedit. *Auth præterea. C. unde vir & uxor Novell.* 53 *cap.* 6. *& Novell.* 117. *cap.* 5. *Borcholt. in tractat. de gradib.* 1. *de success. conjugum. pag.* 253 *& seq. Forster. lib.* 9. *de success. ab intest. c.* 4 *Rittershus d part.* 7. *c.* 17. *num.* 11. *& seqq Francisc. de Barry lib.* 18 *de success intest tit* 4. *num.* 11. *Schneidewin. hic sub tit de success. inter vir. & uxor. num.* 14. *&* 17. *Matthias Coler. decis.* 61. *num.* 32. *part.* 1. *Ambros Schmier in tr. de heredit. quæ ab intest. t.* 15. *pag.* 209 *Domin. Cardinal. Tuschus tom.* 7 *pract. conclus. lit. S. conclus.* 674. *num.* 7. *& tom.* 8. *lit V concl.* 401. *num.* 1 *& seqq. Paul Æmil. Gallus in tract. de except. in successione ab intest. quam ex testam. art.* 1. *tit.* 4. *except.* 5. *num* 1. *& seqq fol.* 137. *Idque fusiùs & explanatiùs prosequitur Berlichius part.* 3. *conclus. pra-*
cticabil concl. 26 *num* 14. *& seqq.* Isthæc tamen succedendi 481
ratio evanescit: si vel pacta dotalia (quæ, si bonis moribus non repugnant, observanda sunt) in medio fuerint: vel statuta loci & consuetudines de successione conjugum disponentes, contrarium suaserint, *l. fin. C. de pact. convent. arg. l. omnes populi.* 9. *& ibi Dd. ff. de just. & jur. Mynsing. cent.* 2. *obs.* 33. *Gail. lib.* 2. *observat.* 126. *num.* 3. *latè Rittershusius. d. part.* 7. *c.* 18. *per totum.*

Sed elegans quæstio est: Num portio illa, quæ conju- 482
gi superstiti debetur, per testamentum conjugis alterius auferri possit? Et non posse, crebrior, & verior opinio est: ejusque ratio potissima hæc perhibetur: quia portio ista superstiti conjugi non ex provisione hominis, sed beneficio ipsius legis debetur: ideoque testamento auferri nequit, *argum. l nemo potest.* 55 *ff. de legat* 1. *& Novell.* 22.
c 33. *in fine.* exemplo nimirum legitimæ liberis debitæ: 483
quam parens sine causa justa legibusque approbatâ, testamento suo liberis detrahere non potest, *l. omnimodo.* 30. *C. de inoffic. testam auth novissim. C. eod Nov.* 18. *c.* 1 *Nov* 92. *c.* 1. *Nov.* 115. *c.* 3 *Accurs. Bald. Alexand. Jason Fabianus de Pepu, & alii in Auth. præterea Cod. unde vir. & uxor. Socin. sen. consil.* 118. *num.* 12. *vol.* 1. *consil.* 121 *num.* 4. *&* 34 *volum.* 4. *Corn. cons.* 4. *col.* 2. *&* 3. *vol.* 4. *Borcholt. d.*

Digitized by Google

tract. de gradib. tit. de success. coniug. p. 256 & seq Graff. in lib. recept. sent. 8. success. ab intestato q 39 num 3 Francisc. Vivius in communib. opinionibus in verb uxor seu mulier. num. 6. Ernest. Cothmar. consil. 74. num 55 & multis seqq. Daniel. Moller. in Commentar. ad constitut Saxon. part 2 constitut. 7. Carol. Ruin. consil 162. num 10 vol 2. Augustin Berous consil. 124 num. 13. vol 2. Joan. Cephal. consil 183 num. 14. lib. 2. Gail. lib. 2. observ 86. num 17. Forster d. lib. 9. cap 5. Joan. Dilect. Durantes in tract de arte testand tit. 6 caut. 20. num. 2. Matth. Coler. consil. 21. num. 17. 18. 43. & seq. vol. 1. Schneidewin. hic sub tit. de success. inter vir. & uxor num 17. vers. tertio ampliatur., &c. hosque citans Berlichius d. part. 3. conclus. 9. num. 8. 10. seqq. ubi de hac & similibus quaestionibus ple-
484 *nissime dissertat* Atque hinc illius dubiae controversiae resolutio plana efficitur: si maritus bona per donationem, vel aliquem contractum inter vivos alienaverit, utrum uxor pro consequenda quarta totius substantiae, possit donata vel alienata revocare? Etenim, si in fraudem alienatio facta sit, revocationem fieri posse, merito concluditur: *argum. l. omnes. 17. §. 1 ff quae in fraud. creditorum facta. &c. l. pharmex 59 ff. soluto matrimonio. &c. 2. ext de renunciatione lib 6 Hanonem Disput 12. controvers. 14. in fin. Matthaeus Stephani cent. 3. quaest 13. ad lit a. Virgil. Pingizer in suis quaestion. Saxon quaest. 28 num. 12. & seqq Coler. d. decis. 61. num. 5. & seq part. 1. Hieron. Panschm quaest 5. num. 12. sub fin vers ideo etiam maritus part 2 Berlichius d part 3. conclus 9 num 22 & d conclus. 26 num 25. D Bocer. in hoc tit. num 133. pag 38 Forster d lib 9 de successionib c. 6 ubi utramque in partem multa adducit, contrariaque diligenter refellit.*

485 Circa successionem mariti vocatur in disceptationem & illud: si statuto caveatur, maritum non posse uxori ultra quartam, iure communi debitam, aliquid relinquere quocunque titulo: an idem obtinere debeat in uxore? Et quamvis hanc quaestionem, *post Jasonem*, affirmative decidat Schurffius *cent. consil. 85. num. 12.* negativam tamen sententiam probabiliorem esse, haud levis ratio suadet.
486 Constat enim ex communi Dd. traditione, statuta stricti esse juris, & eorum verba, prout jacent, sicque ad literam accipienda esse, *arg. l. 1. § licet 2. vers. in re igitur dubia. ff de exercitor. act l ait Praetor 3 § hac verba. 6. ff. de negot. gest. Bartol. in l. omnes populi 9 num. 60. ff de iust. & jur & in l. confiscationem 2. num 1. ff. ad municipal. Albert. Brunus in tract de statut. art 5. princ num 1. & 21. Menochius consil. 4. num 8. & consil. 76. num. 24. Alderan. Mascardus de generali statutorum interpretat conclus 4. p. 151. & seqq.* Statutum autem eo in casu loquitur tantum de marito, & per consequens ad uxorem extendi non debet: praesertim cum sit odiosum, & liberam ultimae voluntatis dispositionem impediens, *l. 5. C. de legat. 5. ff. quemadm testam aperiant l. 1 C. de sacros. Eccles.*

487 Nec obstat, quod statutum in uno ex correlativis disponens, & in alio disponere censeatur, *arg l ult. C. de indicta viduit. tollend & l. 1. C. de cupressis, &c.* Nam vulgaris, & quidem vera est responsio, axioma istud obtinere, ni diversa correlativorum ratio appareat; quae hic diametraliter apparet. Siquidem caussa finalis statuti procul dubio haec fuit: ut importunitates & instigationes mulierculaurum coercerentur, *argum. l. non est enim 4. ff. de manu. testam ent.* quas in maritis non ita metuit, quotidiana experientia attestatur. Altera ratio in conservatione familiarum consistit: ne agnati, quia sunt de familia testatoris, bonis ejus privarentur: quae ratio rursum in uxore non aeque militat. *Et hanc sententiam, ut veriorem, magnificus Jurisconsultorum ordo in illustri Salana secutus est, referente Virg. Ping. decis. Jen. 26. & Arumaeo Exercit. Justin. 11. thes. 15.*

488 Praeterea & hoc in quaestione versatur: an ut vir uxori, sine agnatis & cognatis defunctae, succedit, excluso fisco: ita & socer ad nurus suae nullo ex sanguinis linea; nec viro relicto succedere, hereditatem admittatur, fisco excluso? Et *nihil remorante Baldi id affirmantis, in d. l. un. post medium. vers. item quaero si non extat vir. C. unde vir & uxor. item Nicolai de Neapol. & Joannis Plat. ad §. mariti supra de nupt. aliorumque paucorum auctoritate,* neгantium doctrinam esse verissimam, plusquam manifestè patet ex textu *in l. affinit. 7. Cod. commun. de successione.* ubi Impp. Dioclet. & Maximianus disertis rescripserunt verbis, quod affinitatis iure nulla successio permittatur.

. Neque refragatur quicquam, quod soceri nomen à 489
matrimonio derivatur. *l. cui eorum. 3. § 1 ff. de postulando.* Nam & vitrici, novercae, privignique nomina similiter ex matrimonio derivantur, *l. non facile 4 § sed quoniam. 3. vers affines ff de gradibus. & affinibus.* & tamen vitrico 490
privigni successio, neque civili, neque honorario iure debetur. *l. vitrico C. communia de successionibus.* quemadmodum neque hereditas novercae debetur privigno, *l. amita. 5. C. eod. tit. Et ita sentiunt Raphael Fulgos. Paul Castrens. Roman. Alexand. Jason. Decius. & alii communiter ad d l unic. C. unde vir & uxor & ipse Bald. sibi contrarius in l ult. colum. 4. vers item quaeritur, an fit Cod. unde l gitim Tiraquell in Tractat. Le mort saisit le vif. part 2 Declarat 15. num 2. Anton Peregrinus lib. 4. de jure fisci. tit. 2. num. 4. Ensiedel. in tract. de Regalib. c. 3. num. 128 p 591. cum seq. Dn. Bocerus in Tractat de regalib c 3 num 33.* Porrò ad jus nostrum locale renovatum Wirtembergicum quod attinet: eo jure conjunx 491
superstes in certa portione succedit defuncto, etiamsi cognatos is reliquerit. *part. 4 tit. 5 & aliquot seqq. quae fusissime explanat Joan. Jacob Plebst. Disput. 4 partis quartae de jure Tetic. Wurtemberg. tib 5 & multis seqq edit. 2.*

Denique & illa hoc loco non praetereunda est quaestio: 492
quid dicendum sit, de sponsa, quam de praesenti appellitant: ecquid & haec sponso, reliquis successoribus deficientibus, succedat? Et ab ajente in partibus standum est, sequentes praecipue ob rationes. Nam matrimonium, per verba de praesenti contractum, licet non sit consummatum, pro perfecto tamen matrimonio habetur: cùm 493
nuptias non concubitus, sed consensus faciat, *l. nuptias. 30 ff de regul jur. l cum fuerit 15. ubi Bartol. ff. de condit. & demonstrat. l. cum hic status. 32. §. si mulier 13. l. penultim. ff. de donat. inter vir & uxor. Novell. 22. cap. 3. & Novell. 117. cap. 3. can sufficiat 27 quaest. 2.* Inde quoque fit, quod sponsus per verba de praesenti, non consummato matrimonio, 494
accusationem adulterii instituere possit, *l propter. 7. C. ad Leg. Jul. de adulter.* Sicut etiam donatio, quae inter virum & uxorem prohibita est, prohibita censetur, si sponsus per 495
verba de praesenti sponsae donet, *d. l. penult. ff. de donat. inter vir & uxor.* Adhaec etiam sequi debet commodum, ad quem 496
incommodum spectat, *l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur.* Sponsis autem incommodum maximum impendet: quia sponsalibus de praesenti libertatem cum alia foemina matrimonium contrahendi amisit, *c. quos Deus 33. quaest. 2. c. inter corpora. 2. ext. de translat. Episcop* Igitur & commodum successionis in proposita quaestione consequi debet. Plura pro stabilienda hac opinione afferunt *Valent. Forsterus lib. 9. de successionibus. cap 3. num. 10. & multis subseqq. Albericus Gentilis in tract. de nupt. lib. 2. cap 23. D. Besoldus in Oeconomia titul. 5. & 6. lib. 1. ff. num. 9. p. 186. item in discursu juridico-polit. de nupt. cap. 6. num. 9. pag. 58. Carer. in tractat. de sponsalibus & matrim. lib. 5. c. 5. Anor Gail lib. 2. observ. 80 Dominicus Card. Tuschus tom. 7. practic. conclusion lit. S conclus. 511. num. 58. Matthaus Berlichius part 3. conclusionum practicabil. conclus 25. n. 5 & seqq Treutler. vol. 2. disp. 15. th. 6. lit. A ibique in suis not. Bachovius pag. 1063. & Hannius quaest. 45. pag. 253. Roland. à Valle in tract. de lucro dotis. quaest. 106. Franc. a Sessa in tractat. de lucr. dot. quaest. 13.* Caeterum istheic moribus nostris immutata videntur, ubi requiritur *Dass nach gehaltenem Kirchgang, allhereit zu ehelichem Beylager kommen, und die Decken beschlagen werden.* i. e. ut post benedictionem Ecclesiasticam, jam, ad conjugalem concubitum ventum, ac thori consensio facta sit. *Fursti. Wirtemb. erneuert Landrecht. part. 4. tit. 2. pag. 431.* Sic & Saxonico jure, conjuges antequam conscenderint lectum conjugalem, conjugis nomine titulo que nil alter ab altero praemortuo lucratur. *Sachsisch Landrecht, lib. 1. art. 45 & lib. 3. artic. 45. August. Elect. constit part. 3 artic. 19. Berlich d conclus 25 num. 27.* Et de generali consuetudine attestatur Boerius, *decis 22. num. 33. 36 & 38* Enimvero hic non requiri copulam carnalem, verius est: cùm non coitus matrimonium faciat

Digitized by Google

faciat, sed maritalis affectio: *ut respondit Ulpianus in l. cum hic status. 32. §. si mulier. 13. ff. de donat. inter. vir. & uxor Berlich. d. conclus. 25. num. 31. eumque referens D. Besold. d. discursu de nupt. cap. 6. num. 9 pag 28 ad finem* Adde Riemerum *decad. 8. quæst. illustr. 8.* ubi & alios citat *Hucque pertinent, quæ annotavimus ad §. 1. num 25 suprà de patr. potest.* nec non ea, quæ attulit Samuel Bansovius *part. 6. consil. Besoldi. 297. num. 14. & seq fol. 263.*

DE SUCCESSIONE FISCI.

497 SI nullum prorsus ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo, legitimum heredem defunctus reliquerit: bona ejus, rejecta affinitatis successione, tanquam vacantia, fisco deferuntur, *l. 1 l. vacantia. 4. Cod. de bonis vacantib. l. affinitatis. 7. Cod. communia de successionibus. Regner. Sixtin in tract. de Regalib lib. 2 cap. 9. num. 3 cum seqq. D Rumelin. part. 3. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imper. Dissert. 7. th.*

498 *29. Arnisæus de jur. majestat. lib. 3. cap. 6. num. 18* Fiscus non dictus est quasi fixus, id est, firmus & stabilis: quòd semper præsumatur esse dives & solvendo, *l. 2 in fin. ff de fundo dotali. Accurs. & Bart. num. 10. in Rubric. C. de jure fisci. Bald. in l. 1. num 7. C. de heredit. vel actione vendita. & consil. 363. in princ. hocque referens & sequens Anton Peregrin. libr. 1. de jure fisci. tit. 1. n. 34.* sed potiùs nomen habet à fiscis sive sportis, quibus pecuniæ publicæ olim asportari concludique solebant, *ut auctor est Asconius Pedianus in secunda Verrina: quem comprobant Mynsinger. in §. res fisci. num 1. supr. de usucapionibus. Schneidewin. hic sub c. de successione fisci num. 2. & Johannes Borcholt in tractat. de gradibus. tit. de success. fisci. pag 60.* Hinc fiscus si-

499 gnificat locum, quo pecunia & instrumenta omnis patrimonii, quod Principi Romano, ad ejus dignitatem tuendam, & usus Imperii publicos, tributum est, conduntur, *l. 1. in princ. ibi, ex fisco comparasse. &c. & passim. ff. C de jure fisc l 2 §. hoc interdictum 4. ff. ne quid in loco publico, &c.* Qui locus nonnunquam etiam ærarium appellatur, *l. senatus. 15. § 1. & 3. ff. de jure fisc. § ultim. vers. ad versus autem s. de usucapionibus. l. 2. in princip. ibi, à sacratissimo ærario comparaverint. & ibi, contra sacratissimum ærarium. & l. benè à Zenone. 3. in princ. C. de quadriennii præscript.* Quanquam olim fiscus ab ærario di-

500 stinguebatur. Fiscus quippe erat pecunia Principis sive Imperatoris privata; ærarium verò pecunia publica & Imperii, sive populo & Reipublicæ: ut *ex Plinio in Panegyr. ad Trajan. Tacito libr. 5 annal. & Spartiano in Adrian.* evincunt, docentque *Duarenus ad tit. ff. de jure fisci. c. 1. Cujacius ad Rubr. C. de jure fisc. in fin. & ad l. 2. C. de petitionib. bonor. sublat. lib. 10 Dn. Collega Besold. in discursu de Ærario publ cap. 1 num. 3. Jul. Cæsar Bulinger in lib. de vectigalib. populi Romani. cap. 50. Rittershuss in exposit. Novell. Justin part. 7. cap. 19. num. 1. Doringius in Bibliotheca Juriconsultorum. tom. 1. verb ærarium. num. 14 fol. 949. aliique, per eum citati.* Constitutiones autem Imperatorum novissimæ, & Doctores plerique, illum locum Cameram Imperialem vel Imperii nuncupant, veluti Friderici III. Constitutio Francofurti promulgata, Anno 1442. *§. Item wenn dieselb. ibi, des Reichs Kammer* & Ferdinandi Ordinatio monetalis, Augustæ edita, Anno 1559. *§. Wir ordnen, setzen und wollen ibi, in unser Kayserliche Kammer.* aliique Recessus Imperii, *Accurs. & Bart. num 6. in d. Rubr C. de jure fisci. Cardinal. ad Clement. Nolentes 5. inquisitoribus. num. 3. tit. de hæreticis Peregrinus d lib. 1. de jure fisci. tit. 1. num. 2. & D. Bocer d. tract. de Regalib. c. 3. num. 2. & seqq. ubi plures significatus nominis fisci recenset & explicat.*

501 Cæterùm non aliter ad defuncti bona vacantia fiscus admittitur, quàm si illa intra quadriennium agnoscat. Alias etenim possessor bonorum adversus fiscum præscriptione se tueri poterit. *d. l. 1. ubi Bartol & l penult. C de bonis vacantib. l. ergo. 4. §. eadem. 17. ff. de fideicommiss. libertat. l. 1. §. Divus Pius. ff. de jure fisci. l. quia autem. 6. §. certè 7. ff. si quis, omissa causa testamenti, &c l. 1. C. de quadriennii præscriptione. Borcholt d. tractat. de gradib. titul. de success. fisci. pag. 261.* Quinimò fiscus interdum priores excludit heredes: puta si vel ob criminis alicujus atrocitatem, vel alioquin indignos se hereditate fecerint, *l. quisquis. 5. C. ad l. Jul. Majest. l. fraudem. 45. & ejus bona. 2. ff. de jure fisci. tot. tit. ff & Cod. de bonis eor. qui ante sentent. &c. & t. tit. ff. & Cod. de his, quibus ut indign. hereditates auferuntur.* Hereditates tamen, quæ filiis reorum 502 perduellionis deferuntur, non fisco, sed heredibus proximioribus, ab intestato venientibus, applicari; rectè, *post alios nonnullos*, defendit Menochius *consil. 275. num 26. lib 3. Peregrinus lib. 3. de jure fisc titul. 9. num. 1 Berens. disp 8 ad Instit. them. 3 quæst 3. & Fachinæus lib 9. controv. jur. cap. 36.* idque latius exposuimus *in §. publica autem. 3. infr. de public. judic. num. 72. & sequentibus.* Porrò varias 503 causas ex quibus bona alicui, ut indigno, auferuntur & fisco vindicantur, recenset Regner. Sixtinus *in tract. de Regalibus cap 12.* eumque laudans Adamus Keller *in tract. de jure succedendi ab intest. ito. tit. 28 num. 4.*

Illud hic non inconvenienter quæritur: an pupillo de- 504 functo, nullis agnatis & cognatis relictis, ejus tutor persona extranea succedat, adeoque fiscum excludat, necne? Alii ajunt, *Accursius ad l. quo tutela 73. in fine princip. ff de reg. jur. Dynus. Albericus. Corneus & Jason. num. 10 ad l. unic. Cod. unde vir & uxor. Bald in l. si qua illustris. 5. num. 6. C. ad Senatusconsult Orfician Angel. ad l. nutritoribus. 10 C. commun. de success. l si quis filio 6 § ejus. in fin ff de injust. rupt irr. fact. testam & ad l. cùm in eo 44. in fin ff de pact. Matthæus de Afflict. ad titul. 56. Quæ sint regalia in verb. bona vacantia. colum 1. vers. item tutor depcientibus lib. 2. feudor.* Alii negant, *Bartol. & Cagnolus num 4. ad d l quò tutela. 73. ff. de regulis juris. Baldus sibi contrarius, ad l. ultim. num. 14. Cod. unde legit Tiraquellus in tractat. le mort. saisit le vif. part. 2. Declarat. 15 num. 4. & 5. D. Bocerus d. tract. de Regalibus. cap 3. num. 31. Hænonius Disp. 12 ad Institut. sub controvers. 15. Moller. lib 4. semestr qu. ultim. in fin Treutler. Disputat. 16. thes 1. sub lit. f. volum 2. Berens d disputat. 8. them. 3 quæst. 4. & Matthias Stephani centur. 3. quæstion 13. sub lit. a in fine.* Alii verò, cùm ita varient in hac re opiniones, difficultatem istam pro media etate esse componendam, censent: adeoque dimidiam Fisco, dimidiam tutori tribuunt hereditatem. *Borgninus Cavalcanus in tract. de tutoribus sub num. 335. & Peregrinus lib 4. de jure fisci. tit. 3. num. 18 ad fin.* Sed ego negantium sententiam firmioribus rationibus munitam esse, omnino arbitror. Tùm quia legitima hereditas sola lege 505 defertur, nec ulli datur, nisi cui lex ipsa nominatim eam tribuit *§. 1. infr. hoc titul. l. 1. & l 3 ff. de petitione heredi. tat. l. vitrico. 3. & d. l. nutritoribus. 10. C. communia de successionibus.* Unde etiam legitima vocatur hereditas, quòd sola lege defertur, *l. si curatoris. 9. Cod. de jure deliberan. cum similibus supra allegatis. num 4.* Cùm ergo nusquam ulla lege pupilli hereditas specialiter ejus tutori dativo, personæ extraneæ, deferatur: injustum sanè fuerit, illud sine lege affirmare, *Novell. 18. cap. 5 in princip. l. illam merito. 19 ibi, eo quod nulla constitutio, &c Cod. de collationibus. l ultim. in fine. Cod. de consulibus libr. 12 cap. illa. 2. ibi, cum nusquam inveniatur cautum in jure. ext. Ne sede vacante aliquid innovetur & capite 1. ibi, cùm id non inveniatur à jure concessum. ext. de supplenda negl. Prælator. lib. 6.* Tum quia hereditas extraneis testamento da- 506 tur: ab intestato illi non succedunt, *l. hereditas. 5. Cod de pactis conventis &c.* Tutor igitur dativus, persona extranea, pupillo suo non succedet. Tum quia nutri- 507 tor, ut qui gratis puerum aliquem educavit, *l. sancimus. 3. vers. sed neque his, &c. Cod. de infantibus exposit.* ipsi puero, intestato mortuo, non succedit. *d. l. nutritoribus. 10 Cod. communia de successionibus.* Itaque multò minùs tutor dativus pupillo suo succedere debet. Tum etiam, 508 quia tutor gratis administrare tutelam regulariter tenetur *l. à tutoribus. 33. §. ult. ibique Bartol. & alii Dd. ff de administration. & peric. tutor & facit. l. 1. § si pupillis. 6. & §. seq. ff. de tutel. & rationibus distrahend.* Ergò, ut pro mercede hereditas pupilli obveniat tutori, haud credibile aut æquum videtur. Tum denique quia *sub tit. C. de heredit. decurion.* extraneæ proponuntur personæ, quibus etiam defunctorum intestatorum hereditates jure deferuntur,

Digitized by Google

feruntur, & per quas ipse fiscus excluditur: nusquam vero sub toto isto titulo hisce personis tutor dativus connumeratur: cùm tamen verisimile non sit; quòd si per tutorem dativum voluissent Legislatores fiscum excludi, hunc tam notabilem & frequentem casum ibidem omisissent. Atque ita noviter quoque docuit Valentinus Riemer. *decad.* 8. *quæst. illustr.* 9.

509 Nihil nostræ obstat sententiæ *d. l. quò tutela.* 73 *ff. de reg. jur.* cujus in principio Scævola Jurisconsultus, *quo*, ait, *tutela redit. eò hereditas pervenit.* Nam ea regula accipienda est de tutelá legitima, quæ ad proximos agnatos, ex Justiniani constitutione ad cognatos etiam pertinet, *Nov.* 118 *c.* 5. non item de testamentaria, vel dativa tutela, uti exceptio fœminarum huic regulæ subjecta satis arguit. Etenim ad fœminas agnatas legitima spectat hereditas, non autem tutela. *l.* 1. §. 1. *ff. de legit tutor.* §. *ult. f de legit. patronor tutela l. tutela.* 16. *& l. ult ff. de tutelis.* Sed & hoc forsan non ineptè cum quibusdam dici poterit, principii illius lectionem vitiosam, proindeque legendum esse, vel ita; *Quo hereditas redit, eò & tutela pervenit:* vel ita: *Eo tutela redit quo hereditas pervenit.* Neque enim propter tutelam cuipiam hereditas defertur, sed tutela hereditatem consequitur: hoc est, onus tutelæ demandatur ei, qui spem successionis, ab intestato consequendæ habet, *d. tit. f. de legitima patronor. tutel & l tutela.* 3. §. *proinde.* 7. *vers. legit. ff de legitimis tutorib.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Legitima hereditas ad solum filium pertinet.* Ergo & tutela ad solum filium descendit. *Sed ea de re videatur, post Placentinum, Cujacius, Hotom. Petrus Faber & Philippus Matthæus ad l.* 73. *ff. de R. I. Ant. Fab. in errore.* 7. *decad* 6 *& D. Boc. d. tr. de regalib. c.* 3. *num.* 33. *ubi id enucleatius persequitur.*

510 Tenetur autem fiscus post agnitionem bonorum creditoribus, pro viribus tantùm rerum hereditariarum. *l.* 1 §. *an bona.* 1. *l. non possunt.* 11. *ff. de jure fisci. l. mulier bona.* 72. *ff. de jure dot. Fachinaus lib.* 6. *controvers. jur. c.* 21. Bona siquidem agnovit, non hereditatem, quâ agnita teneatur creditoribus hereditariis, licèt hereditas solvendo non esset. *l. quæ dotis* 33 *ff. soluto matrim. l. bona.* 3 *ff. de bonor. possessionib. l. si te bonis.* 10. *C. de jure deliberandi.* Etsi bona immobilia diversis in territoriis sint sita; domini territoriorum, secundùm quantitatem bonorum, creditoribus defuncti satisfacere compelluntur. *Alex. cons.* 111. *ad fin p* 4. *& cons.* 31. *p.* 1. *Zas. cons.* 17. *lib.* 2. *hosque referens & probans Borcholt. in tract. de gradib. tit. de successione fisci. pag.* 261.

511 Sed utrùm fiscus, in bona vacantia succedens, teneatur legata & fideicommissa præstare testamento vel codicillis relicta, controversia non caret? Et negativè responderunt *Richardus Malumb. in l. unica.* §. *pen. ult. C. de cad. toll. Petr. de Bellapert. & Imola in l quidam testamento.* 96. §. *quoties ff. de legat.* 1. *Ripa in l. ex facto* 17 §. *ex facto. n.* 6. *ad Senatusconsult. Trebell. Prosper. Farinac. lib.* 1. *variarum quæst criminal. quæst.* 25. *num.* 186 *& alii, quos memorat. & sequitur Marcus Anton. Peregrin. lib.* 4 *de jure fisci. tit.* 3. *n* 26. Verùm contrariam amplexi sunt sententiam. *Baldus in l eam, quam.* 14. *num.* 5. *C. de fideicommissis. Salicet. in d. l. unic* § *pen. num.* 39 *C. de caduc. tollend. Fachinæus dict. libr.* 6. *controversiar. jur. cap.* 22. *Bocrus class.* 3. *Disp.* 10. *thes.* 63. *edit.* 2. *& d tract. de regalib. c. num.* 37. *Adam Keller. d. tract. de jur. succed. ab intest. tit.* 28. *num.* 8. *& nuperrimè Valentinus Riemer. decad.* 8. *quæst.* 10. *circa medium.* Quam & ego verissimam esse judico, *per textum. in d. l. quidam testamento* 96. §. *quoties. ff. de legat.* 1, ubi clarè & generaliter Julianus ait: legata & fideicommissa esse præstanda à fisco, qui in bona vacantia succedit. Accedit ad ejusdem sententiæ confirmationem textus *in l. dicitur* 14. *ff. de jure fisci. l. recusare.* 6. § *si fisco.* 3. *ff. ad SC. Trebell. l. cum fisco.* 9. *ff. de SC. Silan. & d. l. unica.* §. *penult. ibique gloss. in verb. pepercimus. C. de caduc. tollend.*

512 Nec adversatur regula generalis, quæ vult, quòd si nemo hereditatem adierit, nihil quod testamento scriptum debeatur *l. si nemo.* 9. *ff. de testamentar. tutela. l. si nemo.* 118. *ff. de regulis juris.* Nam regula hæc officium suum perdit, sicque locum non obtinet, quando bona vacantia ad fiscum transeunt. Tunc enim, quia is heredis loco habetur, meritò legata & fideicommissa præstare tenetur. *Ad reliqua contrariæ opinionis argumenta solidè respondit Fachinæus d. lib* 6. *c.* 22. *circa fin.* Et hæc de successione Fisci.

Ad extremum hic subjiciendum est: quempiam hereditatem, ab intestato sibi delatam imprimis consequi posse, 513
vel petitione hereditatis, *de qua tot. tit. ff. & C. de petitione hereditatis.* §. *actionum.* 28. *circa finem. & ibi copiosè Angel. Platea, Jason, Zasius, Schneidew. & alii infr. de action. Joan. Petr. de Ferrariis in sua practica, in forma libelli pro hered. ab intest. delata. Oldendorp. in progymnasmat. act for. cl.* 5. *act.* 5 *& Borcholt in tract de grad tit. ult. p.* 262. *& seqq* vel interdicto quorum bonorum, *de quo tot. tit. ff. & C. quorum bonor.* §. *adipiscendæ possession. infr. de interdict. Joannes Cripus de Montib. act.* 58. *& Oldendorp class.* 2. *act* 1. vel imploratione officii judicis; *de qua, ut & aliis juris remediis pro hered ab intest. competentibus, prolixè & perspicuè agit Ambrosius Schurerius in tr. de hered quæ ab intest deferuntur. tit.* 22. *per totum: item novissimè Adam. Kellerus in d. tract. de jur. succedendi ab intestato. tit.* 36. *per totum.*

Coronidis vice insignis illa, & inter Dynastas quosdam 514
haud ita pridem exorta, discutienda venit quæstio: Si transactio sive conventio sit inita: ut si res data perveniat in alienas manus (*in andere Hande*) ea danti restituatur: nunquid, si res per successionem legitimam pervenerit ad heredes, eadem in alienas manus pervenisse censeatur? Ego sanè (*quicquid ab aliis regeratur*) ad negativæ sententiæ patrocinium me procliviorem agnosco, sequentibus potissimùm rationibus adductus. I. Qui in transactione & quovis contractu magis voluntas & mens transi- 515
gentium ac contrahentium inspicienda est, quàm verba. *l in conventionibus* 219. *ff. de verb. signif. l. semper in stipulationibus.* 34. *in princ. ff. de reg. jur. l. ult. ibi. cùm sit justum voluntates contrahentium, &c. C. Quæ res pignori obligari possunt.* Verisimiliter autem præsumitur, trans- 516
igentes de heredibus cogitasse: quippe cùm regulariter contractus & ad heredes, & contra heredes transeat, sive specialis eorum facta sit mentio, sive non, *per apertum textum in l. veteris.* 13. *C. de contrah & committ. stipulat.* Hinc clausula Notariorum in instrumento heredum men- 517
tionem faciens, superflua & supervacua creditur. *arg. l. eum, qui ita* 56. §. 1. *ff. de V. O.* II. Quælibet con- 518
ventio sive pactio in dubio judicatur esse realis, & sic transitoria ad heredes non verò personalis. *arg. l. juris gentium.* 7. §. *pactor.* 8. *in fine. & l. tale pactum.* 40. *in principio. ff. de pactis.* cùm intentio contrahentis præsumatur esse talis, ut non solum sibi, verum etiam suis 519
heredibus prospexisse videatur *l. si pactum.* 9. *ff. de probationib. t.* 18. *de duobus fratribus à capitaneo investit. lib.* 2 *F.* III. Defunctus (*scil. contrahens*) & heres re- 520
putantur una eademque persona *l. heredum.* 59. *ff. de reg. jur. & Novell.* 48. *in fine principii.* Ergo clausula ista (*in andere Hand*) sub se heredes non complectitur. IV. In pactis & stipulationibus, verba dubia sunt interpre- 521
tanda contra stipulatorem, qui poterat legem contractus dicere apertius. *l. veteribus* 39. *ff. de pact. l. stipulatio ista.* 38. §. *in stipulationibus* 18. *& l. quicquid.* 99. *ff. de verb. obligat.* Quo casu pro reo, tanquam favorabiliori, contra actorem esse respondendum, certum est. *l. favorabiliores.* 125 *ff de regulis juris.* V. In prohibitione alienandi 522
in alienam familiam, vel in alienas manus, non comprehenditur alienatio, quæ fit per successionem legitimam sive ab intestato: quoniam hæc non est alienatio hominis, sed ipsius legis, quæ ab intestato successiones defert. §. 1. *infr. hoc t. l. ed vero* 3. §. *de illo quæritur ff. pro socio. & l. lege obvenire.* 130. *ff. de V. S.* Item necessaria omninò est: quia per 523
mortem, quæ omnibus est necessaria, causatur: ideoque sub hominis interdicto contineri non intelligitur. *l. alienationes.* 13. *ff. familiæ ercisc. l peto.* 69 §. *prædium. ff. de legat* 2. Quocirca prohibitio de alienando, facta ab homine, ad hominis alienationem restringenda videtur. Et huc facit casus *in l. cum pater.* 77. §. *cum inter.* 28. *ff. d. t. de leg.* 2 ubi (*secundum interpretationem Bartoli & Imolæ*) filius libertæ, quamvis non sit de familia libertorum, *arg. l. pronunciatio.* 195. §. *fin. & l. seq. ff. de V. S.* succedit tamen matri suæ in re alienari prohibita extra libertorum familiam. Eo- 524
dem

dem pertinet textus in d. l. peto. 69. §. fratre. 3. ff. de leg. 2. ibi, *extero herede instituto &c.* Secus ergo, si non fuisset institutus exterus: *ut ibi plenè notavit Bartolus, & alii*, Idem Bart. *in l. si ita quis.* 135. §. *ea lege n.* 7. & *seq. ff. de*
525 *V. O.* ubi pulchrè concludit; prohibita alienatione per legem, aut per hominem, non censeri prohibitam successionem intestatam; cùm hæc legis alienatio necessaria existimetur. *Idem tradidit Aretin in l. Pannonius.* 86. §. 1. *ff de acquir. vel omitt. heredit. & latè Socin cons.* 227. *in* 3. *qu. n.* 8 *ubi in eandem sententiam plures allegat: eumque communem esse testatur Corneus consil.* 213. *col.* 2. *lib.* 2. & *cons.* 269. *col.* 2. *lib.* 4.

526 His ita satis copiosè de novissima ab intestato succedendi ratione declaratis & præcognitis: jam ordine, quod instat, exequemur; adeoque ipsum propositi tituli textum breviter explicandum suscipiemus. Initio autem Justinianus Imp. indicat *ex l.* 1. *ff. de suis & legit. hered* aliquem intestato decedere quatuor modis. Primùm intestatus decedit, qui omninò testamentum non fecit, cùm tamen facere posset. Nam si facere non potuit, id est, si testamenti factionem non habuit, ut est impubes, furiosus, prodigus; non nisi abusivè & impropriè intestatus decedere videtur: *uti arguit Ulpian d. l in pr ff de suis & legit. heredib. Paulus. libr.* 4. *sentent tit.* 8. *Stuckius part.* 1. *Exercitat. Justin. decad.* 8 *assert.* 1. *lit. b.* Siquidem privatio habitum præsupponit, *arg l. decem.* 116. *ff de verb obligat.* Quamvis & hæ, similesque personæ, ratione effectus & juris, in successionibus ab intestato constituti, pro intestatis habeantur, *d l.* 1. *in princ. vers. planè. ff. de suis & legit. her. d. l.* 2. *§ divus* 2. *l. credend.* 4. §. 3. *ff qui petant tutor. l. qui duos* 9 *ff. de reb. dub. l. pater.* 14. *ult ff ad L. Falc. l vel singulis* 37. *l. qui duos.* 42 *in fine. & l. Lucius.* 45. *ff. de vulg. & pupill. substit. l.* 2. §. *impuberem* 5. *ff ad SC. Tertull & legib concordantibus Eaque de re videantur Hunnius lib.* 2 *var. resolut. jur. civ. tract* 1. *quæst.* 2. & *Timæus Faber Disput.* 21 *ad Instit. Imperial. th* 3 *itemque Locamer quæst. jur. fasc. quæst.* 8.

527 Unde quæsitum disceptatumque graviter fuit à Doctoribus, an pupillus, furiosus, prodigus, intestatorum appellatione in statutis contineantur; Finge statutum ita sonare: *Bona ejus, qui ab intestato decedit, proximorum agnatorum sunto.* Nunc pupillus mortuus est: dubitatur, anne mater à successione illius excludatur? Sunt sanè multi, qui pupillum, furiosum, & similes, qui testari non possunt, intestatos non dici; ideoque nec matrem à successione repelli posse, opinantur. *Cynus & Alberic. ad l.* 2. *C. qui testam. fac. possunt. Bald. & Salicet. ad l. cùm in antiquioribus.* 19. *C. de jure deliber. Raynerius & Nicolaus de Neapol. ad l. intestato parente.* 6. *ff. de legitimis tutoribus Angel. ad l. in testamento.* 6 *C. de testamento militis.* & *ad l.* 2 *C. de impub. & al. substitutionibus. Joan de Imola ad leg. centurio.* 15. *ff. de vulgari & pupill. substitut.* & *ad c. cum tibi.* 13. *extr. de testament. Signorol. consil.* 6. & *consil.* 101. *Raphael Fulgos. consil.* 40. *consil.* 48. *consil.* 165. & *consil* 199. *Decius consil.* 466. *Marian. Socin. consil.* 23 *Joan. Fab num.* 2. *Ang. Aret. num* 8. & *Christoph. Porc. in hoc principio nostro, Alexand. Trentacinq. in tract de substitution. part.* 2. *cap.* 3. *Joan. Petrus Ferrariensis in forma libelli, quo petitur hereditas ab intestato delata. in fine, eumque referens Rittershusius in expositione Novell. Justin. part.* 7. *cap.* 1. *num.* 3. Cæterum non desunt plures, qui contrarium intrepidè adserunt, adeoque concludunt; appellatione intestatorum in statutis hos quoque, qui ipso actu testamentum facere nequeunt, comprehendi. *Bartol. in d. l.* 1. *in princip. num.* 2. *ff. de suis & legit. heredibus. Bald. sibi non constans. in auth. præterea. C. unde vir. & uxor. Felinus in proœmio decretal. Castrens in l. ambigua.* 19. *ff de leg. & in d. l.* 2. *C. de impub. & aliis substitutionibus. & d. l cum in antiquioribus.* 19. *C. de jur. deliber. & consil.* 48. *lib.* 1. *Alciatus num.* 6. & *Gadd. num.* 4. *in l. intestatus.* 64. *ff. de verb. signific. Matthæus de Afflict. in cap.* 1. *tit. de success. feudi. in usibus feudor. Carolus Ruin. consil.* 50. *libr.* 3. *Paul. Paris. cons.* 22. *l.* 2. *Cardin. Zabarella cons.* 111. *Alexand consil.* 115. *lib.* 2. *Corneus cons.* 75. & *consil.* 336. *l* 1. *Barbat. in d. c. cum tibi.* 13. *ext. de testam.* & *cons.* 67. *lib.* 1. *Joan. Baptista Castellioneus in additionibus ad dictionarium Alberici. in verb. intestatus. Politus in tract. de substitutionibus in tit. de pupillari substitutione. quæst.* 4. *Rolandinus Passagerius in tract. de successionibus ab intest. num.* 5. *Olivertus Textorius in tract. de success. ab intest. in princip. num.* 8. *Maturin. Montan. in tract. de heredibus ab intestato venientibus cap.* 1. *col. penult Hieronym. Gabr. consil.* 14. *num* 15 *lib.* 1. *Simon de Pratis consil.* 163. *num.* 42 *Paul. Pic consil.* 60. *num.* 3. *aliique nonnulli, relati & approbati à Menochio consil.* 569 *volum.* 6. *num.* 12. Quibus adjiciendi sunt *Forsterus in tract. de successionibus ab intest lib* 3. *cap.* 4. *num.* 10. & 14 *Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. I. num.* 160. *Fachin. libr.* 4. *controvers. jur. cap.* 74. *D. Bocer. class.* 3. *disput.* 10. *th.* 4. *edit.* 2. *Fornan. disput.* 18. *th.* 1. *ad lit b. Hilliger in Donello enucleat lib* 9. *cap.* 1. *ad lit. I. Martinus Schickhard. disput.* 11. *ad Institut. th* 1. *num.* 1. & *in resolut. quæst.* 1. & 2. *Treutler. disputat.* 16. *thes.* 1. *sub lit. a. volum* 2. *ibique in suis Notis Bachovius pag.* 980. & *Hunnius quæst.* 2. *pag.* 188. & *seq. Hackelman. illustr. quæst disp.* 18 *th.* 1. *sub lit. b. Heigius hic in cap.* 1. *num.* 4. *Hannonius disp.* 12. *sub controvers.* 1. & *Andr. Gerb. decad* 11 *quæst.* 1.
Quorum sententiæ & ego lubens meritòque subscribo. 528
Etenim & is non malè dicitur intestatus, qui testamentum actu facere non potuit, *argum. d. l. credendum.* 4 §. *hæc autem.* 3. *ff qui petant. tut. vel curat d. l.* 2. §. *impuberem.* 5 *ff. ad SC. Tertyll.* Quæ significatio licèt minùs propria videatur: usu tamen juris, & communi stylo approbata est, *d l.* 1. *in princ. ibi, sed hos quoque pro intestatis accipere debemus. ff. de suis & legit. heredibus. d. l. pater.* 14. §. *ultim ff. ad l. Falc. l. qui duos.* 42. *ff. de vulg. & pupill. substit. d. l. qui duos.* 9 *in princip. ff. de reb. dub. d. l. in testamento.* 6. *C de testament. milit. d. l.* 2. *C. de impub. & al. substit. l. sciant.* 10. *C. de legit. heredib. & l. omnem.* 5. *C. ad SC. Tertyll.* in quibus locis omnibus, ut & aliis quibusdam, pupillus intestatus apertè appellatur. In statutis autem 529
communem loquendi usum observandum esse, nemini dubium esse potest, *argum. l. uxor.* 32. *in princ. & l libro. rum.* 52 §. *quod tamen.* 4. *ff. de legat.* 3. *l. cum de lanionis.* 18. §. *item.* 3. *ff de instructo. & instrum. legato. l. suppellectili.* 3. §. *ultim. ff. de suppellect. legat. Bartolus in l. talis scriptur.* 30. *num.* 2. *ff. de legat.* 1. & *idem ad titul. ff. de operis novi nuntiat. num.* 6. & *ibidem latè Franciscus Niconitius num.* 196. Et proinde quicquid lege, vel statuto, de intestatis cautum reperitur: illud ad pupillorum, furiosorum & prodigorum (dummodo illis substitutum non sit) successionem (ut & ad successionem feudalem) rectè porrigitur, *argum. l. libertum.* 64. §. 1. *ff. de rit. nupt. Niellius Disputat. feudal.* 5. *thes.* 1. *ad lit c.* Idque 530
eò magis dicendum est; quòd omnis hereditas aut ex testamento, aut ab intestato defertur; adeoque tertia successionis species non datur. §. *ultim. supr. per quas personas cuique acquiritur. l.* 1. *ff. de pet. hereditat & l.* 1. *in princip. ff. si tabulæ testam. nullæ extab.* Sed hereditas à pupillo, cui nullus testamento substitutus est, ab intestato obvenit. Intestatum igitur eum dici oportet.

Non obstat, quòd statutum istud odiosum sit, luctuosam matrem hereditate privans. *l. maximum vitium.* 4. *C. de liber. præterit.* idque contra juris civilis provisionem, *Auth. cessante. C. de legitim. hered.* proindeque in benigniorem partem accipiendum; ita scilicet, ut ad eos tantùm pertineat, qui propriè intestati decedere dicuntur, *argum l ea quæ.* 192. § 1 *ff de R. I* nec ad pupillos, furiosos, & similes, qui testamentum facere non potuerunt, extendendum, *argum. c. odia.* 15. *de R. I in* 6. maximè cum non desit ratio diversitatis. In illis siquidem, qui testamentum facere potuerunt, nec fecerunt, præsumptio est voluntatis, qua se ad statutum accommodant, & ex mente statuti proximis agnatis, exclusa matre, hereditatem relinquunt: in reliquis verò, qui, etsi aliter disponere voluissent, non tamen potuissent, præsumpta nulla pro agnatis voluntas militat. Non, inquam, illud obstat. Licèt enim propter matrem odiosa interpretatio videatur: considerata tamen pensiculatè principali ratione ac mente statuti (ea quippe semper consideranda venit, *l. scire leges.* 17. *ff. de legibus. d. l. libertum.* 64. §. 1. *ubi Gothofred. ff. de ritu nuptiarum.*) quæ est conservatio familiarum (Familia etenim propriè consistit in agnatis, *l. pronun-*

531 532

Digitized by Google

l pronunciatio. 19 *5. § 1. ff. d. V. S.* maximum favorem continet, *arg l. 1. §. sed & si servus. 13. ff. de ventre inspiciend. l. super statu 9 C de quaestionib. Mynsing cent. 3. obs 26. in princ. latius Forster. d lib. 3. de successf c 4. num.* 20 Et hinc haud obscure patet, quòd praesumpta defuncti voluntas hujusmodi delationis ad agnatos, exclusa matre, in causa non sit, nec differentiam importare possit: cum lex
533 eam voluntatem non sequatur, sed ipsa legem. Voluntatem enim suam secundùm leges regere, & moderari quisque praesumitur: alioquin si quis de facto impeditus testari non potuisset, agnati fuissent excludendi: quod absurdum est, *tradente Alciato ad d. l. intestatus. 64. num. 9. de verb signific quem refert & sequitur etiam Andreas Ger-*
534 *hardi d. Decad.* 11. *q.* 1. *in fin* Non obstat etiam, quod verba statuti in propria significatione sint accipienda, maximè quando statutum juri communi est contrarium, *arg. l. 1. §. licet autem 20 ff de exer. act l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3. l. quod constitutum. 21. ff. de testament milit. l si servum 71. § non dixit. 5. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Nam in statutis, ob communem loquendi usum, si is à proprietate verborum diversus est, recedi solet à propria verborum significatione *per jura allegata suprà num. 529* propterea quòd, cum statuta municipibus, hominibus juris planè imperitis, praescribantur: idcirco ad modum potius loquendi apud ipsos usitatum, quàm in jure receptum, sese statuentes accommodare soleant. *Sed insp… tur Hunnius d. quaest 2 pag 187 ubi & aliis objectiunculis satisfacit* Quid autem, si codicillos quis fecerit,
535 an putandum est, illum decessisse testatum? Nequaquam, quia testatum, aut intestatum esse, est adjunctum heredita-
536 tis. Hereditas autem codicillis non datur, nec adimitur. *§. codicillis 2 sup de codicillis l. 2. l. si idem. 7. C. eod.* & faciendo codicillos creditur quis sponte sua relinquere hereditatem legitimam successuris ab intestato *l. conficiuntur 8. §. 1. ff. de jure codicill. Joan. Faber. hic num. 4. & Velt num 7.*

537 Secundò decedit intestatus, qui fecit quidem testamentum, sed injustum sive minus rectè; putà quia in eo juris solennia omisit. *l 1 ff. de injusto, rupt. irrit fact. testam. l. si veritas 23 C de fideicommiss l. unus 12. C. de testam. tot. tit I de testament. ordinandis.* (paria enim sunt: aliquid omnino non fieri, vel minùs ritè & solenniter fieri. *l. quoties 6. ff. qui satisdar. cogant. l. 2. ff. de auctorit. tutor. l. non putavit 8. §. non quavis ff. de bon poss contra. tab. l. quamvis, 8. §. si convenerit ff. ad SC. Velleian.*) aut pietatis officium praeteriit, malè exheredando filium, vel praetereundo: quo casu vel initio irritum est: vel per inofficiosi testamenti querelam, vel per bonorum possessionem contra tabulas, irritum efficitur, *tot. tit. I. de exhered. liberor & de inofficioso testam §. quos autem infr. de bon. possessionib. tot. t. ff. & C. de inoffic. testam. d. l. 1. ff. de injust, rupt. irr fact. test. l. 1 l. illud. 4. dict. l non putavit. 8 §. à primo. 5. & seqq. ff de bon. poss. contra tab.*

Tertiò intestatus decedit sive moritur, cujus testamentum ex post facto ruptum irritumve factum est, *hoc principio nostro* Quia hoc testamentum licet jure factum ab initio, postea tamen infirmatum perinde habetur, atque si
583 nullum esset, utpote jam sublatum. Rumpitur autem testamentum agnatione sui heredis, seu nativitate posthumi praeteriti: irritum fit, capitis deminutione testatoris, & aliis modis, *de quibus, I. tot. t. quibus. mod. test. infirm. & tot. t. ff. de injusto. rupt. irrit. facto testamento.*

Postremo & is intestatus decedit, qui quidem initio testamentum jure fecit, sed ex eo nemo heres existit h. e. ex eo nemo hereditatem adit, *per hoc princ. in fine l. 1. ff. de suis & legit. heredib. d l. intestatus. 64 ff. de V. S. l si quis posthumos 9 §. 2 vers. sed & si heres ff. de liberis. & posthum.*
539 *heredib. instit.* Etsi enim reverà eo tempore, quo hic decedit, testatus censetur: attamen cum haec res tractum quendam habeat, & quodammodo ab herede, qui caput ac fundamentum est totius testamenti, pendeat *§ ante heredis. 34. supr. de legat.* judicari non potest, certum, ratum, perfectumque testamentum esse, nisi adita hereditate, propter tritam notamque juris regulam qua traditur, vim omnem testamenti solvi, si nemo hereditatem subierit. *l. si nemo. 9. ff. de testamentar. tutel. l. si nemo. 181. ff. de regulis jur. l. filium. 20. circa princip. ff. de bonorum poss. contra tabul l. eam, quamvis 14. C. de fideicommissis. cum similibus.*

Porro intestatus qui decessisse in dubio praesumitur, 540
non vero testatus, *ut docuerunt Alexander, Jason, Cerneus, Sapia, Bologuetus, Cagnolus, & alii communiter ad l. si emancipati. 9. c de collationib.* Unde legitimam petens hereditatem, necesse non habet probare, intestatum aliquem decessisse: modo se proximiorem, & à lege voca-
tum esse, demonstret. Certum est enim, factionem 541
testamenti pluribus indigere solennibus, quae in facto consistunt: atque ideo non praesumuntur *argum l quaecunque 13 §. ult. ff. de Public in rem. act. l 1. C. de probationib l. asseveratio. 10 C. de non num. pecun.* Et ea de re egregiè diligenterque scripserunt *Franciscus Mantica lib. 2. de conjectur. ult. volunt. tit. 1. Didacus Covarruvias lib. 2 variar. resolut. cap. 6. n. 5. Menochius. de praesumption lib. 4. praesumpt. 1. Mascard. de probat. vol 2. concl. 937. & vol. 3. concl. 1352. Petrus Heigius hic. c. 2 n. 5. cum seq. & Fachinaeus lib. 6 controversiar jur. cap. 46.* Quibus adstipulantur *Rittershusius in d. Expositione Nov. Justin. part. 7. c. 1. n 6. Treutler. vol. disp. 16. th. 1. lit. A. ibique Bachovius pag. 981. cum seq. & Hunnius pag. 190.*

§. Intestatorum. 1. & 2. sui autem heredes existimantur. 2.

§. Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum, primùm ad suos heredes pertinent.

§. 2. Sui autem heredes existimantur (ut suprà diximus) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiavè, nepos neptisvè ex filio, pronepos proneptisvè ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrùm naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundùm divalium constitutionum, quae super his positae sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Necnon eos, quos nostrae amplexae sunt constitutiones, per quas jussimus: ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit: postea verò affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum eâ fecerit, & filios vel filias habuerit: non solùm eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse: sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt. Quod obtinere censuimus, & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisvè, pronepos proneptisvè, suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse: sive morte id acciderit, sive alia ratione, velut emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit: nepos ex eo, suus heres esse non potest. Idque & in caeteris deinceps liberorum personis dictum esse intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

SUM-

Digitized by Google

SUMMARIA.

1 Quæ personæ ab intestato succedant.
2 Jure civili novo quot sint succedendi ordines.
3 Ratio differentiæ inter jus novum & vetus.
4 Potissimum jus est suorum heredum.
5 Jure naturæ parentum hereditas debetur liberis.
6 Sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodo domini existimantur.
7 Sui heredes propriè & verè qui dicantur.
8 Adoptivi in plerisque juris articulis eodem jure censentur, quo naturales.
9 Suis heredibus qui connumerentur.
10 Legitimatorum liberorum quot genera.
11 Utrum ad legitimationem per subsequens matrimonium sufficiat, quòd tempore nativitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum.
12 Quatenus is; qui in utero est, pro jam nato habeatur: & num. 16.
13 Ingenui cui vocentur.
14 Sensus & consideratio l. Paulus. 11 ff. de statu homin.
15 Et quid legitimatio per subsequens matrimonium dotalia instrumenta requirat.
16 Inter suos heredes, quales posthumi referantur.

1 Differit hic Imp. Justinianus de personis, quæ ab intestato succedunt. Earum autem personarum jure civili veteri, quod ex lege duodecim tabularum defluxit, duo tantùm sunt gradus seu ordines. prior suorum; alter legitimorum sive agnatorum, teste Ulpiano in fragm. l. pri. tit. 26 & l. 1. in princ. ff unde cognati & Cajo lib 2 Instit tit. 8. & Paulo lib. 4. recept sentent tit 8 De priori gradu explicatur sub hoc titulo de altero, sub titulo proximo Huc accedferunt ex jure Prætorio duo alii gradus: quorum unus est cognatorum: alter viri & uxoris. De illo agetur infr tit. de successione cognator. de hoc verò i: § sed eas quidem. 4. vers. aliam infr de bonor possessi tit. Sed
2 jure civili novo tres sunt ordines: descendentium scilicet, ascendentium, & collateralium, de quibus in N vell. 118 Forster. lib. 3. de successionib. ab intestat. cap 7 num. 8. Quibus additur gradus viri & uxoris, item fisci, ut suprà
3 circa principium hujus tituli ubertim explicatum. Ratio differentiæ juris novi & veteris hæc assignari poterit: quia jure novo spectatur ratio naturæ, & sanguinis: jure veteri inspicitur ratio civilis, quæ est, tum patria potestas, tum jus familiæ, & agnationis, l. cùm ratio. 7. ff de bonis damnator. Auth. in successione. C. de suis & legit. liber Rittershus ad principium hujus tit. pag. 337. Cæterùm ad jus antiquum, & id, de quo tractatur in his Institutionibus, quod attinet: duo (ut modo dictum sunt successionis ab intestato ordines civiles; suorum, & agnatorum: & duo
4 Prætorii: cognatorum, & viri uxorisque. De priore ordine civili, videlicet suorum, hoc jus est: intestatorum hereditates ex lege XII. tabularum primùm ad suos heredes pertinere. Ita enim lex ista habuit: Si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. Ulpian. d. titul. 26 l. pronunciatio. 195 §. 1. ff. de verbor significat. Ratio, cur primum & potissimum
5 jus sit suorum heredum, hæc est: tum quia jure naturæ parentum hereditas debetur liberis, l. nam etsi. 15 ff. de inoffic. testam l. scripto. 7. in fine ff. unde liberi. l. penult. §. 2. in fin. ff de bonis libertor. & supra expositum in princi-
6 pio hujus tit. num. 55. & 71. Tum quia (quæ est ratio civilis) sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodò domini existimantur: adeò, ut hoc dominium post mortem parentum in ipsos continuetur: & non tam hereditatem percipere, quàm liberam bonorum administrationem consequi videantur. l. 1 §. largius. 12. vers quia ardandi. ff. de successor. edict. §. sui autem 2. vers sed sui quidem. s. de hered. qual. & differ. l. in suis. 11. ff. de liberis & posthumis heredib. i stat. §. 3. vers. & statim morte, &c. ubi nos l t ius infr hoc tit.

7 Sui autem heredes propriè & verè sunt liberi, qui in potestate morientis proximi fuerunt, hic & d. § sui autem. 2. suprà, de hered. qua it. & differ. ubi singula hujus definitionis verba ita copiosè explanata sunt, ut eadem inculcare nihil necesse sit. Eandem definitionem etiam diligenter discussimus part. 1. Disputationum nostrarum ad Institut. Disput. 26. th. 4. Nec verò interest, utrùm naturales & legitimi sint liberi, an adoptivi, hic & l. 1. §. suos. 2. ff de suis & legitimis heredib. Paul. d. lib. 4. recept. sent. tit 8 & Cajus d. lib. 2 Instit. tit. 8 Hujusque ratio est hæc: quoniam adoptivi in plerisque juris articulis eodem jure censentur, quo naturales, id est, ex legitimo matrimonio nati, § in plurimis 9. s. de adoptionibus In quibus autem adoptivis hoc obtineat, ipse Justinianus declarat in § sed ea omnia. 14. infr. hoc tit. 8

Suorum porrò heredum loco sunt legitimati, ex constitutionibus Principum, de quibus hic in vers. quibus connumerari, &. & emancipati, ex edicto Prætoris, de quibus in §. emancipati. 9. infr. hoc tit. Legitimatorum autem liberorum genera hoc loco exponuntur duo: primum est ex oblatione curiæ, quod introduxit Imp. Theodosius, l. si quis. 3. C. de natura ib. liber. quodque hodie in usu ampliùs non est, ut indicatum in §. ult. supr. de nupt. num 2. Alterum, quod Constantinus invenit, hodieque viget, est ex subsequente matrimonio, l divi q C. de naturalib. liberis. Si quis enim extra figuram conjugii usus est consortio ejus mulieris, cum qua jure matrimonium contrahere potuit, & postea contraxit: liberi, etiam ante matrimonium contractum, ex ea suscepti, jus suorum heredum nanciscuntur, legitimique fiunt, hic & d. §. ult. s. e s. nec non ts. & c. s. de nupt c. tanta est vis. 6. ext. qui filii sint legitimi. Rectè dicimus: cum quâ jure matrimonium contrahere potuit Nam si inter eas personas matrimonium jure subsistere non potuisset, propter impedimentum aliquod juris naturalis, canonici, vel civilis: nuptiæ, quantumvis mutuo consensu contractæ, minimè proficient liberis ad jus legitimorum consequendum, per hunc textum nostrum, & l. cùm quis. 10. C. de naturalib. liber. 9 10

Sed valde controversum est; utrùm sufficiat, quòd tempore nativitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum? ut si deportatus, qui civis Romanus non est, rem cum aliqua habuerit, & postmodum ante nativitatem receperit jura civitatis, num hoc satis sit: etiamsi tempore conceptionis istæ personæ ad nuptias ineundas quæ tantùm inter cives Romanos consistunt, idoneæ non fuerint? Et quidem ut matrimonium ipsius conceptus tempore contrahi potuerit, præcisè requiri, docuerunt Cynus & Paul. Castrens. in l ex libera 6. & Salicetus in l. filium. 7. C. de suis & legit liberis. Anton. de Rosell in tract. de legitim. tit. de causa materiali legitimat num. 26. & Sarmientus lib 1 selectar interpret. c. 5 num. 10 & seq. Verùm ex adverso Hostiensis, Joan Andreæ, Anton Butr. & Cardinal in d c tanta 6 ext. qui filii sint legit. Didac. Covar in Epitom. de sponsalib. part. 2. de matrimon. c 8 §. n. 2 hosque referens Fachinaeus lib. 5. controversiar. jur. c. 50. & alii communiter statuunt: tempus conceptionis ad nuptiarum habilitatem non desiderari; si modò nativitatis tempore nuptiæ potuerint inter parentes contrahi. Hæcque sententia (quæ & mihi non displicet) probatur ex eo, quòd ita jure cautum est, ut vel conceptionis, vel nativitatis tempus inspiciatur, quatenus scilicet filiorum legitimationi magis expedit: idque liquet primùm ex l qui in utero 7 ff de stat hom. ubi Paulus Qui in utero est inquit perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quæritur Si ergo de incommodis ejus agatur, secus erit: atque adeo isto casu pro non nato habendus erit; & nativitatis ejus tempus inspicietur. Secundò id patet ex §. sufficit suprà, de ingenuis & l. 1 & servorum. 5. §. 2. ff de stat hom. ubi textus ita habet: Ingenui sunt, qui ex matre liberâ nati sunt. Sufficit enim, liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et è contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat: placuit, eum qui nascitur liberum nasci Tertio idipsum apparet ex l nuper. 11. circa fin C. de natura lib lib ubi Justinian. ita rescripsit: Et generaliter definimus, & quod super hujusmodi casibus variabatur, definitione certâ concludimus, ut semper in hujusmodi quæstionibus in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partûs tempus inspiciatur, & hoc favore facimus liberorum, ut editio- 11 12 13

editionis tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditioris utilitas expostulat. Accedit ad ejusdem sententiæ confirmationem textus *propositi* §. *nostri. vers. quibus connumerari &c* in quo generaliter dicitur; omnes liberos, etiam ante nuptias procreatos, per subsequentes nuptias legitimari: nec distinguitur, an tempore conceptionis matrimonium inter parentes esse, vel non potuerit. Ergo nec nos distinguere debemus, *arg. vulgata. l. de pretio. 8 ff. de public in rem actione.*

14 Non obstat *l. Paulus. 11. ff. de statu homin* ubi is, qui ignorante patre ex filia concipitur, illegitimus esse pronunciatur, quamvis mortuo avo suo nascatur: & tamen certum est, avo mortuo potuisse inter patrem nuptias legitimas celebrari. Sed cùm conceptionis tempore non potuerint subsistere nuptiæ: nihil conducit tempus nativitatis. Non obstat, *inquam*, lex illa. Nam in eâ de consensu novo nuptiarum legitime contrahendarum nihil constabat: ideòque meritò responsum est, secundum facti speciem ibidem propositam, liberos non fieri legitimos. Ad hoc enim, ut legitimi efficiantur, non tantùm requiritur, ut tempore nativitatis liberorum nuptiæ potuerint contrahi: sed necesse etiam est, ut revera per consensum in matrimonium de præsenti sint contractæ & confirmatæ. *Aliis hoc juribus, quæ adduci solent, objectionibus respondet Bachovius. d. lib. 2. cap. 50.*

15 Ut autem legitimatio per subsequens matrimonium valeat: nuptialia sive dotalia instrumenta jure civili omnino exiguntur, *hic & d. §. ult. sup. de nupt. d. l. nuper. 11 C. de natur. lib. liber. Novell. 12 c. 4 & Novell. 18 cap. 11.* Jure verò pontificio & moribus nostris illa non requiri, plerisque placuit, *d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi* Wesenbecio *hic in d. vers. quibus connumerari. num. 6* & Mynsingero *num. 8* Covarruv. *d. Epitom. de sponsalib. part 2. cap. 8 § 2. n. 8.* Hieron. de Cavalcis *in specul. aur. commun. opin. cont. commun. quæst. 591* & aliis, *tum per eos tum per nos designatis sup. d. §. ult de nupt n 4.* Cæterum præter istos duos, hoc loco relatos, legitimandi modos, sunt & alii, *de quibus videatur Nov. 89. per tot & de iis explicatiùs tractatum est suprà in præallegato §. ult. de nupt. num. 63. cum seq. & l. in principio hujus t. num. 27 r. & subsequentibus.*

16 Denique inter suos heredes non solum nati, sed etiam posthumi referuntur illi, qui si vivo parente nati essent in ejus potestate fuissent, primumque gradum obtinuissent, *hic in fine, & l. 3. ff. de injusto. rupt irrit facto testam.* Ejusque ratio est perspicua: quia posthumi, sive ii, qui sunt in utero, pro jam natis habentur, cum de ipsorum commodo agitur, *prædicta l. qui in utero. & 26 ff. de stat homin. l. vel si vivo 7. ff. de suis & legitim. heredibus l. cùm quidem. 30 §. 1 ff. de acquir. vel omitt. hereditat. & dictum suprà initio hujus tit. num. 60.*

§. *Sui autem heredes fiunt.* 3.

§. 3. Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes: & licèt furiosi sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur: ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium: & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis; cùm etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas. Nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

SUMMARIA.

1 *Extranei heredes qui dicantur.*
2 *Sui sine ullâ aditione, etiam ignorantes & inviti, heredes fiunt: ejusque ratio.*
3 *Quæ ipso jure fiunt: nobis etiam invitis & ignorantibus fiunt.*
4 *Morte parentis dominium rerum paternarum continuatur in suos heredes.*
5 *Unius rei dominium penes duos in solidum esse nequit.*
6 *An possessio in suum heredem absque ulla apprehensione continuetur.*
7 *Possessio animo & voluntate retinetur.*
8 *Animus & voluntas morte finitur.*
9 *Quid in heredem transfundatur.*
10 *Sui non dicuntur adire hereditatem, sed se ei immiscere.*
11 *Suitas non plus operatur in suo, quàm aditio in extraneo.*
12 *Fictio in iis, quæ facti sunt, locum non habet.*
13 *Pater & filius eadem penè persona esse reputantur.*
14 *Ratio differentiæ inter dominium & possessionem.*
15 *Intellectus l. cum miles. 30. ff. ex quibus caus. majores, &c.*
16 *Sine possessione usucapio non contingit.*
17 *Usucapio quatenus ante aditam hereditatem impleatur.*
18 *Sententia l. 2. C. de usucapione pro herede.*
19 *Viventis nulla est hereditas.*
20 *A proprietate verborum non facilè recedendum.*
21 *Non quid dictum, sed quâ mente dictum sit, perpendendum.*
22 *Verborum prior, rerum potior vis atque potestas.*
23 *Sensus verus l. 2. §. 1. vers. filium. ff. pro herede.*
24 *Res immobilis tradi non potest.*
25 *Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat.*
26 *Explicatio l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*
27 *In toto & pars continetur.*
28 *Quis pro herede gerere dicatur.*
29 *Conciliatio l. per procuratorem. 8. C. de acquir. possess. cum l. naturaliter. 12. ff. eod.*
30 *Nicolaus de Passeribus à Genoa, impudentiæ arguitur & convincitur.*
31 *An & quatenus interdictum unde vi, heredibus competat.*
32 *Possessio rerum etiam feudalium à patre in filium non ipso jure migrat, sed apprehensione indiget.*

ETsi heredes extranei (quicunque scilicet non sub- 1
diti sunt potestati testatoris, *§. cæteri. 3. sup. de her. qualit. & differ Forster. lib. 2. de successionib. cap 18. num. 55. & seq.*) necesse habent adire hereditatem, hæcque iis ignorantibus atque invitis non acquiritur, *l. nec ii. 17. cum ll. seq ff. de acquir. vel omitt. heredit. & expositum est superiùs in § in extraneis. 4. & §. extraneis autem. 5. & §. final. de hered. qualit. & different.* tamen sui sine ulla aditione 2
heredes fiunt, etiam ignorantes & inviti, *hoc §. & l. lege Cornelia. 12. ff qui testam facere poss. l. 1. §. qui sunt. 7. ff. si quis, omissa causa testamenti, &c.* Cujus ratio est: quia sui ipso jure, hoc est, legis ipsius vi ac potestate, nullo hominis intercedente facto, heredes constituuntur & existunt. *l. in suis 14. ff. de suis & legit. heredib. l. si fratris. 3 ibique Gothofred. ad lit. 1. C. de jure deliber. Jul. Paul lib 4. sentent. tit. 8. §. qui sui heredes, &c. Donellus libr. 7. Commentar. de jure civil cap. 2.* Quæ autem ipso jure fiunt: nobis etiam 3
invitis & ignorantibus fiunt, *sicut explicatum in § item vobis. sup. per quas pers. cuique acquir. & notat hic D. Giphan.* Itaque & furiosis & infantibus, & peregrinantibus modò suis, ut hereditas, ita & legata, & fideicommissa, & actiones, acquiruntur, *l. si a furioso. 12. ff. de reb. credit. l. si à furioso 24. & l. furiosus 46. ff. de obligat & act. Paul. loco ante allegato.* Et sanè statim morte 4
parentis dominium rerum hereditariarum seu paternarum continuatur in suos heredes, *per hunc textum:* quasi scilicet vivo adhuc parente domini sint, *l. in suis 11. ff de liberis & posthumis: &c.* Rectè, *quasi*, Reverà enim non sunt domini, vivo adhuc patre: sed solus pater verè dominus est: quoniam unius rei dominium penes duos in so- 5
lidum esse non potest, *l si, ut certò. 5. ult ff commodati.*

Perelegans & egregia hoc loco examinanda occurrit 6
quæstio: Anne sicuti dominium, ita & possessio in suum heredem absque ullâ apprehensione continuetur? Et (quicquid in contrarium adferant Corasius *lib. 6 Miscell. jur. civil. c. 12.* Duarenus *ad t. ff. de liber. & posth. c. 3. pag. mihi. 459.* & Forster. *d. lib. 2. de successionib. c 4. num. 17. & seqq.*) sententiam negantem à veritatis tramite non alienam esse, omnino persuasum mihi habeo, *per textum in l. cùm heredes. 23. in princ. ff. de acquir. vel amitt poss. ff.* ubi his verbis à JC. Javoleno responsum est; *Cùm heredes instituti sumus: aditâ hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* Et ratio non obscura est: Tum 7
quia possessio animo & voluntate retinetur, *l. 3. §. sed & si animo. 7. l. clam possidere. 6. in fin. l. si id. 25. §. ult. l. qui universas. 30. §. quo per colonum. 5. ff. de acq. vel. amitt. possess. l. licet. 4. C. eod.* Animus autem atque voluntas de- 8
functi

Digitized by Google

functi morte finitur, *l. locatio. 4. ff locati. c. ſi gratioſè. 5. ext.*
de reſcript. lib. 6. Et animo & voluntate extinctâ, etiam
poſſeſſionem extinctam cenſeri, proindeque continuari
non poſſe, dicendum eſt, *l. futurum. 37. §. 1. ff de uſurpat.*
9 *& uſucap.* Tum quia in heredem id duntaxat transfundi-
tur, quod eſt hereditatis, *l. 1. §. Scævola. 15. ff. ſi quis teſta*
mento liber eſſe juſſus &c. l. omnia ferè. 192. ff. de reg. jur.
Sed poſſeſſio non eſt hereditatis, *d. l. 1. §. Scævola. ff. ſi quis*
teſtamento. &c. Igitur in heredem non transfunditur: &
conſequenter novâ apprehenſione opus habet, ſive heres
ſuus ſit, ſive extraneus, *d. l. cùm heredes. 23. in princip. ff.*
de acq. vel amitt. poſſeſſ. Nec quicquam oberit, ſi objicia-
tur in hac lege 23 aditionis mentionem fieri: ibi, *aditâ he-*
10 *reditate*: hocque verbum propriè extraneorum eſſe: cùm
ſui non dicantur adire hereditatem, ſed ſe ei immiſcere.
d. §. extraneus autem. 5. ſ. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. fin.
& l. ſeq. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur; Nam licèt ver-
bum *aditionis* propriè ad extraneos ſpectet: hic tamen
in latiori ſignificatu etiam ſuos heredes complectitur. Ne-
que enim minùs ſuos, quàm extraneus, hac in parte ap-
prehenſione poſſeſſionis indiget: cùm ratio, quæ in utro-
que eſt eadem, idem etiam jus in utroque efflagitet, *l. illud*
quæſitum. 32. ff ad leg. Aquil. Et paſſim in jure noſtro dif-
ferentiam inter aditionem & immixtionem confundi, in
confeſſo eſt, *d. l. ſi fratris. 3. C. de jure deliber. cum ſimilibus.*
11 Præterea ſuitas *ut loquuntur*, non magis operatur in ſuo,
quàm aditio in extraneo, *arg. l. ſi is, qui pro emptore. 5. ff. de*
uſurp. & uſuc. Atqui heredes extranei ne quidem heredita-
te aditâ poſſident, *d. l. cum heredes. 23 ff. de acquir. vel amitt.*
poſſeſſ. Ergo nec ſui heredes virtute ſuitatis poſſide-
bunt. Et quamvis contrariæ opinionis patroni hanc
ipſam rationem ita diluere conentur, ut dicant: eam ob-
tinere reſpectu acquiſitionis dominii, non etiam poſſeſ-
ſionis, quaſi ſuitas plus roboris virtutiſque habeat in ſuo,
quoad poſſeſſionem: neſcio tamen, an iſthæc diſtinctio
juri undiquaque conveniat. Nullâ etenim lege eam
probari poſſe crediderim: neque hic noſtrum eſt diſtin-
guere, cum leges inter ſuum & extraneum heredem non
diſtinguant, *arg. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act.*
12 Confert quoque huc, quòd fictio in iis, quæ facti ſunt,
in poſſeſſione, locum non habeat, *l. denique. 19. ff. ex quibus*
cauſ. major in integr. reſtitut. l. 3. §. 3. l. poſſeſſionem. 29.
13 *ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.* Quòd autem filius,
mortuo patre, poſſidere intelligatur, non niſi per fictio-
nem dici poteſt: cùm pater & filius eadem penè perſona
eſſe reputentur *l. ult. C. de impub. & aliis ſubſtitut. No-*
vell. 48 in princip. §. ſi quis alii. 4. in fine. inſt. de inutilib.
ſtipul. Nec moveat, ſi regeratur; fictionem etiam in iis,
quæ in facto conſiſtunt, habere locum: veluti, lex fin-
git, defunctum apud hoſtes ante captivitatem occubuiſ-
ſe, *§. fin. ſ. quib. non eſt permiſ. fac. teſtam. l. lege Cornelia. 12.*
ff. qui teſtam. fac. poſſ. reverſum ab hoſtibus, ſemper in ci-
vitate fuiſſe, *§. ſi ab hoſtibus ſ. quib. mod. jus patr. poteſt.*
ſol. in utero exiſtentem, jam natum eſſe, *l. qui in utero. 7. ff.*
de ſtatu hominum mortuum pro ſalute Reipublicæ, in per-
petuum vivere, *§. 1. ſ. de excuſationib. tutor. & his ſimilia.*
Eo enim ipſo, quòd illa jure concedente & permittente
fiunt, efficitur: fictionem privatâ auctoritate factam
nihil operari. Nullibi verò in jure noſtro expreſſum eſt,
14 filios vivo patre naturaliter poſſidere. Ratio porrò dif-
ferentiæ inter dominium & poſſeſſionem, cur illud in here-
dem ſuum continuetur, hæc non item, in promptu eſt:
quia dominium in jure, poſſeſſio in facto conſiſtit, *d. l. 1.*
§. furioſus 3. & d. l. poſſeſſionem. 29. ff de acquir. vel amitt.
poſſeſſ. Jam verò quæ ſunt juris facilè ab uno tranſeunt in
alium: quæ ſunt facti, non item. *arg. l. qui hered. 44.*
in princip. ff. de condit. & demonſtr. & l. quod dicimus. 231.
ff. de verb. ſignif.
15 Non adverſatur Pauli ſententia, qui disertè ait, poſſeſ-
ſionem defuncti, quaſi junctam, deſcendere ad heredem,
adeòque apprehenſione opus non eſſe, *l. cùm miles. 30.*
ff. ex quib. cauſ. majores, &c. Nam poſſeſſionis vocabu-
lum ibi impropriè pro uſucapione poſitum eſt, *ut & in d.*
l. denique 19. ff. eod. t. idque ex illis textus verbis ſatis evin-
citur: *& plerumque nondum hereditate aditâ, completur.*
Quæ verba de uſucapione, tanquam ipſius poſſeſſionis ef-
fectu, intelligenda eſſe, ſole illuſtrius eſt: quia vacuum tem-
pus, quod ante aditam hereditatem interceſſit, ad uſuca-
pionem complendam heredi procedit *l. nunquam. 31. §. va-*
cuum. 5. l. cœptam. 40. ff de uſurpat. & uſucap. Nec mihi in- 16
git hanc reſponſionem, quod ſine poſſeſſione uſucapio
contingere nequeat, *l. ſine poſſeſſione 25. ff. d. tit.* ... *ſine poſ*
ſeſſione. 3. ext. de reg. jur. in 6. per rerum autem naturam fie-
ri non poſſit, ut hereditas jacens, hoc eſt, quæ nondum adi-
ta eſt, vel per ſe, vel per alios poſſideatur; cum animo care-
at, factorumque ſit incapax. *l. 1. §. Scævola. ff ſi is qui teſt. li-*
ber eſſe juſſerit, &c. Etenim id jure & ratione ſingulari re- 17
ceptum eſt: ut etiam ante aditam hereditatem uſucapio
impleatur, *l. juſto 44 §. nondum 3. ff de uſurp. & uſuc.* dum-
modo tempore medio ab alio poſſeſſa non fuerit, *l. poſſeſſ.*
20. ff. eod. Quia enim ante aditionem nihil heredi (qui jure
ſecum deliberat, conſultumnè ſit hereditati ſe immiſcere,
quæ forte plus damni, quam commodi adferre poſſit) im-
putari poteſt, quare poſſeſſionem non apprehenderit: æ-
quitatis cauſâ, adverſus rigorem juris, introductum eſt: ut
hereditas tantiſper defuncti perſonam ſuſtineat; & aditio
hereditatis retrotrahatur, temporique mortis defuncti; ad
continuandam poſſeſſionem, conjungatur, *§. diutina. 12.*
ſup. de uſuc. l. hered. 22. dict. l. juſt. 44. §. nondum 3 ff. dict. tit.
Nec præterea urget, ſi quis ulterius inſtando replicaret; 18
prædictam *l. cùm miles. 30. ff ex quib. cauſ. majores, &c.* non
de uſucapione, ſed de poſſeſſione, prout verba ſonant,
eſſe accipiendam: propterea quòd ab Imp. Diocletiano
& Maximiano reſcriptum ſit; nihil pro herede uſucapi
poſſe, ſuis heredibus exiſtentibus, *l. 2. C de uſucapione pro*
herede Nam Imp. ibidem non dicunt ſuum heredem uſu-
capere non poſſe pro herede: ſed potius dicunt, ſuis exi-
ſtentibus heredibus, nihil poſſe pro herede uſucapi, ſcili-
cet ab extraneo. Ut enim viventis nulla eſt hereditas *l. 1.* 19
ff. de hered. vel act. vendit. ita etiam quamdiu ſui heredes
exiſtunt (quorum potiſſima cauſa eſt *ut in §. 1. ſupr. hoc*
tit. audivimus) non poteſt ullus alius ad pro herede uſuca-
pionem admitti: cùm hereditas ipſo jure jam antè adita à
ſuis heredibus intelligatur, *d. l. in ſuis. 14. ff. de ſuis & legit.*
hered. atque adeò, ut ſine herede non ſit, qui ſuum here-
dem, licèt abſtinentem ſe relinquit, *l. cùm, quaſi 30. §. ſed &*
ſi 10. ff. de fideicomm. libert. Et de ſenſu iſtius legis 2 C. de
uſucap. pro herede. explanatiùs dictum eſt ad principium tit.
ſupr. de uſucap. num. 122. & ſeq. Et quamvis *d. l. cùm mi-* 20
les. poſſeſſionis mentionem faciat, & à proprietate ver-
borum non facilè recedendum ſit, *l. non aliter. 69. ff. de*
legat. 3. ita tamen verba exaudiri oportet, ut materiæ
ſubiectæ inſerviant, *arg. l. inſulam. 6. ff de præſcript. verb.*
Neque enim quid dictum ſcriptumvè, ſed quâ mente di- 21
ctum ſcriptumvè ſit, perpendendum eſt. *l. penult. ff. ad ex-*
hibend. Verborum igitur ut prior: ita rerum ſeu mentis 22
præſtantior vis eſt, atque poteſtas. *l. Labeo. 7. §. ult. ff. de ſu-*
pellectile legat. l. non dubium. 5. C. d. l. l. ſcire oportet. 13. §.
aliud verſ. ſed etſi. ff. de excuſation.
Rurſus non obeſt, quod Julianus ex Servio refert: natu- 23
ralem poſſeſſionem, vivo patre, penes filium eſſe *l. 2 § pluſ*
2. ff. pro herede. Id enim ad eum reſpicit caſum, quo filius
rem à patre ſibi donatam & traditam apprehendit; ac
proinde cùm, vivo adhuc parente, rei donatæ poſſeſſionem
ſit conſecutus: novâ apprehenſione, eo mortuo, opus non
habet. Et ſanè cùm in caſu *dictæ l. 2. §. 2.* filius pro donato,
& non pro herede poſſideat: inde infallibiliter ſequitur,
ibidem poſſeſſionem defuncti in filium, tanquam ſuum
heredem, non fuiſſe ipſo jure continuatam, & ſucceſſione
acquiſitam. *Timæus Faber Diſp. 16. ad Inſtit. Imper. th. 10.*
Similiter non obſtat, poſſeſſionem aliquando etiam abs- 24
que corporali apprehenſione acquiri poſſe, non ſecus ac
dominium: præſertim cùm res immobilis ut hereditas, tra-
di non poſſit. *l. 1. §. ſi juſſerim. 2. l. quod meo 18. §. ſi ven-*
ditorum. 2. ff. de acquir. vel amitt. poſſ. cum ſimilib. Nam
idem eſt, ſive naturalis fiat apprehenſio, ſive tale quid
interveniat, quod pro naturali apprehenſione habetur,
legibus modò allegatis, & l. quarundam. 51. ff. eod. tit.
Nihil ſiquidem refert, quid ex æquipollentibus fiat *l. fidei-* 25
commiſſa. 11 § ſi cui ff. de legat. 2. Regulariter ergo naturalis
requiritur apprehenſio, idque in rebus mobilibus ut pluri-
mùm: ſed in immobilibus & incorporalibus patientia eſt

loco traditionis. *l. 1. §. fin. de servit. præd. rustic. l. si ergo. 11. §. 1. ff. de Public. in rem. act. l. 3. §. si iter. & ibi Gothofred. ff. de actionib. empt.* Quæ omnia non solùm in illis obtinent rebus, quæ primo occupanti adjiciuntur. *§. illud quæsitum. 13. J. de rerum divisione, &c.* verum etiam in jam acquisitis, *per textum expressum in l. qui universas. 30. §. quod per colonum. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ubi Paulus in hunc modum respondit: *Quod ego per colonum possideo: heres meus, nisi & ipse nactus fuerit possessionem, possidere non poterit. Retinere enim animo possessionem possumus; adipisci non possumus.*

26 Hoc ampliùs non obsistit *l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* ubi idem Paulus inquit, possessionem esse in hereditate. Jam autem omne id, quod hereditatis est, ad heredes transit, *l. nihil est aliud. 24. ff. de verborum significat. l. omnia. 193. ff. de regulis juris.*

27 Acquisita ergò hereditate, tanquam aliquo toto: utique & possessio, velut pars ejus, necessariò acquisita videtur. Siquidem in toto & pars continetur, *l. si quis 7. ff. de except. rei jud. l. in toto. 118. ff. de reg. jur.* Non obsistit, *inquam.* Paulus enim impropriè dicit, possessionem esse in hereditate: cùm facti sit, & mortuo possessore evanescat: ac proinde omninò apprehendi ab herede debeat, *ut supr. demonstravimus.*

28 Declarat autem illic Jurisconsultus, quisnam pro herede gerere dicatur: & ait, etiam eum gerere pro herede, qui animo agnoscit successionem, tametsi nihil attingat hereditar um. Jam verò dubitabatur de domo pignori datâ defuncto, quam constat inter corpora hereditaria non referri. *l. & non tantùm. 29. in princ. ff. de petit. heredit.* quærebatur, *inquam*: utrùm is, qui domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit, pro herede gessisse videretur? Et Jurisconsultus decidit, eum gessisse pro herede. Ratio decisionis sumitur ex *l. si quis extraneus. 21. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* quia interdum animus solus quem obstringit hereditati: ut putà si re non hereditariâ quasi heres usus sit. Licèt ergo domus illa oppignorata, non fuerit ex corporibus hereditariis: tamen qualisqualis ejus possessio fuit in hereditate: hoc est, tamen illa retentio gestionem pro herede arguit.

29 Pariter nihil ad rem pertinet, quòd Imperatores asserunt: proprietatem à possessione separari non posse, *l. per procuratorem 8. C. de acquir. & retinend. possess.* Nam id ad subjectam & propositam facti speciem referendum est. Venditor enim habens proprietatem & possessionem rei, vendidit eam rem procuratori, ut & proprietas & possessio simul emptori acquireretur; hocque respectu lex dicit, proprietatem à possessione non posse separari. Quâ lege ita breviter explicatâ, ei non repugnat Ulpianus *in l. naturalit. 12. §. 1. ff. eod. tit.* ubi ait: proprietatem cum possessione nihil commune habere. Quia hoc vult dicere: qui rem vindicat, non renunciat ejus possessioni. Non igitur sunt eadem proprietas & possessio. Sin namque idem essent: renuncians rei vindicationi non posset agere possessorio. Aliàs verò expeditum est, proprietatem & possessionem nonnihil commune inter se habere. Utraque enim per easdem personas acquiritur. *§. item vobis. 3. vers. non solùm. & §. de tit. 4. vers. non solùm autem. supr. per quas personas cuique acquirit.* & à possessione dominium incipit. *l. 1. §. 1. ff. de acq. vel amitt. possess. &c.*

30 Illud hic omittere non possum, quòd Nicolaus de Passeribus à Genoa; *in conciliat. cunctar. leg. part. 2. sub tit. Anton. Govean. & c. p. 991. edit. 2. n. 55. & seq.* imprudenter & impudenter dicat: me contrarietatem quandam statuere inter *d. l. naturaliter. 52. §. 1. ff. de acquir. vel amitt possess. & d. l. per procuratores. 8. C. eod. tit.* Contrarium quippe ex meis verbis hoc loco positis evidentissimè constat. Expressè etenim ajo: *non repugnat Ulpianus, &c.* Ergo ille procul dubio somniavit, non ego: qui ubique in meis Scriptis inculco nullam in jure extare tantam contrarietatem, quæ conciliari non possit. *l. 1. §. nulla. 8. & l. 2. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucl.*

31 Nihil denique refragatur *l. 1. §. hoc interdictum. 44. ff. de vi arm.* ubi scriptum est; heredibus competere interdictum unde vi: quod interdictum recuperandæ possessionis esse, apertissimi juris est, *d. l. 1. §. 1. ff. d. tit. §. recuper. 6. inf. de interd.* Recuperamus autem possessionem, quam antea habuimus. Unde videtur dicendum heredem aut superstite defuncto possedisse, aut morte ejus possessionem ad illum continuò transivisse. Hoc, *inquam*, nihil refragatur. Namque heres eo interdicto experitur non ex persona sua: cùm nec superstite defuncto possederit; nec post illius obitum possessionem apprehenderit, quam alius occupaverat: sed ex persona defuncti. Quinimò cùm actio ista in bonis defuncti fuerit: meritò ab herede, tanquam universi juris successore, intentari potest. *d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verborum signific. & l. heres. 37. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ex quibus omnibus tandem conclusum relinquitur: possessionem defuncti in filium, sive suum heredem, non nisi naturaliter apprehensam, continuari. Et sic, *post Bartol. in d. l. cùm heredes. 23. ff. de acquir. vel amitt. possess. aliosque plurimos à se citatos. sentit Tiraquellus in tract. Le mort saisit le vif. in præfat. declarat. 3. num. 6. Roland. à Valle consil. 46. num. 26. & seqq. vol. 2. Viglius ad §. sui autem. num. 5. supr. de heredum qual. & differ. Giphanius hic in vers. & statim morte parentis, &c. Cujacius ad dict. leg. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. &c. Borch. in Commentar. class. 3. Disput. 11. th. 10. edit. 2. Gœddæus ad dict. leg. nihil est aliud. 24. ff. de verborum significat. num. 18. & seq. Broncborst. centur. 2. ἀπορουμένων assert. 64. edit. 1. Arumæus Exercitat. Instin. 10. in corollar. & Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tractat. 5. quæst. 28. pag 597. & seq.*

Quæ conclusio non solùm in possessione rerum patrimonialium; sed feudalium etiam locum habet. Nam & harum possessio à patre in filium non migrat ipso jure: sed facto, hoc est, apprehensione opus est. *Atque ita in Camera Imperiali judicatum fuisse, testatur Mynsinger. hic num. 4. & Gail. lib. 2. observat. 129. & 152.* Adde Doctorem Martam *tom. 3. digestorum novissimorum. tit. possessio. cap. 48. & seq. fol. 257.* ubi scribit, frequentiùs decisum esse; valere consuetudinem sive statutum, quòd possessio rerum hereditariarum ipso jure in heredem suum sine apprehensione transeat: ita ut heres post mortem defuncti statim in dominio & possessione rerum omnium, hereditario jure obvenientium succedat. 32

§. Interdum. 4. cum §. seq.

§. 4. Interdum autem, licèt in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit; tamen suus heres parenti efficitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui. Jus enim postliminii hoc facit.

§. 5. Per contrarium autem hoc evenit, ut licèt quis in familia defuncti sit mortis tempore; tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest, cùm fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum heredem esse, sed desinere.

SUMMARIA.

1 *Sui heredes sunt, qui in potestate morientis proximi fuerunt: hujusque exceptio.*
2 *Quo casu is, qui tempore mortis in familia & potestate defuncti existit, postea in potestate, adeoque suus heres esse desinat.*
3 *Utrùm filia, cujus pater criminis læsæ majestatis est damnatus, ad successionem ejus, fisco excluso admittatur.*
4 *Odia sunt restringenda, favores ampliandi.*
5 *A communi opinione non facilè recedendum.*
6 *Filiæ eorum, qui læsæ majestatis crimen patrârunt, legitimam tantum ex bonis matris innocentis consequi possunt.*

Hic locus ad definitionem sui heredis pertinet, in quâ dictum est: suos heredes esse, qui in potestate morientis proximi fuerunt. Ejus exceptio hic affertur, quâ interdum suus est heres, qui in potestate morientis non fuit: veluti filius ab hostibus captus, in potestate parentis, mortis tempore non est: & tamen post mortem 1

patris

patris reverſus, ſuus heres efficitur. Ratio hujus exceptionis eſt: quia jure postliminii is fingitur apud hoſtes nunquam fuiſſe; ſed in poteſtate patris ſemper manſiſſe. §. ſi ab hoſtibus. 5. ſ. quib. mod. jus patr. poteſt. ſolvitur. l. retrò. 16. ff. de captiv. & postlim. reverſ. Paul. 4. recept. ſent. t. 8. Sic è contrario uſuvenire ſolet: ut, qui tempore mortis in familia, id eſt, poteſtate defuncti extitit, poſtea in poteſtate, adeoque ſuus eſſe deſinat: puta ſi poſt mortem ſuam pater læſæ majeſtatis vel perduellionis reus judicatus, atque ita memoria ejus damnata fuerit. Hoc caſu filius ipſo quidem jure poſt mortem patris incipit eſſe ſuus heres: ſed poſt damnationem heres eſſe deſinit: eò quòd omnia patris defuncti bona fiſco vindicantur: per contrarium §. 1. t. l. 1. §. interdum. ff. de ſuis & legit. here. l. ultim. ff ad l. Jul. majeſt. & l. quiſquis. 5. C. eod. tit. Quòd ſi verò pater vivens adhuc læſæ majeſtatis damnatur: filius omninò non fit ſuus heres. Quinimo hac ſpecie filius non modo non ſuus heres efficitur: ſed prorſus à patris hereditate, utpote quæ applicatur fiſco, excluditur, d. l. quiſquis. 5. C. ad l. Jul. majeſt.

3 Quæſtionis autem eſt: num etiam filia iſto caſu patri ſuccedere non poſſit? Et communis opinio eſt: filiam, cujus pater criminis læſæ majeſtatis eſt damnatus, ad ſucceſſionem ejus, fiſco excluſo, admittendam eſſe. Ejusque probabilis eſt ratio: quia dict. l. quiſquis. 5. C. d. tit.

4 de filiis tantùm loquitur: proindeque ad filias extendi non debet, propter tritam regulam illam: quòd odia reſtringenda ſint, favores ampliandi, l. cum quidam. 19. ff. de lib. & poſth. c. odia. 15. de R. J. in 6 Graff. lib. recept. ſent. §. ſucceſſio ab inteſtato q. 5. Clar. lib. 5. ſent. §. læſæ

5 majeſt. n. 10. & 12. Sed licet à recepta hac ſententia non ſit in judicando & conſulendo facile recedendum, arg. l. reverſ. ſanè crebrior ff de offic quæſitor. l. minimè. 32. & l. ſi de interpretatione. 37. ff. de ll. tamen diſputandi causâ tentari poterit, illam à juris veritate videri alienam, per d. l. quiſquis. 5. d. ad filias. 3. C. ad l. Jul. majeſt. ubi Imp. Ar-

6 cadius & Honorius diſertè ajunt: filias eorum, qui læſæ majeſtatis crimen perpetrarunt, poſſe tantùm legitimam ex bonis matris innocentis conſequi: atque ita haud obſcurè innuunt, filias à patrum ſucceſſione omnimodo arcendas eſſe. Cùm enim matri, quæ nihil deliquit, ſuccedere nequeant: quomodo patri, qui læſæ majeſtatis reus eſt, ſuccedere poterunt? Præterea in eodem §. ad filias. dicitur: filias ex bonis maternis legitimam obtinere, ut ſe alere poſſint. Ergo præſupponitur, eas minimè ſuccedere patri læſæ majeſtatis reo. Nam ſi huic ſuccederent: haud difficulter ipſis alimenta ex ejus hereditate ſuppeterent. Verùm confer cum his, quæ traduntur in §. publica autem. 3. num. 52. infr. de publ. judic.

§. Cùm filius. 6.

§. 6. Cùm filius filiavè, & ex altero filio, nepos neptisvè exiſtunt, pariter ad hereditatem avi vocantur: nec qui gradu proximior eſt ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur; nepotes neptesque in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione & ſi nepos neptisvè ſit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisvè: ſimul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis ſui locum ſuccedere: conveniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes hereditatem dividi; ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item ſi ex duobus filiis nepotes neptesve exiſtant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor: ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor altera dimidia.

SUMMARIA.

1 Nepos ex filio præmortuo, unà cum patruo ſuo ad hereditatem avi æqualiter admittitur.
2 Jus ſucceſſionis ſive repræſentationis unde profectum, ejusque ratio.
3 Illud an in quo ordine inveniat locum.
4 Principatus & regna plerumque ſunt individua.
5 Hereditas inter liberos diverſi gradûs, non in capita, ſed in ſtirpes partienda.
6 Quæ hereditas in capita, quæ item in ſtirpes dividi dicatur.
7 Iſthæc duplex hereditatis diviſio quibus quaque cautum in caſibus locum habeat.

Explicat hic Juſtinianus duo inſignia juris capita: quorum primum eſt, de ſucceſſione nepotum in locum filiorum: alterum eſt, de diviſione hereditatis in iſta ſucceſſione. Primum quod concernit; certum eſt, nepotem neptemvè ex filio præmortuo, una cum filio ſuperſtite nempe patruo ſuo, ad hereditatem avi æquâ ex parte admitti, ſive nepotem ſuccedere in locum filii, hic & §. penult. infra h. tit. l. 1. §. ſi filius 4. ff. de ſuis & legit. hered. l. 2. & 3. C. de ſuis & legit. liber. Cajus. lib. 2. Inſt. t. 8. & Ulpian. tit. 26. 1

§. 1. Finge: Sempronius duos habet filios: Mævium & Pamphilum. Moritur Mævius relicto filio, id eſt nepote Sempronii. Poſtea moritur etiam Sempronius de cujus hereditate contendit Pamphilus, & Mævii filius, hoc eſt, nepos. Pamphilus enim, ut filius, & gradu proximior, nepotem, tanquam gradu remotiorem, vult excludere, ſolusque hereditatem Sempronii habere. Sed negat Imperator: pariter eos vocari, & nepotem in locum patris ſui Mævii ſuccedere. Quod jus ſucceſſionis, ſive (ut vulgo vocant) repræſentationis ex duodecim tabul. profectum eſt, d. §. penult. infr. hoc tit. & d. l. 3. C. de ſuis & legit. liber. Ejusque juris ratio eſt æquitas naturalis. d. l. 1. §. ſi filium ff. de ſuis & legit. heredib. Unde & Juſtinianus hic ait: æquum eſſe videtur, nepotes neptesvè in patris ſui locum ſuccedere. Ideoque videtur ſtricto jure aliud dicendum, ut nimirum nepos à filio excludatur: Eâdem ratione pronepos pronepotisvè ex nepote demortuo, unà cum nepote neptevè ex filio æquis ex partibus ſuccedit, hoc §. noſtro. verſ. pari ratione, &c. & l. 1. §. liberos. 7. ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus, &c. An verò etiam abnepotes in parentum ſuorum, id eſt pronepotum defunctorum locum admitti, cum aliis pronepotibus, nepotibus, & filiis ab avo ſuo ſuccedere poſſint, necne, latè expoſitum eſt ſupr. in princ. hujus tit. 69. & ſeq. 2

Illi porrò ſucceſſionis ſive repræſentationis juri locus eſt tantùm in ordine deſcendentium ſeu liberorum, arg. l. conſanguinit. 3. ibiq. Gothofr. C. de legit. hered. & novissimo jure etiam in ordine agnatorum ſive collateralium, ſed uno ſolummodo caſu, puta in filiis fratrum cum patruo concurrentibus in ſucceſſione patrui defuncti, Nov. 118. c. 3 Gibb. & Weſenb. hic n. 2. & 3. Valent. Riemer. decad. 8. q. 4. Illuſt. in Franzk. exercit. jur. 9. qu. 7. & 8. p. 238 cum ſeqq. & attigimus ſup. ad dict. princ. hujus tit. n 92. Et hæc quidem ſunt indubitati ex peditique juris, in ſucceſſionibus privatis. Cæterum in diviſione ac ſucceſſione regnorum & principatuum, de iſthac repræſentationis jure ingentes olim fuerunt pugnæ, & frequentes controverſiæ. Nec profectò ſine ratione. Nam principatus & regna plerumque ſunt individua, ita ut ſi duo ſint filii, ad alterum duntaxat regni ſucceſſio deferatur: quâ de re videantur Andreas Gail. lib. 2 obſ. 153. D Mart. Rimel. part. 1. ad Aur. Bull. Carol. IV. differt. 6. in Corell. ibique Speidel. in addit. ad lit. a. pag. 188. & ſeq. 3 4

Finge igitur: Rex duos habet filios: quorum major natu moritur ante patrem, relicto filio. Poſt rebus humanis etiam ipſe Rex excedit. Contentio oritur de ſucceſſione regni inter filium Regis ſecundum, & nepotem ex primo. Si regnum diviſionem reciperet; uterque ſuccederet: & (ut in hoc §. noſtro dicitur) pariter æqualiterque ad hereditatem vocarentur: Sed quia regna, ut dictum ſere ſemper individua ſunt: vehementer dubitatur, uter alteram excludat? Moribus tamen magis obtinuit, ut nepos ulterior, cùm in locum patris ſui ſuccedat, filium proximiorem jure hoc repræſentationis removeat. Egregiè Hotom. in lib. quæſt. illuſt. q. 3. & hac de re abundè diſſertavimus ſupr. ad princ. tituli noſtri num. 81. & multis ſeqq.

Atque hæc de priori §. hujus capitis. Alterum eſt, de diviſione hereditatis paternæ inter liberos diverſi gradus. Quæ quidem hereditas inter eos non in capita, ſed in ſtirpes dividenda 5

Digitized by Google

denda est, *hic* & *§. ult. infr. hoc tit. l. 2. C. de suis & legit. liber. Cajus. d. lib. 2. Instit. t. 8. Ulpian. d. t. 26. Paul. lib. 4. recept. sent. t. 8. §. filii, &c.* In capita autem dividi dicitur hereditas, quæ in portiones viriles, sive tot in partes, quot sunt capita, id est, personæ succedentium, dividitur: ut singulis personis singulæ partes attribuantur. *l. 2. §. hac hereditas 2. ff. de suis & legit. heredib.* in stirpes verò, cùm non capitum sive personarum, sed stirpium ratio habetur, *Nov. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. & paulo explanatius diximus*
7 *supr. in princ. hujus 1. n. 65.* Cæterùm hæc duplex hereditatis divisio, una in capita, altera in stirpes, quibus quæque earum in casibus locum habeat, explicatu difficile est. Videtur tamen ita res commodè definiri posse: ut in primo ordine, hoc est, liberorum, hereditas in stirpes; in secundo, id est, agnatorum sive legitimâ successione, in capita distribuatur. De priore parte agitur hic: de altera *in §. hoc etiam 4. infr. tit. prox & §. sed nostra 3. in fine infr. de success. libert.* Ratio de parte priori est: quia ibi successio fit respectu stirpis, hoc est, ejus, cujus in locum succeditur. De alterâ hæc est ratio: quia ibi successio fit proprio jure, sive ratione personæ & capitis, & non jure alieno; id est, ratione stirpis. *Hotoman. hic enunciat. 4. circa fin. & Anton. Matthæus in vers. item si ex duob. &c.*

§. Cùm autem quæritur, 7. & §. Et licèt. 8.

§. 7. Cùm autem quæritur, an quis suus heres existere possit: eo tempore quærendum est, quo certum est, aliquem sine testamentò decessisse: quod accidit & destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres institutus, & filio mortuo, postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet: quia quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. Et hoc certum est.

§. 8. Et licèt post mortem avi natus sit: tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Planè si & conceptus & natus fuerit post mortem avi: mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem, cùm non sint sui (quantum ad hereditatem) liberi: neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

SUMMARIA.

1 *Hereditas quo tempore deferatur.*
2 *Nepos vivo avo conceptus, & in utero tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur.*
3 *Exheredatio non est modus solvendæ patriæ potestatis.*
4 *Nepos post avi mortem & conceptus & natus avo suus heres non existit.*
5 *Tamen ille bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti postulare queat.*

1 ISte quoque locus pertinet ad definitionem sui heredis; in qua diximus, spectandum esse tempus mortis, an scilicet quis in potestate defuncti mortis tempore fuerit proximus. Ejus alia hic adducitur exceptio, quâ non tempus mortis, sed etiam tempus post mortem spectatur, putà tempus delatæ hereditatis. Et sanè cùm plerumque hereditas tempore mortis deferatur: ideo plerumque etiam mortis tempus in suo herede inspicitur. Nonnunquam tamen hereditas non statim à morte defuncti; sed eo tempore, quo defunctus cœperit intestatus esse, defertur: quod sæpè longè post ejus mortem fieri potest: sicuti in hac specie contingit: Cajus habet filium, & ex eo nepotem: filium exheredat, & extraneum instituit heredem. Deinde mortuo testatore Cajo, moritur & filius exheredatus, dum deliberat extraneus. Postea extraneus ille, heres institutus hereditatem non adit: & ita defunctus testator fit intestatus, quippe destituto & deserto ab herede testamento. Ac proinde nepos proximum jam gradum obtinens, suus avo efficitur, eique succedit: qui tamen tempore mortis gradum illum non obtinebat præcedente ipsum filio exheredato. Verùm tempore deserti testamenti in potestate avi est proximus. Ergo & suus. *l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legit. hered. l. si quis filio. 6. ff. de injust. rupt. irr. facto testam. l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam. l. scripto 7. ff. si tab. testam. nullæ extab. l. ult. ff. de conditionib. institution.* Non refert: vivo avo, an eodem mortuo, natus sit ille nepos. Nihilominùs enim, deserto post patris mortem testamento, suus heres avo existet: si modò eo vivo fuerit conceptus, *§. & licèt 8. hoc titul. & d. l. si quis filio. 6. circa princip. ff. de injusto, rupto, irr. &c.* Ratio est 2
perspicua: quia nepos, vivo avo conceptus, & in utero tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur, *l. qui in utero 7. & 26. ff. de stat. homin. l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legit. hered.* Quid autem dicendum: si eo tempore, quo testamentum destituitur, filius exheredatus adhuc viveret? Hoc utique casu ipse filius suus heres foret; & ut gradu proximior, nepotem ex se genitum excluderet. Nec movet in contrarium, quòd filius exheredatus fuerit. Nam exheredatio non est modus solvendæ patriæ pote- 3
statis, *tot. tit. J. quibus modis jus patriæ potestatis solvit.* eaque, destituto testamento, simul cum heredis institutione, & cæteris in illo dispositis, annihilatur & corruit, *l. filium. 20. ff. de bonorum possess. contr. tab. l. Papinianus. 8. §. penult. ff. de inoffic. testam.*

Planè nepos post avi mortem & conceptus & editus, 4
avo suus heres non existit: & consequenter nec ejus legitimam hereditatem obtinebit; nec etiam bonorum possessionem jure prætorio, *d. §. & licèt 8. vers. planè hoc tit. d. l. si quis. 6. in fine principii. ff. de injust. rupt. irr. fact. test. l. Titius. 6. & l. item Prætor. 8. ff. de suis & legit. hered. Giphanius & Rittershus. hic pagin. 341.* Ratio: quia, *inquit Justinianus*, nullo jure cognationis patrem sui patris, id est, avum attigit: non quidem jure civili: quia nunquam fuit in illius potestate, utpote nondum conceptus: non etiam jure naturali, aut prætorio, quod cognationem naturalem spectat: quia sanguinis necessitudo vel conjunctio ne fingi quidem potest inter duos, quorum neuter in rerum naturâ erat eo tempore, quo de hereditate deferendâ agitur, hoc est, tempore mortis, *d. l. Titius 6. & duab. seqq. ff. eod. titul.* Tametsi sine ratione sufficienti repugnet Johan. Wurmser. *in nucleo juris controversi disputat. 12. controvers. 2. pag. 294.* Siquidem Imp. *hic in §. 8.* rotundè asserit: nepotem, de quo agitur, *nullo jure*, adeoque *nec jure sanguinis* avum attingere: ac propterea eum neque legitimam hereditatem ejus, tanquam suum heredem, neque bonorum possessionem, tanquam cognatum accipere posse, ut disertè respondit Julianus *in d. l. Titius 6. vers. qui post mortem. ff. de suis & legit. heredib.* Cui quoque subscribit Ulpianus cum Marcello *in d. l. si quis. 6. in fine princip. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam.* Vanum proinde est, quod Wurmserus scribere haud erubescit: ne Imperatorem quidem negare posse: nepotem illum ex avi sanguine procreatum esse. Enimverò hic nepos licèt ad avi successionem 5
non admittatur: tamen bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti postulare potest, & ad hereditatem legitimam ejus admitti, *l. Paulus respondit. 47. §. penultim. ff. de bonis libertor.* Ratio differentiæ inter hereditatem avi, & inter hereditatem liberti aviti hæc est: quia is nepos avo non est agnatus, *ut modò explicatum*: sed aviti liberti est patronus; & ideò liberti hereditas ad eum, ut patronum, pertinet. *Vide Balduinum hic in verb. tamen avo vivo conceptus. Giphanium in verb. quantum ad hereditatem, & Mynsingerum num. ult. item Hunnium lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 7.*

§. Eman-

Digitized by Google

§. Emancipati 9.

§. 9. Emancipati autem liberi, jure civili nihil juris habent. Neque enim ſui heredes ſunt, qui in poteſtate parentis eſſe deſierunt: neque ullo alio jure per legem 12. tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum poſſeſſionem. Unde liberi, perinde ac ſi in poteſtate parentis tempore mortis fuiſſent: ſive ſoli ſint, ſive cum ſuis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis exiſtentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in poteſtate fuerit: ſanè quidem is, qui in poteſtate fuit, ſolus jure civili heres eſt, & ſolus ſuus heres. Sed cùm emancipatus beneficio Prætoris in partem admittitur: evenit, ut ſuus heres pro parte heres fiat.

S U M M A R I A.

1 *Liberis emancipatis jure civili parentum ſucceſſio non deferebatur.*
2 *Naturalis æquitas omnes liberos ad parentum ſucceſſionem æqualiter admittit.*
3 *Jus ſanguinis, & naturale liberorum nomen, emancipatione, ſicque civili modo tolli nequit.*
4 *Jure noviſſimo differentia inter ſuos & emancipatos, ut & inter agnatos cognatosque, prorſus ſublata eſt.*
5 *Idque intelligendum duntaxat quoad cauſam ſuccedendi.*

1 DE ſuis heredibus, & de iis, qui inter ſuos ex conſtitutionibus Principum numerantur, ut ſunt legitimati, hactenus explicatum eſt: nunc de iis, quos inter ſuos numerat Prætor, ut ſunt emancipati ſubjungitur. Liberis autem emancipatis jure civili parentum ſucceſſio non deferebatur. Nam cùm duplex tantùm eſſet eo jure ſucceſſionis gradus: ſuorum & agnatorum, *ut ſuprà in §. 1. h. t. diximus, & infra initio tituli proximi monebimus*: emancipatus neque ut ſuus heres, quia deſierat in poteſtate parentis eſſe, ſuccedere poterat: neque ut agnatus; cùm jus agnationis, & legitimæ ſucceſſionis, per emancipationem ſive capitis deminutionem peremptum eſſet, *§. ult. ſupr. de legitim. agnator tutel. l. tutelas. 7. ff. de capit.*
2 *minutis.* Omni igitur remedio auxilioque filius emancipatus erat deſtitutus. Id quod naturali æquitati, quæ pariter omnes liberos ad parentum ſucceſſionem admittit, maximè refragabatur, *l. ſcripto. 7. §. fin. ff. ſi tabul. teſtam. nullæ extab.* Quâ de cauſa æquitatem illam Prætor ſecutus, liberis emancipatis, ſive ſoli ſint, ſive cum ſuis concurrant, beneficio bonorum poſſeſſionis, *Unde liberi*; ſubvenit; per quod ii, reſciſſâ capitis deminutione, ad paternam hereditatem perinde, ac ſi in parentum poteſtate perſtitiſſent, vocantur, *ut hic & l. liberi. 4. ff. dicto tit. l. ultim. §. 1. C. de legitim. h redib. l. ſed cum. 6. §. 1. ff. de bonor. poſſeſſionib.* Utcunque enim emancipati deſinunt ſui heredes, & agnati eſſe: non tamen deſinunt eſſe liberi, & ſanguine proximi. Quid ita?
3 quia jus ſanguinis, & naturale liberorum nomen emancipatione, id eſt, civili ratione & modo tolli nequit, *§. minùs ergo. 11. infr. hoc tit. l. jura ſanguinis. 8. ff. de reg. jur. pulchrè Forſter. libr. 4. de ſucceſſionibus. cap. 12. num. 5.*
4 Sed hodie jure noviſſimo emancipati, abſque Prætoris beneficio, inſtar ſuorum heredum, ſuccedunt. Nam ad ſucceſſionem quod attinet, differentia inter ſuos & emancipatos; quemadmodum etiam inter agnatos cognatosque prorſus ſublata eſt, *Novell.* 118. *cap.* 1. & 4. *Mynſinger. hic num.* 3. & *Guilielm. Ranchin. in tract. de ſucceſſ. ab inteſtat.* §. 4. *num.* 3. & 4. ubi Alciatum *lib.* 3. *paradox. cap.* 10. & Cujacium *in expoſitione dicta Novell.*
5 118. diſſentientes, ſolidè refutat. Et eandem rem pluribus Interpretum auctoritatibus confirmavimus *ſ. in princip. hujus titul. num.* 58. Neque verò inde conſequens eſt: quòd jura ſuorum & emancipatorum penitùs ſint confuſa, omniſque omninò inter ſuos & emancipatos differentia ſit ſublata; ſic ut emancipatus & ſuus in omnibus ac per omnia paribus ambulent paſſibus: verùm Juſtinianus diſcrimen inter ſuos & emancipatos, ſolummodò (*ut antè monitum num. 4.*) quoad cauſam ſuccedendi, ſuſtulit: ita ut emancipati, qui olim erant planè incogniti jure civili; nec poterant ſuccedere, niſi ex beneficio prætoris, *hoc § noſtro* hodie poſſint ſuccedere jure civili, & ex Imperialis conſtitutionis auctoritate, nec indigeant auxilio prætoris, ut olim. Illa interim differentia ſemper manet inter ſuum & emancipatum: quod qui ſuus heres eſt, non minùs ſit heres ipſo jure atque olim: emancipatus autem aliter heres non exiſtat, quam ſi adierit hereditatem. *Id quod latiùs explicatum eſt in §. 3. ſuprà hoc tit. & idem abundè explanat Hunnius lib. 3. variar. reſolut. jur. civil. tract. 1. quæſt. 4. Frantzkius exercitat. jurid. 8. quæſt. 1. cum aliquot ſeqq. pag. 218 & ſubſeqq. itemque Ungepaur. exercit. Juſtin. 9. quæſt. 3. pag. 350. cum ſeqq. edit. ult.*

§. At hi, qui emancipati. 10.

§. 10. At hi, qui emancipati à parente in adoptionem ſe dederant, non admittuntur ad bona naturalis patris quaſi liberi: ſi modò, cùm is moreretur, in adoptivâ familiâ fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac ſi emancipati ab ipſo eſſent, nec unquam in adoptivâ familiâ fuiſſent. Et convenienter, quod adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco eſſe incipiunt. Poſt mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo patre: & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt: & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciſcuntur. Quod ideo ſic placuit: quia iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi, ad quos bona naturalia patris pertineant, utrùm ad liberos ejus, an ad agnatos.

S U M M A R I A.

1 *Quo caſu emancipatis per bonorum poſſeſſionem, Unde liberi, non ſuccurratur.*
2 *Extraordinario auxilio non eſt locus, ſi adeſt ordinarium.*
3 *Emancipatione civilis adoptionis poteſtas omninò tollitur.*
4 *Succeſſionum caſus ab alieno arbitrio pendere non debent.*
5 *Volenti non fit injuria.*

QUanquam emancipatis jure Prætorio per bonorum 1
poſſeſſionem, *Unde liberi*, ſuccurratur; *ut ſuperiori §. dictum*: id tamen non procedit, ſi tales emancipati ſeſe arrogandos alicui extraneo dederint. Hujus ratio non obſcura eſt: quia cùm eis ſatis in adoptivâ familiâ ſit conſultum, in quâ jura tum ſuitatis, tum agnationis adepti ſunt: nihil illis Prætoris auxilio opus eſt. Neque enim ſolet prætor ſubvenire iis, quibus jure civili eſt proſpectum. Cur ita? quia Prætorium auxilium eſt extraordina- 2
rium: cui non eſt locus, ſi ordinarium, id eſt, civile adeſt, *l. in cauſæ. 16. in princ. ff. de minoribus. 25. an.* Hæc autem ratio in iis ceſſat, qui vivo patre naturali iterum emancipati ſunt ab adoptivo: quoniam nec civili jure, nec Prætorio, patri adoptivo ſuccedere poſſunt, ſublatâ penitus adoptione per emancipationem, *de quo infr. § ſeq.* Ideoque ad naturalis patris, poſtea morientis bona, per *Unde liberi* bonorum poſſeſſionem perinde admittuntur, ac ſi nunquam in arrogatoris poteſtate & familiâ fuiſſent, *hoc §. & l. lib. 4. ff. ſi tab. teſt. null. extab.* Cæterùm poſt naturalis patris mortem ab adoptivo emancipati, utriq; extranei videntur; adeoq; utriuſq; patris, naturalis & adoptivi, ſucceſſione excluduntur. Adoptivi ſanè ideò: quia emancipatione ſic tollitur ci-
vilis adoptionis poteſtas, ut ne veſtigiũ quidẽ juris ex ado- 3
ptione quæſiti remaneat, *l. in omni. 13. ff. de adopt.* naturalis verò idcirco: primùm quia jus aliis liberis aut agnatis patris naturalis, à tempore mortis ejus (quo filii hi erant adhuc in

Digitized by Google

in familiâ alienâ, atque ita hereditatis hujus incapaces) per aditionem quæsitum, facto patris adoptivi illis auferri non debet, *l. id, quod nostrum.* 11. & *l. non debet.* 74. 4 *ff. de reg. jur.* & *l. ult. ff. de pactis.* Deinde quia absurdum est, & iniquum: successionum casus ab alieno pendere arbitrio, *l. illa institutio.* 32. & *l. captatorius.* 70. *ff. de heredibus instit.* Id quod hic fieret, si pater adoptivus, filios arrogatos rursus emancipando, hereditatem aliis propinquis & agnatis adimere, vel eos non emancipando, ipsis eandem pro suâ voluntate relinquere posset, *ut Imperator in fine hujus §. subindicat.* Tertiò, quia non fit injuria his filiis, ab adoptivo patre emancipatis: utpote cùm sponte se in arrogationem dederint, & non nisi volentes, aut propter suum delictum, emancipari à patre adoptivo possint, *l. nonnunquam* 32. *cum legibus sequentib. ff. de adoptionibus. l. jubemus.* 5. *Cod. de emancipationibus liberor.* 5 *Novell.* 89. *cap.* 11. Volentibus autem, vel commerentibus, nulla fit injuria, *l. 1. § usque adeo. ff. de injur. l. nemo.* 145 *ff. de regulis jur. l Gracchus.* 4. *Cod. ad leg. Jul. de adult. Wesenbec. hic num.* 5. Illud tamen quia æquum visum non est: à Justiniano Imperatore meritò correctum est, *§. sed ea omnia.* 14. *infr. hoc tit.*

§. Minus ergò. 11.

§. 11. Minus ergò juris habent adoptivi filii, quàm naturales. Namque naturales emancipati, beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licèt jure civili perdant: adoptivi verò emancipati, & jure civili perdunt gradum liberorum, & à Prætore non adjuvantur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest: nec quia desinunt sui heredes esse, possunt desinere filii filiævè, aut nepotes neptesvè esse. Adoptivi verò emancipati, extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiævè, quod per adoptionem consecuti sunt, aliâ civili ratione, id est, emancipatione perdunt.

SUMMARIA.

1 *Differentia inter emancipatos naturales, & inter emancipatos adoptivos.*
2 *Ratio istius differentiæ.*
3 *Jura naturalia civili instituto tolli non possunt.*

1 EX præcedentibus colligit Imperator differentiam inter emancipatos naturales & inter emancipatos adoptivos. Differentia hæc est: quòd naturales emancipati liberorum gradum, quem jure civili amiserant, jure Prætorio recuperant, vel potiùs retinent, hoc est, per bonorum possessionem *Unde liberi*, à Prætore admittantur: adoptivi verò à patre adoptivo rursus emancipati, quicquid in adoptivâ familiâ juris habuerunt, perdunt; nec Prætoris auxilio adjuvantur, *hoc §. nostro* & *l.* 4. *ff. si tab. testam. nullæ extab. l.* 2. *§. liberi.* 6. *ff. ad SC. Tertyll. l. in omni.* 13. *ff. de adopt.* 2 & *l. ult. §.* 1. *C. de leg. hered.* Ratio differentiæ jam suprà in *§. emancipati.* 9. *hoc tit. n.* 3. exposita est: quia naturales manent jure naturæ & sanguinis filii: nec nomen liberorum naturalium, utpotè naturale, per civilem emancipationis actum perimitur: ast adoptivi non manent liberi, propter emancipationem, quâ nomen liberorum emancipatorum, utpote civile prorsus extinguitur. Ratio ratio-3 nis: quia, *inquit Justinianus*, jura naturalia civili instituto tolli non possunt, *hic* & *§. ult. f. de leg. agnat. tutel. l. jura sanguinis.* 8. *ff. de reg. jur.* De adoptivis una est exceptio, quâ adoptivus etiam post emancipationem admittitur: utputà si nepos naturalis avi, ab ipso eodem avo adoptetur in locum filii: quod fieri posse, constat ex *§.* & *tam filium.* 6. *f. de adoptionibus.* Nam hic nepos licèt postea ab avo emancipetur: nihilominus tamen, cùm sit ex naturalibus liberis; bonorum possessionem accipit, *d. l.* 2. *§. liberi.* 6. *verf. adoptivi. ff. ad Senatum consult. Tertyll.*

§. Eadem hæc. 12.

§. 12. Eadem hæc observantur, & in eâ bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque ut oportet, exheredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eandem bonorum possessionem: eos verò, qui in adoptivâ familiâ fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longè minùs contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.

SUMMARIA.

1 *Bonorum possessio contra tabulas cur ita appelletur.*
2 *Quibus competat hæc bonorum possessio.*
3 *Quo casu emancipati ad illam bonorum possessionem non admittantur.*
4 *Liberi adoptivi, ob vinculum adoptionis emancipatione solutum, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt.*

QUod paulò priùs dictum est, de bonorum possessione *Unde liberi*, eam liberis naturalibus emancipatis à Prætore decerni, adoptivis non item: hoc idem in bonorum possessione *contra tabulas*, observandum esse Imperator hic monet. Ideo dicitur *contra tabulas*: quia contra ligneas testamenti tabulas conceditur. In tabulis enim ligneis, cerâ illitis, testamenta scribi antiquitus solebant. *Sed hac de re fortassis etiam aliquid dicetur in §. sunt aut.* 3. *inf. de bonor. possession.* Liberis autem præteritis, i. e. *ut Justinianus seipsum interpretatur*, neque heredibus institutis, 2 neque ritè & legitimè exheredatis, sive sui sint, sive emancipati, hæc *contra tab.* bonorum possessio datur. Nam licet suorum præteritione testamentum vitietur, idque ipsi nullum dicere possint, *initio tit. f. de exheredat. liberor. l.* 1. *ff. de injusto, rupt. irr. fact. testam.* tamen, ut magis sibi caveant auctoritate Magistratûs, etiam hoc remedio possessionis *contra tabulas*, propter emancipatos præcipuè inducto, uti queunt *l.* 1. *l. si retentur.* 7. & *l. si duobus.* 12. *§.* 1. *ff. de bonor. poss. cont. tabul.* Si tamen emancipati per 3 hoc tempus, quo pater naturalis moritur, in adoptivâ familiâ fuerint: per bonorum possessionem *contra tabulas* non admittuntur, *hic* & *l. penult. in princip. C. de adopt.* Ratio ex suprà dictis evidens est: quia cùm ii successionem patris adoptivi habeant salvam: Prætoris beneficio non indigent. Sed & adoptivi liberi emancipati ab adoptivo patre, sicut ab intestato ei non succedunt: ita ab eodem in testamento præteriti, bona ejus non consequuntur per bonorum possessionem *contra tabulas. d. l. penultim. Cod. de adoptionibus.* Etsi igitur liberi naturales emancipati habent utramque bonorum possessionem, tam *Unde liberi*, quàm *contra tabulas*: adoptivis tamen emancipatis neutra competit. Differentiæ ratio in utraque possessione est eadem: quia scilicet utraque datur iis, qui naturaliter manent liberi. Adoptivi autem, 4 propter vinculum adoptionis emancipatione dissolutum, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt; sicque prorsus pro extraneis habentur, *hoc §. nost. in fin.* & *l.* 1. *§.* & *sui.* 6. *l.* 3. *§.* 2 *ff. de bonor. possess. cont. tabul.* & *in §§. præcedentibus satis annotatum.*

§. Admonendi. 13.

§. 13. Admonendi tamen sumus: eos, qui in adoptivâ familiâ sunt, quivè post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint: intestato parente naturali mor-

Digitized by Google

mortuo, licèt eâ parte edicti, quâ liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur: aliâ tamen parte vocari, scilicet quâ cognati defuncti vocantur. Ex quâ parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Antè enim Prætor liberos vocat tam suos heredes, quàm emancipatos: deinde legitimos heredes: dehinc proximos cognatos.

S U M M A R I A.

1 *Liberis emancipatis à patre naturali, qualis bonorum possessio concedatur.*
2 *Adoptio sive emancipatio, utpote civilis, jus cognationis naturale tollere nequit.*
3 *Bonorum possessio Unde cognati quando decernatur.*

1 ACcomodandus est hic §. ad ea, quæ dicta sunt *in* §. *ut hi, qui emancipati.* 10. *supr. hoc tit.* Nam ibi exposuit Imperator; emancipatis à patre naturali, si sese in adoptionem dederint, & moriente patre naturali adhuc in adoptiva familia fuerint, non dari bonorum possessionem *Unde liberi*, in bonis patris naturalis. Hoc loco subnectit: iis tamen aliam bonorum possessionem,
2 putà *Unde cognati*, concedi, *l.* 1. & 2. *ff. unde cognati. l. liberi.* 4. *ff. si tabul. testament. nulla extab.* idque eâ ratione, quòd adoptio aut emancipatio, utpote civilis, jus cognationis naturale tollere non possit, *vulgatâ l. jura sanguinis.* 8. *ff. de regul. jur. d. l.* 1. §. *cognationem.* 4. *vers. evenit igitur. ff. unde cognati.* Verùm hæc *Unde cognati* bonorum possessio tertio demum loco, nimirum post bonorum possessionem *Unde liberi*, & post bono-
3 rum possessionem *Unde legitimi* decernitur. Hos enim tres successionum ordines Prætor facit: ut ad bonorum possessionem primò suos & emancipatos: dein legitimos sive agnatos; post cognatos admittat, *l.* 1. *ff. quis ordo in bon. poss. serv. l.* 1. §. 1. *ff. si tab. test. null. extab.* §. *sunt autem.* 3. *infr. de bonor. possessionibus.*

§. Sed ea omnia. 14.

§. 14. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt: aliquam autem emendationem à nostrâ constitutione acceperunt, quam super iis personis composuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur: Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facilè per emancipationem solutâ, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitùs adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto: neque jure civili, neque prætorio, ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela institutâ: cùm nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum instituere, vel exheredatum eum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu, neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostrâ autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali, quàm legitimo in hanc personam concurrente: pristina jura tali adoptioni servamus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit arrogandum: quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

S U M M A R I A.

1 *In adoptionem à patre naturali datus, an & quo jure in potestatem & familiam adoptantis transeat.*
2 *Traditus in adoptionem, utrique patri & naturali & adoptivo, succedit ab intestato.*
3 *Jus de liberis adoptivis novum, cur toties in Institutionibus repetatur.*

EXponuntur hoc titulo duo juris veteris correcti capita. Prius est, de liberis in adoptionem datis, *de quo hic*: alterum est, de differentiâ marium & fœminarum, *de quo in* §§. *sequentibus.* Quod ad prius attinet; jure veteri in adoptionem à patre naturali datus, ejus potestate liberabatur, & transibat in familiam & potestatem patris adoptivi. Hoc jus de adoptione vetus sustulit Imperator & emendavit: ita ut in adoptionem datus à patre naturali, in hujus potestate remaneat; nec in adoptantis jus & familiam transmigret, *ut hic*, & *diffusiùs in* §. *sed hodie.* 2. *supr. de adoptionibus.* Sic quoque jure antiquo, propter mutationem potestatis per adoptionem eveniebat interdum: ut traditus in adoptionem ad neutrius patris successionem vocaretur. Non 2 quidem naturalis: quia erat in familiâ adoptiva: non etiam adoptivi, quia ab eo mancipatus, pro extraneo habetur; *de quo dictum in* § *at hi, qui emancipati.* 10. *supr. hoc tit.* & *hic in vers. Invenimus etenim*, &c. Quod jus successionis, ex priori de adoptione jure descendens, tanquam valdè durum & iniquum, Justinianus itidem correxit: ita scilicet, ut in adoptionem datus, utrique patri, tam naturali, quàm adoptivo succedat ab intestato. Nam ex patris adoptivi testamento nihil habet juris, nisi ab eo instituatur. Et hæc emendatio juris veteris, tam in adoptione, quàm in successione, continetur *in l. penultim. C. de adoption. Vide Davidem Düringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom.* 1. *verb. adoptare. num.* 113. *fol.* 669. & *seq.* Unus excipitur 3 casus, quo jus priscum Imperator reliquit: quando videlicet avus proavusve aliquem adoptandum susceperit. Tunc enim filius adoptatus in familiam & potestatem patris adoptivi confestim transit, eique suus heres efficitur. Ratio est: quia duplici vinculo, & naturali sanguinis, & civili adoptionis illi conjunctus est. De quâ exceptione hic *in vers. nostrâ autem constitutione*, &c. & *in dict.* §. *sed hodie.* 2. *vers. si verò pater. supr. de adoptionibus.* & §. *sed hac quidem.* 5. *num.* 5. *supr. de exheredat. lib.* Cæterùm vehementer mirandum est: jus illud de liberis adoptivis novum, neque magnæ rei, neque industriæ, in hisce Institutionibus toties repeti, atque ad fastidium inculcari. Quod utrùm jactantiâ, an oscitantiâ nostrorum acciderit, non habere se dicere inquit Wesenbecius, *hic in princip.*

§. Item vetustas. 15. cum §. sequente.

§. 15. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quævè ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum lineam

am eos vocabat tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, ſive paternæ, ſive maternæ ſucceſſionem. Divi autem Principes non paſſi ſunt talem contra naturam injuriam ſine competenti emendatione relinquere: ſed cùm nepotis & pronepotis nomen commune ſit utriſque, tam qui ex maſculis, quàm qui ex fœminis deſcendunt, ideo eundem gradum & ordinem ſucceſſionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid ſit eis, qui non ſolùm naturæ, ſed etiam veteris juris ſuffragiis muniuntur: portionem nepotum, vel neptum, vel deinceps (de quibus ſupra diximus) paulò minuendam eſſe exiſtimaverunt: ut minus tertiâ parte acciperent, quam mater eorum, vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus, ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, cujus de hereditate agitur: iiſque (licet ſoli ſint) adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel pronepres in locum patris ſui ad ſucceſſionem avi ſui vocat: ita & principalis diſpoſitio in locum matris ſuæ vel aviæ, eos cum jam deſignatâ partis tertiæ deminutione vocat.

§. 16. Sed nos, cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem ſubſtantiæ defuncti agnatis ſibi vindicantibus ex cujuſdam conſtitutionis auctoritate: memoratam quidem conſtitutionem à noſtro Codice ſegregavimus, neque inſeri eam ex Theodoſiano Codice in eo conceſſimus. Noſtrâ autem conſtitutione promulgatâ, toti juri ejus derogatum eſt: & ſanximus, talibus nepotibus ex filiâ, vel pronepotibus ex nepte & deinceps, ſuperſtitibus, agnatos nullam partem mortui ſucceſſionis ſibi vindicare: ne hi, qui ex tranſverſâ lineâ veniunt, potiores iis habeantur, qui recto jure deſcendunt. Quam conſtitutionem noſtram obtinere ſecundùm ſui vigorem & tempora, & nunc ſancimus; ita tamen, ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuit, non in capita, ſed in ſtirpes dividi hereditatem: ſimiliter nos inter filios & nepotes, ex filiâ, diſtributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes, & proneptes, & alias deinceps perſonas: ut utraque progenies, matris vel patris, aviæ vel avi portionem ſine ulla deminutione conſequatur: ut ſi fortè unus vel duo ex unâ parte, ex alterâ tres aut quatuor extent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor, alteram dimidiam hereditatis habeant.

SUMMARIA.

1 *Jure civili melior maſculorum, quàm fœminarum cauſa.*
2 *Hujus rei duplex ratio.*
3 *Circa ſucceſſionem nepotum triplex jus obſervandum.*
4 *Cur nepotes ex filio ſuccedant primo ordine ſuorum: ex filia nepotes non item.*
5 *Prætor non juvat eos, quibus jure civili proſpectum eſt.*
6 *Sententia juris ſecundi ſive medii de ſucceſſione nepotum.*
7 *Ratio iſtius juris.*
8 *Tertio & noviſſimo jure nepotes ex filio, & nepotes ex filiâ, excluſis penitus agnatis, æqualiter avo ſuccedunt.*
9 *Differentia vetus inter maſculos & fœminas ſublata.*
10 *An valeat ſtatutum, ut extantibus filiis, filiæ patri non ſuccedant.*
11 *Publicè intereſt, familias in ſuo flore & vigore conſervari.*
12 *Fœmina caput & finis familiæ.*
13 *Fœmina nubendo tranſit in familiam mariti.*
14 *Qui naſcuntur: patris, non matris, familiam ſequuntur.*
15 *Fœminæ regulariter à feudis arcentur.*
16 *Statutum, divinæ legi conſonum, dici non poteſt irrationabile, aut iniquum.*
17 *Conſideratio l. 4. C. de liber. præterit.*
18 *Jure divino filiæ, extantibus filiis, non ſuccedunt.*

ADfertur hoc loco alterum juris veteris emendati caput, de nepotibus & neptibus, ex filiabus deſcendentibus. Quod ut cognoſcatur planiùs, breviter ſciendum eſt: jure civili, ut in aliis articulis, ita & in hereditatibus ac ſucceſſionibus meliorem fuiſſe maſculorum cauſam, quàm fœminarum, *prout luculenter notari ſolet in l. 2. ff. de reg. juris. l. in multis. 9. ff. de ſtat. homin. §. ſed hæc quidem vetuſtas. 5. ſ. de exheredat. liberor. §. cæterùm 3. infr. tit. proximo. l. ſi defunctus. 9. & l. ult. C. de ſuis & legit. lib. l. lege 14. & l. ſep. C. de legit. heredibus.* Cujus rei ratio 2 non ſolùm civilis, ſed & naturalis videtur. Civilis quidem aperta eſt, conſervatio nimirum familiæ, & patria poteſtas: quæ in maribus duntaxat locum habent. *l. pronunciat. 195. in fin. l. liberorum. 220. §. ult. ff. de V. S. §. fœminæ. 10. ſupr. de adoptionibus. Ant. Matthæus hîc in ſuis notis, & Hotom. enunciat.* 1. Naturalis verò putatur illa à quibuſdam: quòd meliora & nobiliora deterioribus ſint præferenda. *Sed huc referri debent, quæ diximus ad princip. tit. ſupr. de nupt. n.* 3. & 4. Cæterùm hic tantùm de differentiâ nepotum ex maſculis, id eſt, filiis, & fœminis, hoc eſt, filiabus naſcentium agitur: & circa ſucceſſionem eorum triplex jus recenſetur.

Primo jure hæc inter nepotes erat differentia: ut nepo- 3
tes ex filio ſuccederent avo, primo ordine ſuorum: nepotes ex filia ſuccederent, non primo ordine ſuorum, nec etiam ſecundo agnatorum, ſed tertio demum, nempe cognatorum. Ratio, cur nepotes ex filio ſuccedant pri- 4
mo gradu ſeu ordine, facilis eſt: quia ſunt in poteſtate avi ſui, *de quo ſuprà. §. 1. h. t.* Ex filiâ autem nepotes cur primo ordine non ſuccedant, hæc eſt cauſa; quia non ſunt in poteſtate avi materni. *§. ultim. in fin. ſupr. de patr. poteſt.* Cur verò ſaltem jure Prætorio, ut emanci- 5
pati, non ſuccedant primo ordine per bonorum poſſeſſionem *Unde liberi*, hæc eſt ratio: quia Prætor non juvat eos, quibus jure civili proſpectum eſt, *ut monitum ſupr. §. at hi, qui. 10. h. t.* Atqui nepotibus ex filiâ proſpectum eſt jure civili, ſuccedendo avo ſuo paterno. Cur porrò non ſuccedant ſecundo agnatorum ordine, ratio eſt: quia non ſunt in familiâ avi materni, id eſt, quia non ſunt agnati: propterea quòd per fœminini ſexûs cognationem conjuncti ſunt. Cur denique tertio loco ſuccedant, ratio hæc eſt: quia licet avo materno neque ſui ſint, neque agnati: naturaliter tamen ei ſunt cognati. *Sed videatur Giphanius hîc in verſ. & jure agnatorum, &c. itemque Rittershuſ. pag.* 344.

Secundum jus (cujus auctores ſunt Imperatores, Valen- 6
tinianus, Theodoſius, & Arcadius, *d. l. ſi defunctus. 9. C. de ſuis & legit. liber. & l. ſi defunctus. 4. C. Theodoſ. lib. 5. titul. 1. de legit. hered.*) hoc eſt: ut tam nepotes neptesque ex filiâ, quàm ex filio ſuccedant avo & aviæ: ita tamen, ut nepotes ex filiâ tertiâ parte minùs accipiant: aut ſi nepotes ex filiâ ſoli ſuperſint, agnatis quartam partem ſubſtantiæ defuncti concedant. Pone primò de tertia parte: Cajus decedens inteſtatus relinquit ex filio, itemque ex filiâ nepotem, & in bonis ſexcenta. Ex his nepos ex filio conſequitur trecenta: dein nepos ex filia capit reliqua trecenta: ſed tertiam ex iis partem, id eſt, centum, nepoti ex filio reſtituere cogitur. Secundò pone de quarta: Cajus moriens inteſtatus nepotem ex filiâ tantùm derelinquit, & in bonis centum. Idem quoq; Cajus derelinquit fratrem. Hic frater jure primo ſive veteri ſolus, excluſo nepote, ſuccedebat: hoc jure ſecundo (quod explicandi cauſa medium appellari poteſt) ſuccedit nepos: ſed fratri quartam partem, id eſt, ex centum 25. dare tenetur. Ratio autem hujus juris ſecundi ſive medii; primum cur nepotes ex filiâ admittantur ad ſucceſſionem avi primo loco, cum nepotibus ex filio, natura.

turalis est: quia scilicet non minùs sunt nepotes ex filia,
quàm ex filio, *ut hic in vers. sed cùm nepotes*, &c. Deinde
cur nunc parte tertia, nunc quartâ minùs habeant, hæc
est ratio: quia nepotes ex filio etiam juris veteris suffra-
giis muniuntur, quod nepotes ex filia prorsus excludebat,
ut hic in vers. sed ut amplius, &c.
8 Tertio, tandem & novissimo jure, à Justiniano nostro
introducto, nepotes ex filio, & nepotes ex filia, exclusis pe-
nitus agnatis, & absque ulla deminutione trientis vel qua-
drantis, ad successionem avi æqualiter, non quidem in capi-
ta, sed in stirpes vocantur, *ut hic in §. 16 & l. ult. C. de suis,
9 & legit. lib. Nov 18. & Nov. 118 c. 1.* Quia porrò *ex hoc §.*
liquet quòd olim, quoad successionem intestati differentia
fuerit inter masculos & fœminas, filios & filias, nepotes ex
filio, & nepotes ex filia, sicut illi quidem patri succede-
rent: hæ verò à masculis excluderentur: quam tamen dif-
ferentiam Justinianus non sine causa sustulit, constituitque,
ut omnes liberi, nullâ habitâ ratione sexûs, pariter succede-
rent. *l. penult. C. de legitimis heredib. & juribus modo allegatis.*
10 Idcircò haud inconvenienter quæritur: utrum statuto
contrarium introduci, & pristina illa sexus differentia in
usum revocari queat; ita ut masculis extantibus, fœminæ
11 excludantur? Et affirmanti [illegible] sententia probabiliter de-
fendi poterit. Etenim publicè interest: familias, præsertim
nobiles & illustres, suo in flore, vigore ac splendore con-
servari. *l. 1 §. sed & si. 13. ff. de inspiciendo ventre*, &c. cùm
civitas omnis è familiis constet, *teste Aristotele lib 1. polit.*
Atqui familiæ tum maximè conservantur in flore & vigo-
re, quando bona paterna atque avita in familiis retinentur,
nec extra eas transferuntur ad alias familias; id quod fit,
cùm ad solos devolvuntur masculos: secus verò quando
etiam ad fœminas: quoniam fœmina caput familiæ & fi-
12 nis est. *d. l. pronunciatio 19[illegible]. in fin. ff. de verb signif.* caput
quidem, quia ab ea incipit cognatio: finis autem, quia in
ea desinit cognatio, quando nubit, & nubendo è patris fa-
miliâ in familiam mariti transit & consequenter bona pa-
13 terna in mariti sui familiam transfert. Hinc fœminarum
liberos, in familia earum non esse, Cajus ait: quia qui
14 nascuntur, patris non matris familiam sequuntur. *l. fami-
liæ. 196. §. 1. ff d. tit. Hucque pertinent quæ annotav. in §. 3. n.
5. & seq. supr. de patr. potest.* Quam rationem veteres Le-
gumlatores potissimum attendentes, ita inter masculos
& fœminas differentiam constituerunt: adeoque fœminas,
15 masculis extantibus, à successione excluserunt. Atque hanc
ipsam quoque ob causam jure feudali constitutum esse vi-
detur: ut fœminæ ad feuda regulariter non admittantur,
masculis extantibus; quin etiam his non extantibus, a feu-
dali successione excludantur: ne videlicet nubendo feuda-
lia bona secum in mariti familiam transferrent. *tit. 1. §. hoc
autem notandum, 3. & tit. 8. de success. feudi §. plia vero lib.
1. feudor. & latius expositum supra ad principium hujus tit.
16 n. 110. & seqq* Huic rationi & illa accedit: quòd illud sta-
tutum iniquum, naturæ contrarium aut irrationabile dici
nequeat, quod divinæ legi congruit. Atqui divina lege
apertè cautum erat: ut, filiis extantibus, filiæ non succe-
derent: sed hæ tum demum admitterentur, quando filii
non superessent. *Numeri cap. 27. v. 3. & seqq.*
17 Cui non obstat, quòd Justinianus Imp. injuriam natu-
ræ inferre, ejusdemque accusatores existere judicet, qui
sexûs discrimen faciunt. *l. maximum vitium 4. vers. qui enim
tales. C. de liber. præter.* Nam Imp. Justinianum paulò libe-
riùs, in favorem mulierum, locutum videri, patet primò
indè: quòd ipsa natura inter masculos & fœminas diffe-
rentiam evidenter constituit, masculos & animi & corpo-
ris dotibus plus, quàm fœminas, exornans. Deinde quia ali-
oquin & ipse Imperat. injuriam naturæ inferret, ejusque
iniquitatis argueret, dum perspicue cum Papiniano scribit:
in multis juris nostri articulis deteriorem esse conditionem
18 fœminarum quàm masculorum. *d. l. in multis. 9 ff. de stat.
hom.* Denique idem & ipsi Mosi, Legumlatori omnium sa-
pientissimo, spirituque divino illustri, imputandum foret,
dum filias, si iis extantibus haud succedere manifestè san-
cit *d. c. 27. Num. vers. 3.* Verùm eâ de re explanatius
differtant. *Brunus in tract. quod stant. masc. fœminæ non suc-
cedant. art. 3. n. 12. & art. 4. n. 6. Gabrielius lib. 6. de stat. concl.
6. ibique referens Val. Forsterus lib. 3. de success. c. 12. Haun. lib.
3. var. ref. jur. civ. tr. 1. quæst. 5. & Bachov. hic pag. 643. & seq.*

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

TIT. II.

Principium Tituli, cum §. 1. & 2.

Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes prætor, vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur: tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

§. 1. Sunt autem agnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexûs personas cognatione conjuncti, quasi à patre cognati. Itaque ex eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Quâ ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem: sed iis, qui tunc proximiores gradu sunt, cùm certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.

§. 2. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris agnatis suis; veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem: agnatus inter suos heredes esse non dubitatur.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Agnati qui dicantur.*
3 *Consanguinei propriè qui nuncupentur.*
4 *Postumi jura consanguinitatis nanciscuntur.*
5 *Quibus agnatis hereditas intestati deferatur.*
6 *Jus agnationis non tantum per generationem, sed & per adoptionem acquiritur.*
7 *Nunquid sui heredes dici possint agnati.*
8 *Consideratio l. ult. §. si quis 2. C. de codicill.*
9 *Proprietati verbi in dubio adhærendum.*
10 *Quatenus sui heredes agnatis opponantur.*
11 *Agnationis vocabulum duplicem habet significationem.*
12 *Adoptionis verbum generaliter sumptum quid significet.*
13 *Sententia l. scripto. 7. ff. si tabul. testam. null. extab.*
14 *An subita sit species agnationis, remissivè.*

Dictum est hactenus, de priore successionis ab intestato ordine civili, qui est suorum, eorumque qui suorum sunt loco: nunc de altero, qui est agnatorum, ut agatur lex methodi postulat. Nam, *ut hic Justin. ait ex Cajo lib. 2. Instit. tit. 8. Ulpiano tit. 26. & Paulo lib. 4. sent. tit. 8.* si suus heres non extet ad agnatum proximum hereditas intestati pertinet. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexûs cognationem conjuncti, quasi à patre cognati, *§. 1. h. t. tit. & §. 1. supr de leg. agnat. tut. l. 2 §. 1. ff de suis & leg. her.* Itaque fratres ex eodem patre nati, etsi non ex eadem matre sint, agnati inter se & consanguinei vocantur, *l. 1. § post suos. 9. ff. de suis & legit. hered. l. ult. §. cognationis. ff de gradibus. & adfinibus.* Et quamvis consanguinitatis appellatio interdum in jure generaliter accipiatur, pro omnibus his, qui quoquo modo sanguine inter se connexi sunt: sive ex patre, sive ex matre & quocunque gradu & sexu se attingant, *l. 1. C. ad SC. Orfitian. & tot. tit. de consanguinitate & affin.* tamen propriè consanguinei dicuntur fratres

(right-margin numbers beside this paragraph: 1 at "Dictum est hactenus", 2 at "pertinet. Sunt autem", 3 at "guinitate & affin.")

Digitized by Google

fratres & sorores ex eodem patre, licèt ex diversa matre procreati, §. 1. *in hoc tit.* & *l. 1. C. de legit. heredibus Ulpian. d. tit. 26. in princip. Georg. Schultz. in exposit. arboris consanguinitatis cap. 1. num. 5. Bachovius hic num. 4 pag. 651.*
4 Neque verò solùm vivo patre nati, agnati sunt: sed posthumi etiam jura consanguinitatis nanciscuntur, id est, agnati fiunt, *d. §. 1. vers. ii etiam,* &c. *hoc tit.* quia pro jam natis habentur. *l. 1. in fin.* & *l. vet. si vivo. 7. ff. de suis & legit. heredibus. l. qui in utero. 7.* & *26. ff. de stat. ho-*
5 *min. cum similibus.* Non omnibus tamen simul agnatis, sed qui propinquiore gradu sunt, intestati hereditas defertur, *d. §. 1. vers. non tamen omnibus. hoc tit.* & *l. 2. § hac hereditas. 2 ff. de suis & legitimis hered.* & *de eo latiùs in §.*
6 *si plures. 5.* & *§. seq. infr. hoc tit.* Præterea non tantùm per generationem: sed & per adoptionem jus agnationis consistit, §. 2. *ibique Theodorus Marcilius. hoc tit. dict. l. 1 § ult* & *d. l. 2. § parvi. 3. ff. de suis* & *legit. heredibus.* Ratio est manifesta: quia jus familiæ & agnationis civile est, *§. ult. f. de legit. agnator. tutel. d. l. ult. §. inter agnatos. 4. ff. de gradibus* & *affinibus.* ideoque rectè per adoptionis actum civilem acquiritur. *l. qui in adoptionem 23. ff. de adoptionibus.* sicut & tollitur. *§. minus. 11. supra tit. prox. Wesenbec. hîc num. 8* Proinde qui à patre, vel ab aliis agnatis nostris adoptantur, agnati nobis fiunt; & ipsi nobis, ut vicissim nos ipsis, ab intestato succedimus. *d. §. 2. hoc tit. in fine d. l. 2. §. 3. ff. de suis* & *legit. heredibus.*
7 Porrò, quia hic initio agnati suis heredibus opponuntur: bellè & opportunè quæri potest; an etiam sui heredes patri propriè dici possint agnati? Et licèt Alciatus *lib. 2. parerg. cap. 25.* & Hotoman *lib. 1. observ. cap. 16.* existiment, filios patri agnatos non esse: verior tamen est contraria affirmantium sententia, *per l. filius. 12. ff. de suis*
8 & *legit. her.* ubi disertè Pomponius ait, filium patri agnatum proximum esse & *d. l. ult. §. 3. ff. de gradib.* ubi Paulus inquit: proximiores ex agnatis suos dici. & *l. de bonis. 6. §. huic. 2. ff de Carbon. edicto. l. 2 ff. unde legitimi.* & *l. 1. §. sed videndum. 11. ff. de successor. edict.* in quibus legibus bonorum possessio, *Unde legitimi,* datur etiam suis: quæ profectò non daretur, nisi sui quoque agnati essent: cùm ea bonorum possessio tantùm agnatis concedatur. Idemque perspicuè colligitur *ex l. ult. §. si quis. 2. C. de codicill.* ubi quartus gradus lineæ rectæ, quæ est liberorum & parentum dicitur quartus gradus agnationis. Unde manifestum evadit: parentes & liberos, agnationis vinculo connexos, agnatos sibi invicem esse: & consequenter suos quoque heredes esse agnatos. Et quamvis dissentien es respondeant, in legibus adductis, liberos & suos heredes pinguiùs & minùs propriè dici agnatos: attamen
9 hoc solùm dicunt, non verò probant. Pro proprietate autem verbi in dubio præsumptionem esse, constat *ex l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.*
10 Non refragatur huic sententiæ, quod in l. 12. tabul. (in quâ ita scriptum erat: *Si paterfamilias intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. Ulpian. in fragm. d. titul. 26. circa princip.*) *l. capitis. 11. vers. quoniam. ff. de suis* & *legitimis heredibus.* & *in principio hujus titul.* sui heredes agnatis opponuntur. *Nam* agnati à suis separantur, & suis opponuntur, non quia sui non sint agnati: sed quia non eodem jure omnes agnati utantur, *argumento dicti*
11 *principii hujus titul.* Præterea vocabulum agnationis duplicem admittit significationem. Primò enim generaliter omnes eos, qui sanguine nobis junguntur, complectitur: deinde ad speciem restringitur, ad eos videlicet agnatos, qui liberi non sunt: perinde ut adoptionis verbum, generaliter sumptum, & arrogationem & simplicem
12 adoptionem significat: specialiter verò acceptum, ad speciem, nempe simplicem adoptionem, restringitur: nec tamen ex eo sequitur, quòd impropriè sui dicantur agnati. Generalis namque significatio non semper est impropria: undè & adoptio simplex non impropriè sed propriè adoptio dicitur. §. 1. & *passim supr. de adoptionib.*
13 Nec etiam obstat *l. scripto. 7. ff. si tabul. testam. null. extab.* ubi de nepote ex filio exheredato dicitur, eum sine dubio non esse agnatum. Nam id non simpliciter, sed comparatè & conditionaliter accipiendum est, hunc in modum: si non suus heres est hic nepos:, sine dubio non agnatus quidem est. *Atq; ita docent Cujacius lib. 14. observ. cap. 11. Joan. Robertus lib. 1. recept. lect. jur. cap. 2. Antonius Faber. lib. 10. conjectur. jur. civ. cap. 12. Gibertus Regius lib. 2. ἐναντιοφανῶν cap. 13. Rittershus. Taningius* & *Vuitejus hic num. 6. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 29.* & *Hilligerus in Donello enucleat. lib. 7.* 14
cap. 2. lit. F. ubi multis eruditis rationibus, *contra Cujacium,* probat & evincit: suitatem speciem agnationis non esse. De illa quoque re videatur Jacobus Revardus *lib. 5. varior cap. 1. num. 26.* & *seqq.*

§. Cæterùm. 3.

§. 3. Cæterùm inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultrò citròque capitur. Quod ad fœminas verò attinet: ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantùm capiant. Masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Quâ de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat: quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli: Prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur: si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos, sive masculos, sive fœminas, cujuscunque gradûs, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem Jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior; subtilitate quadam excogitatâ, præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à successione agnatorum repellebat, omni aliâ successione incognitâ: donec Prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat, adimplentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis lineâ proximitatis nomine introductâ, per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem quæ Unde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis: non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis, tam in masculis, quàm in fœminis æquâ lance constitutis: masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus; Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostrâ constitutione sancimus: omnes legitimas personas, id est, per civilem

Digitized by Google

lem ſexum deſcendentes, ſive maſculini generis, ſive fœminini ſint, ſimili modo ad jura ſucceſſionis legitimæ ab inteſtato vocari, ſecundùm ſui gradus prærogativam: nec ideo excludendos, quia conſanguinitatis jura, ſicut germanæ, non habent.

SUMMARIA.

1 *Differentia vetus in legitima agnatorum ſucceſſione, inter maſculos & fœminas.*
2 *Fœminæ in alienam familiam migrant: mares autem eam retinent, & obſervant.*
3 *Mares Rempubl. domi & foris adminiſtrant.*
4 *Mares fœminis præſtant.*
5 *De prædicta differentia quatuor jura diverſa notantur.*
6 *Media Juriſprudentia quæ dicatur.*
7 *Natura marem & fœminam mutuis auxiliis indigere voluit.*
8 *Jure noviſſimo indiſtinctè tam fœminæ quam maſculi, ſublato agnationis, & cognationis diſcrimine, ad inteſtati ſucceſſionem vocantur.*

1 Differentia vetus inter maſculos & fœminas, in legitima agnatorum ſucceſſione hæc eſt: quòd agnati mares jure agnationis ſuccedant, etiamſi longiſſimo ſive remotiſſimo gradu ſint: fœminæ verò non niſi jure conſanguinitatis, id eſt ſi ſint ſorores, ad hereditatem admittantur. Quod jus antiquum memorat Ulpianus *in fragment tit* 26. & Paulus *libr.* 4. *ſentent. tit* 8. Ratio veteris hujus differentiæ (quam indicat hic Juſtinianus *in verſ.*
2 *quod ideo ita conſtitutum, &c.*) eſt: primùm, quia fœminæ in alienam familiam migrant: mares autem gentilitatis nomen, familiamque retinent, propagant, atque conſervant, §. *ult ſ. de patr. poteſt. l. pronunciatio.* 196. & *l.*
3 *ſeq. ff. de verb. ſignif.* Deinde, quia hi Rempublicam domi & foris, pacis & belli tempore adminiſtrant, eique magis proſunt. *l.* 1. §. *ſed & ſi. ff. de ventre inſpic. Viglius in* §.
4 *ſed hæc quidem. ſ. de exheredatat. liber. num.* 5. Tum etiam, quia & aliàs mares fœminis præſtant; ac proinde plus commodi ex ſucceſſionibus percipere debent. *l in multis.* 9. *ff. de ſtat. homin. & dictum in* §. *item vetuſtas.* 15 *ſ tit. proximo.*
5 Cæterùm de differentia iſta quatuor hic jura diverſa enarrantur. Primum, eſt legis duodecim tabularum: quæ lex fœminis æque ac maribus, quocunque gradu eſſent, agnatorum hereditatem deferebat. *verſ. & hac quidem lex duodecim. tabul. &c.* Secundum, eſt mediæ Jurisprudentiæ: quo jure fœminæ ab agnatorum hereditatibus prorſus (exceptis ſororibus conſanguineis) excludebantur.
6 *verſ. media autem, &c.* Mediam Jurisprudentiam vocat Juſtinianus, quæ ex interpretatione Prudentum, & aliis legibus, poſt leges XII. tabular. latis ſive rogatis, deſcendit: & ante Principum conſtitutiones obtinuit, *teſtibus Rittershuſio hic pag.* 347. & *Mynſingero num.* 2. *Adde Bachovium num.* 1 *pag.* 654. Tertium, eſt jus Prætorium: quo agnatæ fœminæ, etiam ultra ſorores conſanguineas, admittebantur per bonorum poſſeſſionem. *Unde cognati*, cum maſculis æquali gradu connexis: ſi tamen neq; agnatus ullus neq; proximior cognatus exiſteret. *verſ. ſed quia ſane iniquum, &c.* Quartum jus eſt Juſtiniani: quo res ad legem duodecim tabularum reducitur: adeòque fœminis agnatis idem juris, quod maribus attribuitur, *l. penultim. & ult. C. de le-*
7 *gitimis hered.* Cum enim natura mares & fœminas mutuis auxiliis indigere voluit: & ad ipſarum mulierum ſucceſſionem maſculi jure agnationis vocantur: quis patiatur, earum quidem hereditatem ad eos legitimo jure deferri; ipſas verò nec invicem ſibi, nec maſculis eodem jure poſſe ſuccedere: ſed propter hoc ſolum puniri, quòd fœminæ natæ ſunt; & paterno vitio (ſi hoc vitium eſt) prolem innocentem gravari? inquit Legislator noſter *in d. l. penult.*
8 *circa principium. C. d. tit.* His juribus addi poteſt & quintum, ſcilicet Authenticorum ſeu Novellarum: quo indiſtinctè omnes perſonæ, tam maſculi, quam fœminæ, ſublato penitus omni agnationis & cognationis diſcrimine, ad inteſtati ſucceſſionem vocantur. *Novell.* 118. *cap.* 4. & *ſæpius inculcatum ſupr. in princip. tituli præcedent. num.* 58. & *alibi.*

§. Hoc etiam addendum. 4.

§. 4. Hoc etiam addendum noſtræ conſtitutioni exiſtimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam ſucceſſionem: ut non ſolùm fratris filius & filia (ſecundùm quod jam definimus) ad ſucceſſionem patris ſui vocentur: ſed etiam germanæ conſanguineæ, vel ſororis uterinæ filius & filia ſoli, & non deinceps perſonæ una cum his ad jura avunculi ſui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem eſt ſui fratris filiis, avunculus autem ſororis ſuæ ſoboli: ſimili modo ab utroque latere ſuccedant, tanquam ſi omnes ex maſculis deſcendentes, legitimo jure veniant, ſcilicet ubi frater & ſoror ſuperſtites non ſunt. His etenim perſonis præcedentibus, & ſucceſsionem admittentibus; cæteri gradus remanent penitus ſemoti videlicet hereditate non in ſtirpes, ſed in capita dividendâ.

SUMMARIA.

1 *Quo caſu in ſecundo ſucceſſionis ordine cognatus admittatur.*
2 *Sententia juris noviſſimi.*
3 *Quando hereditas patrui & avunculi non in ſtirpes, ſed in capita ſit dividenda.*
4 *Succeſſio in locum parentis, quo in ordine recepta.*

Conſtat ex fine §. præcedentis, jus duodecim tabularum vetus Juſtiniani conſtitutione renovatum eſſe, & ſancitum: ut omnes agnati & agnatæ hoc ſecundo ordine ſuccedant, ſecundum ſui gradûs prærogativam: hoc loco Imperator jus planè novum adjicit: ut nimirum hac ſecundâ ſucceſſionis ſerie etiam is admittatur, qui non eſt agnatus, ſed tantùm cognatus, putà ſororis uterinæ, conſanguineævè filius & filia; & non ulteriores, hoc eſt, non nepos & neptis ſororis: ut, *inquam*, ſororis filius & filia non minùs ſuccedant avunculo, atque fratris filius & filia ſuccedunt patruo ſuo; non extantibus aliis fratribus vel ſororibus defuncti, qui illos in ſucceſſione præcedant. Finge: Sempronius & fratrem habet, & ſororem. Moritur frater, relicto filio: poſtea moritur & ſoror, filio relicto. Fratris filius Sempronio inteſtato mortuo ſuccedit ex jure veteri, utpote agnatus ſuo patruo. Sed ſororis filius eidem Sempronio agnatus non eſt, verùm cognatus. Eſt enim Sempronius ejus avunculus. Nihilominus tamen novo hoc jure ad hereditatem Sempronii ille pervenit, ut agnatus: hoc eſt, filius ſororis cum fratris filio concurrit, & uterque Sempronio ſuccedit. At rurſus finge: hunc Sempronium deceſſiſſe, relicto non ſolùm filio fratris, & filio ſororis, *ut jam dictum*: ſed etiam relicto fratre. Hoc utique caſu frater hic relictus, excluſis fratris & ſororis filiis, ſolus hereditatem Sempronii conſequitur. Ratio eſt perſpicua: quia hic frater Sempronio eſt proximior filiis fratris & ſororis: cùm ei conjunctus ſit ſecundo gradu; fratris autem ſororisvè filius tertio, *l. conſanguinitatis.* 3. & *l. penultim.* §. *ultim. C. de legit. heredibus.* Verùm hæc duo jure noviſſimo immutata ſunt, & correcta. Nam pri- 2
mùm hodie non tantùm fratris & ſororis filii & filiæ in ſuccedendo concurrunt: ſed etiam tota cognatio in legitimam agnationem translata eſt, ut pari omnino nunc jure, cognati juxta ac agnati admittantur, *ut in* §. *priori ex Novell* 118. *cap.* 4. *annotavimus.* Deinde hodierno jure defuncti frater non præfertur liberis præmortui fratris & ſororis, ut jure veteri: ſed hi una cum ſuperſtite fratre in bonis patrui vel avunculi,

jure

Digitized by Google

jure repræsentationis in stirpes succedunt, hoc est, capiunt tantùm, quantum eorum pater, aut mater, si viveret, accepisset, *Auth. cessante. C. de legit. heredib. d. Novell.* 118. *cap.* 3. *Vide Locamerum quæstionum juridicarum fascic.* 33. *quæst.* 3. *& seqq.*

3 Quod autem in calce præsentis §. subjicitur: hereditatem patrui & avunculi non in stirpes, sed in capita dividendam esse: intelligi debet si nullis superstitibus patruis vel avunculis, fratrum sororumvè liberi soli ad successionem patrui aut avunculi vocantur. Tunc enim in capita distribuendam esse hereditatem, superiùs *in principio tituli præcedentis num.* 422. *& multis subsequentibus*, prolixè documus. Et ratio hujusce rei est: quia in hoc secundo ordine unusquisque proprio jure & nomine, non alieno; sive ex suo quisque capite & personâ, & non ex capite vel

4 personâ parentis sui succedit. Nam in primo duntaxat ordine successio in locum parentis recepta est *§ cùm filius.* 6. *supr. tit. proximo.* non item in ordine secundo, seu in successione legitimâ, § *placebat.* 7. *infr. hoc tit. eleganter Giphanius hîc in verb. videlicet hereditate, &c.* Quamvis unus casus (quo successio in locum parentis, in secundo quoque ordine obtinet, puta in fratrum filiis) excipiatur: ut paulò antè, & etiam supr. *in d.* §. *cùm filius. tit. præced. num.* 3. *ex d. Novell.* 118. *cap.* 3. indicatum est.

§. Si plures. 5.

§. 5. Si plures sint gradus agnatorum: apertè lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratiâ) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus: frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradûs, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin licèt unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

SUMMARIA.

1 *Proximus quis censeatur.*
2 *Cur lex XII. Tabb. proximum tantùm agnatum ad hereditatem vocet.*
3 *Civilia jura naturæ subsequi solent.*
4 *Liberis jure naturæ hereditas parentum debetur.*
5 *In legibus & beneficiis Principum latior interpretatio facienda, quàm in legatis.*
6 *Si plures sint agnati ejusdem gradûs, omnes simul succedunt.*
7 *Singulari numero sæpe pro plurali utimur: & contrà.*

1 SI paterfamilias intestatus moritur, & plures agnatos diversi gradûs, quorum alii propinquiores sunt aliis relinquit: solus proximus, exclusis remotioribus, lege XII. Tabularum ad hereditatem admittitur, *hoc § nostro.* Proximus autem est is, quem nemo antecedit *l.* 2. §. *hac hereditas & § legitima., ff. de suis & legit. hered. l. ex duobus.* 3. *in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. l. proximus.* 29. *ff. de verbor. significat.* sive unus, sive plures eodem in gradu extiterint, *l. proximi.* 1. §. *ff. eod l.* 1. §. *proximum.* 5. *ff. unde cognati.* Exemplum hîc in Textu positum est de fratre defuncti, & alterius fratris filio, aut patruo: inter quos frater, tanquam proximior, solus ad fratris successionem vocatur. Frater quippe in secundo est gradu: fratris filius & patruus sunt in tertio. *§.* 2. *&* 3. *infr. de gradibus cognationum.* Sed jure novissimo, quo nunc utimur, fratris filius cum fratre in successione patrui demortui concurrit, *ut jam sæpius suprà ex Auth. cessante. Cod. de*

2 *legit. hered. repetitum est.* Ratio porrò legis, cur proximum tantùm vocet agnatum, est ex ipso jure naturæ, quod propter honorem sanguinis semper plus propinquiori tribuit, quàm remotiori, *l.* 1. §. *largius.* 12. *ff. de successor. edict.* Neque movet, quòd hæc agnatorum successio sit legitima, planèque civilis; ac proinde in eâ jus naturale non consideretur. Nam civilia niti solent jure 3 naturæ, idque subsequi, *l. jus civile* 6. *ff. de justit. & jur.* Secus est in primo ordine liberorum, in quo non, quisnam proximus sit, spectatur: sed tantùm, quis sit suus: & jure Prætorio, quis sit ex numero liberorum, sive filius sit, sive nepos, sive pronepos, &c. Quâ de causâ in illo ordine pronepos defuncti, qui in tertio est gradu, non modo fratrem defuncti, qui in secundo est; sed & defuncti patrem, qui est in primo, excludit. Semper enim in primo ordine liberi reliquis omnibus præferuntur, *§. repetitis.* 1. *infr. de servili cognat.* Cur 4 verò in primo liberorum ordine non curetur gradus, hæc est ratio: quia liberis jure naturæ hereditas parentum debetur, *l. cum ratio.* 7 *ff. de bonis damnator. l. scripto.* 7. *in fine. ff. si tabul. test. nulla extab.* & tametsi aliqui in remotiori gradu constituti sunt: tamen in locum parentum repræsentationis beneficio succedunt, *§. cùm filius* 6. *supr. titulo præcedente. Georg. Schultz in expositione arboris consanguinitatis & affinit. cap* 10. *memb.* 2. *n* 32. *cum seqq. pag* 274. *& subseqq.* Illud hîc addendum: quòd in legibus & benefi- 5 ciis Principum latior & benignior fiat interpretatio, quàm in legatis. Quare si muralis corona ei promissa sit, qui primus murum ascenderit; & duo simul ascendant: utrique sua corona debetur, *arg. l. penult. ff. de constit. princ.* Et ita P. Scipio jus dixit, auctore Livio *lib.* 26. eumque referente Tuningio *hîc in verb. omnes admittantur.* Cæterùm si le- 6 gatum relictum sit ei, qui primus Capitolium ascenderit, & duo concurrant, neutri debebitur *l. si fuerit.* 10. *in princ. ff. de reb. dub.* Similiter si plures agnati eodem gradu concurrant: omnes simul succedent *hoc §. nostro d. l.* 2. *ff. de suis & legit. her.* Nec obstat, quòd lex XII. tabular. numero singulari seu unitatis utitur, & proximum vocet, non proximos. Ita quippe habet: *Agnatus proximus familiam habeto. l. pronunciatio* 195. *in princ. ff. de verbis signification.* Etenim in usu juris frequenter singulari utimur appella- 7 tione, cùm plura generis ejusdem significare volumus, *l. in usu.* 158. *ff. de verb. signific.* Sicut & contrà plurativo numero utuntur Jurisconsulti sæpè pro singulari, de re unicâ loquentes: ut probat vox liberorum, pugillarium & codicillorum. *l. non est sine liberis.* 148. *ibiq. eleganter Goddaus. ff. de verbor. significat. Aul. Gell. lib.* 2. *Noct. Atticar. cap.* 3. *Rittershus. hîc pag.* 348.

§. Proximus autem. *6.*

§. 6. Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quæritur. Quòd si facto testamento quisquam decesserit: per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento heredem extiturum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

SUMMARIA.

1 *Quo tempore inquirendum; proximus, necne, aliquis sit.*
2 *Hereditas quo tempore deferatur.*

CUm quæritur; proximus, necne, aliquis sit: eo 1 tempore, quo patremfamilias intestato, mortuum esse certum est, exquiri debet. Quare aut facto testamento decessit, aut non facto testamento. Et hoc quidem casu spectandum erit tempus mortis: illo verò, tempus instituti vel deserti testamenti, *hoc §. & l.* 2. §.

inter-

Digitized by Google

interdum. 5. *& seqq. ff. de suis & legitim. heredibus. l. si ex duobus.* 4. *ff. unde legitimi.* Atque eadem distinctio temporis, quæ hic attenditur in secundo ordine agnatorum, observatur quoque in primo ordine suorum, & tertio cognatorum, *§. cùm autem quæritur.* 7. *supr. tit. proximo.*
2 *l.* 1. *§. proximum. & §. sequenti. ff. unde cognati.* Eademque omnium ordinum ratio est, hæc videlicet: quia illis temporibus hereditas defertur: & certe ea defertur plerunque tempore mortis, *l.* 1. *§.* 1. *Cod. de caducis tollend.* tam testamentaria, quàm ab intestato sive legitima, *docente hic Giphanio.* Sed tamen aliquando hereditas legitima etiam post mortem defertur, si nimirum factum sit testamentum, & non adeatur hereditas. *Exempli gratia:* Titius cùm fratrem & patruum haberet, testamentum fecit, & Mævium heredem instituit, posteaque decessit. Mævius de adeundâ hereditate deliberat: & medio tempore frater Titii testatoris moritur. Mox Mævius hereditatem repudiat. Hoc casu patruum (qui moriente testatore proximus non erat) heres erit: quoniam est proximior eo tempore, quo nemo ex testamento heres existit. *Sed vide Hotomannum hic enunciat.* 2. *& Mynsinger. num.* 2.

§. Placebat. 7.

§. 7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum, successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundùm ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit: nihilo-magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant: sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis reclusо. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, sancimus: successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis à Prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum: maximè cùm in onere quidem tutelarum, & primo gradu deficiente, sequens succedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

SUMMARIA.

1 *Lege duodecim tabularum duo duntaxat sunt succedendi ordines: suorum, & agnatorum.*
2 *Ratio differentiæ inter jus civile & Prætorium.*
3 *Non debet plus licere cognatis, quàm agnatis.*
4 *Ubi onus & emolumentum, ibi etiam lucrum.*

1 JUre civili veteri, nempè duodecim tabularum (quod duos tantum novit ordines; suorum heredum, & agnatorum, *ut supr. ad §.* 1. *tit. proximo, num.* 1. *dictum,*) nulla est successio, sive in suis, sive in agnatis *l.* 1. *§. sciendum.* 8. *& l.* 2. *in princip. ff. de suis & legit. hered. Ulpian. in fragment. institut. titul.* 28. *§. si plures. Paulus libr.* 4. *sentent. titul.* 8. *§. in hereditate, &c. late Hunnius lib.* 3. *variar. resolut. jur. civ. tractat.* 1. *quæst.* 8. Finge: Lælius intestatò moriens, relinquit filium, & ex eodem filio nepotem. Hoc casu filius solus suus est heres, eique hereditas defertur. Si filius post delatam hereditatem se abstineat, nepos non admittitur. *Iterum finge:* Lælius habens fratrem & patruum, intestatus decessit. Ejus hereditatem, sibi à lege delatam, frater aspernatur; vel, dum deliberat, moritur. Hic non patruus, licet agnatus, sed fiscus hereditatem, quasi rem nullius, occupat. Jure autem Prætorio successioni est locus, hoc est, jure Prætorio etiam admittitur agnatus secundi gradus: non tamen jure agnationis, sed cognationis, *hoc §. vers. quod iterum Prætores, &c. & tot. tit. ff. & Cod. de successorio edict.* Ratio differentiæ inter 2
jus civile & Prætorium hæc videtur: quod illud est strictum: hoc verò latius est, & benignum; ac naturalem potiùs æquitatem, quam juris scrupulositatem sequi solet. Unde quando jure civili hereditas est semel delata suo in primo ordine, aut proximo agnato in secundo: non potest semel delata porrigi & venire ad alios. *Paul. dict. lib.* 4. *sentent. titul.* 8. *§. in hereditate. Hotoman. hic enunciat.* 1. Cæterum jure novo ex Justiniani constitutione (quæ temporum vitio periit, quamque Græcam restituit Cujacium ex Basilicis *lib.* 20. *observation. cap.* 34. testatur hic Rittershusius *pag.* 349.) inter ipsos quoque agnatos est successio, & sequentes agnati post priorem vocantur, ut agnati, *per hunc §. nostrum. vers. sed nos nihil, &c.* Ratio novi juris adfertur duplex. Pri- 3
mò, quia non debebat plus licere cognatis, quam agnatis, id est, tertio ordini; quem secundo. Cognatis autem jure Prætorio conceditur successio. Ergo & 3
agnatis concedenda est. Deinde quia cum successio fit in onere, ut in tutelâ. *l.* 3. *§. penult. ff. de legit. tutorib.* etiam in lucro, ut in hereditate, successio esse debet, juxta vulgatam regulam juris, *l. secundùm naturam.* 10. *ff. de regul. jur. §. ult. supr. de legitim. patronor. tutel. Giphan. hic in vers. sed nos nihil, &c.* Hodiè verò, agnationis & cognationis discrimine exauctorato, hujus disputationis non magnus est usus; quia, uno hereditatem repudiante, defertur illa postea sequenti propiori, sive agnatus sit, sive cognatus, *Novell.* 118. *cap.* 3. *&* 4. *& annotatum supr. in princip. tit. proximi. num.* 68. *& in §. cæterùm.* 3. *hoc tit. num.* 6.

§. Ad legitimam. 8. & ult.

§. 8. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contractâ fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contractâ fiduciâ fieri: cùm apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contractâ fiduciâ parens manumisisset.

SUMMARIA.

1 *Quâ juris solennitate olim facta sit emancipatio.*
9 *Quid fuerit contractâ fiduciâ emancipare.*
3 *Pater naturalis filium emancipans, hodie semper contractâ fiduciâ emancipasse censetur.*
4 *Cur pater filio emancipato succedat ab intestato.*
5 *Jure novissimo hujus §. dispositio immutata.*

UT hic §. rectiùs intelligatur; paucis explicandum est, 1
quâ juris solennitate olim facta sit emancipatio. In hunc autem modum fiebat: Quinque aderant testes, & libripens, id est, staterам tenens, & quidam alius qui pater fiduciarius nominabatur. Huic patri fiduciario filium suum naturalis pater emancipabat, hoc est, manu tradebat, accipiendo vicissim unum aut alterum nummum pretii loco. Deinde pater fiduciarius illum quasi emptum manumittebat. Quo facto, is rursus in patris naturalis potestatem tacito quodam jure reversus, secundò atque item tertiò & emancipabatur & manumittebatur. Fœminæ tamen, vel nepotes ex masculo, unicâ emancipatione de patris vel avi potestate exibant, suique juris efficiebantur. Tandem hoc etiam inter patrem na- 2
turalem & fiduciarium nominatim agebatur: ut si filius ille moreretur: ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius, succederet. Idque erat contractâ fiduciâ emancipare: quia inter patrem naturalem ac fiduciarium

expreſsè de ſuccedendo filio tunc emancipato, ſi teſta-
mentum non feciſſet, conveniebat, qualique contrahe-
batur ejus juris fiducia: cùm alioqui pater naturalis illi
tanquam extraneo jam facto ſuccedere nequiret. *Quâ
de re copiosè diſſerit Cajus libr.* 1. *Inſtitut. tit.* 6. *Theophi-
lus in §. præterea.* 6. *ſupr. quibus. mod. jus patr. poteſt. ſolvit.*
3 Verùm hoc, ut rationi minùs congruũ, Juſtinianus emen-
davit; atque conſtituit: quòd pater naturalis emancipans
filium, ſemper cenſeatur contractâ fiduciâ emancipaſſe;
etſi ſpecialiter & expreſſim jus ſuccedendi ſibi non reſer-
varit. *l. ult. C. de emancipationibus liberor.* Atque ita
parens hoc jure novo filio emancipato, velut agnato, con-
tractâ fiduciâ ſuccedit. Filiifamilias verò, ſi moriatur in-
teſtatus, bona licèt caſtrenſia, occupat jure peculii, &
non ut heres, ſive non jure ſucceſſionis, *initio tit. ſ. qui-
bus non eſt permiſſ. fac. teſtam. l.* 2. *l. proponebatur.* 9. *& l.*
4 *penult. ff. de caſtrenſi pecul.* Ratio autem, cur pater filio e-
mancipato ſuccedat ab inteſtato, æquiſſima eſt: quia patri
acceptum ferre debet filius, quòd jam omnia ſibi acquirat:
qui ſi in poteſtate retentus fuiſſet, omnia patri acquiſitu-
rus erat. *l. acquiritur.* 10. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.
l. placet.* 79. *ff. de acquir. vel omitt. heredit. & fuſiùs ex-
poſitum ſupr. ad* §. 1. *per quas perſon. cuique acquirit. num.*
2. *& ſeqq.* Ideoque præmii loco iſthæc ſucceſſio patri de-
5 betur, notante Rittershuſio *hic in fine pag.* 330. Porrò ju-
re noviſſimo nec hujus §. diſpoſitio apud nos ullum poteſt
habere fructum: cùm ſucceſſio parentum ſive aſcen-
dentium & deſcendentium valdè mutata ſit: ſtatimque
parentes, poſt liberos, filiis ſuis inteſtatis ſuccedant
Novell. 118. *capite* 2. *& explicatum. latiùs ſuprà,
circa princip. tituli præcedentis, numero* 6. *& ſequen-
tibus.*

DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

TIT. III.

Principium Tituli, cum §. 1. & 2.

Lex duodecim tabularum ita ſtricto jure utebatur, & præponebat maſculorum progeniem: & eos, qui per fœminini ſexûs neceſſitudinem ſibi junguntur, adeò exppellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamvè ultrò citròque hereditatis capiendæ jus daret: niſi quòd Prætores ex proximitate cognatorum eas perſonas ad ſucceſſionem, bonorum poſſeſſione Unde cognati accommodatâ, vocabant.

§. 1. Sed hæ juris anguſtiæ poſtea emendatæ ſunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad ſolatium liberorum amiſſorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

§. 2. Poſtea autem Senatuſconſulto Tertylliano, quod divi Hadriani temporibus factum eſt, pleniſſimè de triſti ſucceſſione matri, non etiam aviæ, deferendâ cautum eſt: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumvé admittatur inteſtatò mortuorum, licèt in poteſtate parentis ſit: ut ſcil. cùm alieno juri ſubjecta eſt, juſſu ejus adeat hereditatem, cujus juri ſubjecta eſt.

S U M M A R I A.

1 *Ratio continuationis.*
2 *Cur mater neque liberis, neque hi illi olim ſuccedebant.*
3 *Sanguinis ratio inter matrem & filium arctiſſima.*
4 *Senatuſconſulti Tertylliani ſententia.*
5 *Afflictio non addenda afflicto.*
6 *Senatuſconſultum Tertyllianum unde dictum.*
7 *Tertyllianus Juriſconſultus, Chriſtianus factus, complures libros de religione ſcripſit.*
8 *Matrimonium jure Romano non ſolvit patriam poteſtatem: licèt moribus Germaniæ aliud videatur receptum.*

AUdivimus ſuperiori titulo §. *ultim.* quomodo pater 1
liberis emancipatis ab inteſtato ſuccedat: nunc, quo-
modo & quando mater ad liberorum inteſtatorum heredi-
tatem admittatur, diſpiciendum. Et primum quidem
jure civili antiquo, quod ex lege duodecim tabularum
deſcendit, nec mater liberis ſuccedebat, nec liberi ma-
tri, *tradente hic Juſtiniano, & Ulpiano in fragment. In-
ſtitut. tit.* 26. §. *penult.* Cujus ratio hæc eſt: quia in- 2
ter matrem & liberos neque jus ſui, neque jus agnatio-
nis intercedit: non quidem jus ſui; quia mater liberos
in poteſtate non habet. §. *fœminæ* 10. *ſupr. de adoptio-
nibus.* §. *cæteri.* 3. *ſupr. de hered. qualit. & different.* non
etiam jus agnationis; quia mater liberis non per virilem
ſexum jungitur. ſed matrimonio tantùm, & partu, *au-
ctore Giphanio hic, & infr. tit. ſeq. in verb. admittuntur,
&c.* Juris autem civilis ſucceſſio ſolummodo iſtis duobus,
nempe jure ſui, & agnationis nitebatur, *ut explicuimus
ad* §. 1. *ſupr. de hereditatibus. quæ ab inteſt. defer. num.* 1.
Prætores deinde æquitate naturali, & ſanguinis ratione 3
(quæ certè inter matrem & filium eſt arctiſſima) adducti,
bonorum poſſeſſionem *Unde cognati* matri ac filio ultrò
citròque dederunt. *l.* 1. *& l.* 2. *ff. unde cognati.* Sed
quia hoc jure prætorio parùm matri conſulebatur: cùm
iſta bonorum poſſeſſio eſſet tertii ordinis; ita ut o-
mnes ſui heredes & agnati præferrentur matri. §. *ad-
monendi.* 13. *ſupr. de hereditatibus. quæ ab inteſt. defer.*
poſtea Claudius Cæſar matri legitimam liberorum,
non tamen omnium, ſed in acie fortaſſis, bellòve
publico amiſſorum, hereditatem attribuit, *ut Juſtinia-
nus ſubindicat hic in principio tit. ſupr. de excuſationibus
tutor. & notant Budæus. Tuningius, Mynſingerus, &
Hotomanus hic enunciat.* 3. Tandem Senatuſconſul- 4
tum Tertyllianum matri, non etiam aviæ, (quod ta-
men hodie correctum eſt, & cautum, ut avia etiam
nepoti ſuccedat, *Novell.* 118. *cap.* 2. *& copioſius ex-
plicatum ſuprà ad principium tit. de hereditatibus. quæ
ab inteſtat. defer. num.* 267. *& ſeq.)* pleniùs ſubvenit,
ſtatuitque: ut ingenua mater jus trium liberorum ha-
bens, libertina verò quatuor, bona filiorum filiarumvè
inteſtatò mortuorum capiat, quamvis ſit in poteſtate pa-
rentis. §. 2. *hoc tit. l.* 2. *& tot. titul. ff. ad Senatuſconſul-
tum. Tertyllian. Ulpian. dict. titul.* 26. §. *ultim.* Ra-
tio hujus Senatuſconſulti *hic in dict.* §. 2. indicatur il-
la: ut luctus & triſtitia, quam mater percipit ex mor-
te filii, leniatur & mitigetur ſucceſſione: ſive ne afflictæ 5
addetur afflictio, luctus ex morte, & hereditatis privatio,
argum. l. nam & ſi. 15. *in princip. ff. de inoffic. teſta-
ment. l. jure ſuccurſum.* 6. *in princip. ff. de jure dot.
& l. ſcripto.* 7. *in fine. ff. ſi tabulæ teſtament. nullæ
extab.* Huic rationi accedit & alia, nimirum jus ſan-
guinis, ſeu proxima conjunctio naturalis, *ut infra in
§. ſed nos.* 4. *verſ. reſpicientes ad naturam, &c.* Cæ- 6
terum Senatuſconſultum hoc Tertyllianum nomen ha-
bet à Tertyllo quodam ſive Tertullo. Quis autem
fuerit iſte Tertyllus ſive (ut alii nominant) Tertullus,
certò non conſtat. Ulpianus meminit cujuſdam re-
ſcripti Imperatoris ſui ad Ovinium Tertyllum *libro.*
1. §. *interdum.* 3. *ff. ad ſenatuſconſultum. Tertyllia-
num.* Caſſiodorus meminit Tertulli Conſulis: ut &
Rittershuſius hic *in dicto.* §. 2. *pagin.* 351. No-
tus etiam eſt Orator ille Tertullus, qui Paulum
Apo-

Apoſtolum accuſavit. *Act. c.* 24. Nec eſt ignotus Juriſconſultus Tertullianus: quem Juſtinianus vocat Interpretem juris antiqui. *l. ult. in princ. C. de curatore furioſi*, traditurque ſcripſiſſe libros Quæſtionum quatuor, & unum de caſtrenſi peculio. Unde Rutilius putat, ad hu-
7 jus relationem & ſuaſionem factum eſſe ſenatusconſultum, de quo hìc agitur: & addit,* quoſdam exiſtimare, eum eſſe Tertullianum, qui poſtea Chriſtianus factus eſt, multoſque de religione libros reliquit; ut refert Balduinus hìc, & Mynſinger, *num.* 3. nec non Dionyſius Gothofredus *in not. ad d. l. ult. lit. E. C. de curatore furioſi*.

8 Ex illis porrò propoſiti §. 2. verbis, *licèt in poteſtate parentis ſit* perſpicuum evadit; quòd jure Romano matrimonium ſeu nuptiæ filiæ, à patris poteſtate eam non liberent. *l.* 1. §. 1. *ff. de agnoſcend. & alend. lib. l.* 2. §. 1. *l. quotiens.* 29. *ff. ſolut. matrimon. l. ſi uxorem.* 5. *C. de conditionibus. inſert. & l. filiæ, licèt.* 12. *C. de collationibus.* Ejuſque ratio videtur: quia patria poteſtas eſt merè civilis. §. *Jus autem poteſtatis.* 2. *ſupr. de patria poteſt.* matrimonium verò propter conſenſum, ex quo potiſſimum conſtat, magis naturale eſt, *l. cui fuerit.* 15. *in fin. ff. de condit. & demonſtrat. l. nuptias.* 30. *ff. de regulis jur. Novell.* 22. *cap.* 3, *cum ſimilibus.* Sed moribus totius ferè Europæ etiam matrimonio poteſtas patria tollitur: quia ea hodie magis naturalis, quàm civilis eſſe cenſetur. *Quâ de re videantur Sichardus in l. ubi adhuc.* 29. *num.* 16. *C. de jure dot. Tiraquell. in legib. connubialib. in princ. num.* 3. *& ſeqq. Berlich. concluſion. practicabil. part.* 2. *concluſ.* 11. *num.* 13. *cum ſeqq. Beſold. lib.* 1. *Politic. c.* 10. *num.* 47. *pag.* 372. *aliique quos citavimus ſuprà in princ. tit. de nupt. n.* 57. *& in* §. *præterea.* 6. *num.* 7. *tit. quibus mod. jus patr. poteſt. ſolvitur.*

§. Præferuntur. 3.

§. 3. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui ſui ſunt, quive ſuorum loco ſunt, ſive primi gradûs, ſive ulterioris. Sed & filiæ ſuæ mortuæ filius, vel filia, præponitur ex conſtitutionibus matri defunctæ, id eſt, aviæ ſuæ. Pater verò utriuſque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, ſcilicet cùm inter eos ſolos de hereditate agitur. Frater autem conſanguineus tam filii, quàm filiæ, excludebat matrem; ſoror autem conſanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed ſi fuerant frater & ſoror conſanguinei, & mater liberis honorata: frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & ſororibus.

SUMMARIA.

1 *Quando ex Senatusconſulto Tertylliano mater ad ſucceſſionem liberorum admittatur, & quinam illi præferantur.*
2 *Hereditas magis liberis debetur, quàm parentibus.*
3 *Fœmina moriens ſuos heredes habere nequit.*
4 *Cur avus & proavus matri non præferantur.*
5 *Frater & ſoror quatenus matrem excludant.*

1 DEclarat hoc loco Imperator, quando ex Senatusconſulto Tertylliano mater ad ſucceſſionem filii & filiæ admittatur, & quinam illi præferantur. Et primò matri præferuntur omnes defuncti liberi, qui ſui ſunt, ſuorumvè loco, hoc eſt, emancipati. §. *emancipati.* 9. *ſupr. de heredit. quæ ab inteſt. defer. l.* 2. §. *liberi.* 6. *ff. ad Senatusconſult. Tertyllian.* ſive primi ſint gradûs, ut filii, ſive ulterioris, ut nepotes, pronepotes: & deinceps. Hi namque omnes liberorum appellatione continentur. *l. liberorum.* 220. *in princ. ff. de verbor. ſignificat.* Ratio expedita eſt: tum quia primus ordo, qui eſt liberorum, præferri debet ſecundo, id eſt, legitimorum, inter quos nunc eſt
2 mater. Tum quia natura dictat, ut ſucceſſio potiùs deſcendat, quàm aſcendat; hoc eſt, hereditas magis liberis, quàm parentibus debeatur *l. nam etſi.* 15. *ff. de inoffic. teſt. l.*

cùm ratio naturalis. 7. *ff. de bonis damnator. l. ſcripto.* 7. *in fin. ff. ſi tabul. teſtam. nullæ extab. Giphan. hìc in verb. liberi defuncti. &c.* Rectè autem Juſtinianus ait: *liberi defuncti.* Nam liberi *defunctæ* non omnes matri præponuntur: ſed filius ſolummodò, & filia defunctæ, *hoc* §. *verſ. ſed & filiæ, & l. quotiens.* 4. *C. ad Senatusconſultum Orficianum.* Cur non omnes præponantur, hæc eſt ratio:* quia non ſui ſunt. Filia ſiquidem, ſive fœmina 3
moriens ſuos heredes habere nequit, *arg.* §. *fœmina,* 10. *ſupr. de adoptionib. &* §. *ſui autem.* 2. *ſupr. de hereditatib. quæ ab inteſt. deferunt.* Deinde & pater utriuſque, id eſt, tam filiæ, quam filii, ſive filius, ſive filia deceſſerit, matri anteſertur. *hoc* §. *noſtro. verſ. pater verò utriuſque, &c. d. l.* 2. §. *objicitur.* 15. *ff. ad Senatusconſultum Tertyllian. l.* 2. *C. eod. l. ſi ad patrem.* 10. *ff. de ſuis & legit. heredib. Berlich. part.* 3. *concluſion. practicabil. concluſ.* 23. *num.* 1. Et ratio: quia pater non tantùm eodem eſt gradu, quo mater; ſed & aliquid ampliùs habet, putà jus vetus ex manumiſſione, *de quo ſupr. in* §. *ult. tit. proximo.* Avus 4
autem, & proavus defuncti non præferuntur matri: quoniam hæc gradu illos antecedit. *d. l.* 2. §. *objicitur.* 15. *verſ. ſed. neque avus. ff. ad Senatusconſultum Tertyllian.* Frater 5
præterea conſanguineus matrem excludit: ſoror vero conſanguinea cum matre concurrit, *ut hic in verſ. frater autem, &c. d. l.* 2. §. *ſi ſit conſanguinea.* 18. *& l. ſi quis inteſtatus.* 7. *ff. eod.* Sed ſi frater & ſoror ambo cum matre concurrant, matri anteponuntur: & ſoror quidem hoc caſu propter fratrem. Quòd ſi fratres uterini ſint, aut naturales: mater iis præfertur. *l. Lucius.* 45. *ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* ſi modò mater tres vel quatuor liberos pepererit, *ut ex* §. 2. *hujus tituli effloreſcit.*

§. Sed nos conſtitutione. 4. & §. ſed cùm antea, 5.

§. 4. Sed nos conſtitutione, quam in Codice noſtro nomine decorato poſuimus, matri ſubveniendum eſſe exiſtimavimus: reſpicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & ſæpè mortem ex hoc caſu matribus illatam. Ideòque impium eſſe credidimus, caſum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit: immeritò defraudabatur ſucceſſione ſuorum liberorum. Quid enim peccavit, ſi non plures, ſed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, ſive ingenuis, ſive libertinis, etſi non ter enixæ fuerint, vel quater, ſed eum tantùm, vel eam, qui quævè morte intercepti ſunt, ut ſic vocentur in liberorum ſuorum legitimam ſucceſſionem.

§. 5. Sed cùm antea conſtitutiones jura legitimæ ſucceſſionis perſcrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in ſolidum eam vocabant, ſed in quibuſdam caſibus tertiam ei partem abſtrahentes, certis legitimis dabant perſonis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis viſum eſt, rectâ & ſimplici viâ matrem omnibus perſonis legitimis anteponi, & ſine ullâ deminutione filiorum ſuorum ſucceſſionem accipere: exceptâ fratris & ſororis perſonâ, ſive conſanguinei ſint, ſive ſola cognationis jura habentes: ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præpoſuimus; ita omnes fratres & ſorores, ſive legitimi ſint, ſive non, ad capiendas hereditates ſimul vocemus: ita tamen, ut ſiquidem ſolæ ſorores agnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ ſuperſint: dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes ſorores habeant. Si verò matre ſuperſtite & fratre, vel fratribus ſolis

Digitized by Google

solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur: in capita distribuatur ejus hereditas.

SUMMARIA.

1 *Cur liberorum hereditas matri indistinctè concedenda, triplici ratione declaratur.*
2 *Justiniani sanctione mater, in legitimâ filii successione, omnibus agnatis præfertur: exceptis solis fratribus & sororibus defuncti.*
3 *Hujus §. dispositio jure novissimo correcta.*

1 ADfertur hic Senatusconsulti Tertylliani, & constitutionum quarundam emendatio, quâ primùm Justinianus legitimam liberorum hereditatem, eamque solidam, matri indistinctè concedit; sive ter, sive quater enixa sit, sive defunctum tantum susceperit. *l. 2. C. de jure liberorum.* Ratio hujus correctionis sive novi juris triplex adduci poterit: Tum, quia hæc successio ex naturâ, ut causâ certâ & justâ, & non ex numero liberorum, ut causâ incertâ & fortuitâ pendere debet, *hoc* §. 4. Tum, quia jure naturæ tantùm debetur matri, quantum patri, *argum. l. 4. & seqq. ff. de in jus vocando. & l. penult. C. de legit. heredib.* Tum, quia plus periculi & oneris in pariendo & alendo sustinet mater, quàm pater: ac proinde etiam plus illi deberi videtur, *notante hic Giphanio, in verb. respicientes ad naturam, &c.* Cæterùm quod ait hîc Imperator (quem ineptiarum solito more ineptissimé arguit Bachovius *hic pag.* 664.) de periculis puerperii sive partûs: idem pluribus verbis exaggerat *in l. assiduis,* 12. §. 1. *C. qui potiores in pign. hab.*

2 Deinde Justinianus tertiam illam hereditatis partem, quam mater olim ex constitutionibus (*quas relatas videmus in Codicis Theodosiani librum.* 5. *sub. tit.* 1. *de legitimis hered. l.* 1. 2. *& penult.*) agnatis dare cogebatur, pro jure antiquo illis competente, tollit: ut mater in legitimâ filii successione agnatis sive legitimis personis omnibus, sine ullâ detractione tertiæ patris, præferatur: solis fratribus & sororibus defuncti exceptis. *l. ult. Cod. hoc tit.* Nam si mater concurrat cum solis sororibus, sive consanguineis, sive uterinis, ad semissem hereditatis admittitur: sin concurrat vel cum fratribus solis, vel cum fratribus & sororibus simul; hereditas in capita dividitur, totque partes fiunt, quot succedentium personæ reperiuntur, *hoc* §. 5. *& dict. l. ultim. Cod. eod.* Atque
3 hæc quidem succedendi ratio jure Institutionum & C. obtinet: aliud verò novellis constitutionibus sancitum est. Quare qui exactè vult cognoscere, quomodo parentes hodie liberis succedant: eum recurrere oportet ad ea, quæ annotavimus suprà *ad princip. tit. de hereditatibus. quæ ab intest. deferuntur. num.* 367. *& seqq.*

§. Sed quemadmodum 6.

§. 6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus; ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quòd si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati, intra annum petere neglexerint: ab eorum impuberum morientium successione meritò repellentur.

SUMMARIA.

1 *Mater, [illegible] impuberibus intra annum tutores petat, à [illegible] eorum repellitur.*
2 *Quibus ex causis mater, tutorem filiis non petens, excusetur.*
3 *[illegible] intellectu l. 1. C. si adversus delict.*
4 *Quod in matre [illegible] obtinet.*

1 MAter, quæ liberis suis impuberibus, patre amisso, intra annum tutores idoneos non postulat, ab eorum hereditate excluditur, *per hunc textum nostrum, & monuimus supr. in pr. tit. de hereditatibus. quæ ab intest. defer. num.* 393. Nec interest, sintne liberi naturales, an ex justis ac legitimis nuptiis procreati. *l. ult. C. qui petant tut. vel curatores.* Idque optimâ ratione constitutum est: quia indigna videtur mater successione filii, cui impuberi ipsa prospicere de idoneis tutoribus neglexit. *l. 2. §. si mater.* 23. *ff. ad SC. Tertyll. l. 2. §. 1. ff. qui petant tutor. & l. matris.* 6. *C. d. tit.* Illud tamen ut procedat,
primò requiritur, ut pupillo tutorem habere expediat. 2
Nam si ex re & commodo pupilli non sit, tutorem constitui: mater, quæ cum non petiit: excusatur. *Exempli gratiâ:* si amplum legatum pupillo sub hâc conditione sit relictum, *Si tutores non habuerit.* Hoc casu si majus sit emolumentum legati, quàm tutelæ, mater non petens tutorem, pœnam non meretur. *d. l. 2. §. tractari.* 44. *ff. ad SC. Tertyllianum.* Deinde necessarium est, ut filius in pupillari ætate moriatur. Etenim si pubes factus decedat: mater, quæ ipsi impuberi non petiit tutorem, ab ejus hereditate non arcetur. *l. matres.* 2. *& l. cumen.* 6. *C. hoc tit. Mynsinger. Wesenbec. & Giphanius hic in verb. impuberum morientium, &c.* Ratio hæc reddi potest: quia filius matri culpam remisisse videtur. Poterat enim alioqui pubes factus illam testamento omittere, & ab hereditate suâ removere. Atque isthæc conjectura & interpretatio ob favorem matris facilem recipitur: cùm præsertim is, cui nocitum est, non amplius supersit. *Rittershus. hic pag.* 355. Tertiò exigitur, ut mater sit major 25. annis. Ea enim, quæ 25. annum nondum attigit, etiamsi filio impuberi tutorem non postularit, propter ætatis lubricum pœnam evitat: adeòque ipsi successio filii minimè denegatur: cùm hæc pœna in majoribus tantùm matribus obtineat, uti rescripserunt Imperatores Diocletianus & Maximianus *in l. 2. C. si adversus delictum, &c.* Neque minor restitutionis in integrum auxilio opus habet: cum ipso jure tuta sit, & à pœna hâc privationis excusetur, *argum. d. l. 2. C. dict. tit. & l. penult. C. ex quibus caus. infamia irrogatur. Forster. lib. 7. de successionibus ab intest. cap. 16. num.* 5.

Nec obstat *l. 1. C. si adversus delict.* ubi minor ad 3
evitandam pœnam delicti, à se commissi, non tutus est ipso jure, sed restitutionis ope indiget. *Namque* lex illa loquitur de delicto, quod consistit in faciendo, & citra dolum malum perpetratum fuit: nos autem hic agimus de delicto, quod omittendo saltem admissum est. Itaque nostro in casu mater minor ipso jure excusatur à pœnâ, nec restitutionis beneficio opus habet.

Porrò non mater tantùm, sed & avia, tam materna, 4
quàm paterna, si non petierit tutorem nepotibus pupillis intra annum, eorum successione privatur, *præallegatâ leg. 2. §. filiis autem. 28. ff. ad Senatusconsultum Tertyllianum. Bartolus in dict. leg. 2. §. si mater. 23. ff. eodem. & in leg. 2. in princ. ff. de vulgari & pupill. substit. Paulus de Castr. Cornelius, & alii in leg. sciant. 10. Cod. de legitimis heredibus. Parisius consilio. 84. volum. 2. Forsterus dict. lib. 7. cap. 16. num. 11. & Grassus in lib. recept. sentent. §. successio ab intestato. quæst. 28*

§. Licèt autem. 7.

§. 7. Licèt autem vulgò quæsitus sit filius filiavè: potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.

SUMMARIA.

1 *Mater non solùm justis liberis, verùm etiam vulgò quæsitis succedit.*
2 *Mulieribus illustribus castitatis observatio præcipuum debitum.*
3 *Matrem illustrem filii sui spurii hereditatem petere posse, communiter obtinuit.*

Ex

Digitized by Google

1 EX Senatusconsulto Tertylliano mater non legitimis solùm & justis liberis, verùm etiam spuriis & vulgò quæsitis, cùm ea cognata & naturâ mater sit, succedit, *hoc* §. & *l. 2. §. 1. ff ad SC. Tertyll. & l. si spurius. 4. ff. unde cognati.* Et quamvis Accursius hic, Mynsingerus, & alii tradant, matrem illustrem ab hereditate filii spurii re-
2 pellendam esse: eò quòd in mulieribus illustribus, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est, nominari spurios, satis ignominiosum, satisque acerbum sit. *l. si qua*
3 *illustris. 5. C. ad SC. Orphit.* attamen cum nihil singulare de matre illustri hac in parte, jure nostro sit cautum, eam filii sui spurii hereditatem petere posse, communiter, & quidem rectè, receptum est, ut, *post Angel. in §. præferuntur. 3. s. hoc tit. & Matthæsyllan. in tr. de success. ab intest. 2. membro secundi articuli principal. num. 5.* docuit Schneidew. *s. in tit. de heredit. quæ ab intest. defer. in secundo ord. succed. num. 48. & nos etiam attigimus s. in princ. d. tit. de hered. quæ ab intest. defer. num. 400.* Et eâ de re uberius scripsit Valentinus Forsterus *libr. 7. de successionib. ab intest. cap. 17. num. 5. & sequentib.*

DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO.

TIT. IV.

Principium Tituli, cum §. 1.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo consulibus effectum est, divi Marci temporibus: & data est tam filio, quàm filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sint: & præferuntur consanguineis & agnatis defunctæ matris.

§. 1. Sed cùm ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur: postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

SUMMARIA.

1 *Continuatio hujus tit. ad præcedentem: & Senatusconsultum Orphitianum à quo, & quando factum.*
2 *Prætor non juvare solet eos, quibus jure civili est prospectum.*
3 *Patriæ potestatis effectus.*
4 *Quare nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocetur.*

1 IN proximè præcedenti titulo explicatum est: quomodo ex Senatusconsulto Tertylliano mater filio succedat: nunc vice versâ, qua ratione filius ex Senatusconsulto Orphitiano (quod factum est, imperantibus Marco Ælio sive Aurelio patre, & ejus filio Antonino sive Commodo, circa annum Christi 180. Cornelio Scipione Orphitio, & Velio Rufo Consulibus: adeòque ab auctore suo nomen est sortitum; ut Balduinus, Wesenbecius, Mynsingerus, Hotomanus & Tuningius hic notant) ad matris hereditatem veniat, subtexitur. Etenim ante hoc Senatusconsultum liberis, in patris potestate constitutis, ad matris successionem nullus patebat aditus, neque jure civili, neque Prætorio. Non quidem jure civili: quia nec jus sui, nec jus agnationis inter eos erat, *ut supr. in principio ti-*
2 *tuli proximi dictum.* Non etiam jure Prætorio, per bonorum possessionem *Unde cognati*: quia Prætor non juvare solebat eos, quibus jure civili erat prospectum. Liberis autem in potestate jure civili deferebatur successio patris. Sed tamen si emanciparentur liberi à patre: matri jure Prætorio, ut proximi cognati, id est, tertio ordine succedebant. Cæterùm ex hoc Senatusconsulto filius & filia ad bona matris intestatæ, ante ejus consanguineos agnatosque, admittuntur; quamvis patris in potestate sint, *hic & l. 1. l. matris 4. & l. penult. ff. ad Senatusconf. Tertyllian.* Hujus ratio est: quia hæc successio non patriâ potestate, aut ratione civili, sed potiùs ratione naturali; nimirum jure sanguinis nititur. Ex quâ ratione & illud resultat, quòd vulgò quoque quæsiti & ex concubinis nati ad matris successionem admittantur, ut constat ex §. *novissimè. 3. infra hoc tit.* item quòd fratres ac sorores, etiam uterini, sive diversis ex matrimoniis nati, matri succedant. *d. l. matris. 4. ff. ad Senatusconsul. Ter-*
tylliani. Nec adversatur, quòd si liberi sint in potestate, 3
hereditas matris non maneat penes liberos, sed transeat ad eum cujus juri subjecti sunt, videlicèt ad patrem, *l. placet. 76. ff. de acquir. vel omitt. hereditat.* Nam id fit non ratione successionis, sed ratione patriæ potestatis, per quam omnia patri acquiruntur. Quod tamen de jure veteri, sive de tempore Senatusconsulti hujus tantum intelligendum est: posteriori siquidem jure bona materna, quoad proprietatem, ad liberos pertinent, *§. 1. supr. per quas pers. cuique acquir. & l. 1. C. de bonis matern.*

Ut autem ex Senatusconsulto Tertylliano sola mater fi- 4
lio, & non avia nepoti; ita & contra ex hoc Orphitiano solus filius matri, & non nepos aviæ, succedit, *§. 1. hoc tit.* Sed postea Principum constitutionibus, quæ circa hoc Senatusconsultum factæ sunt, id emendatum est: ut non tantum filius & filia ad matris, sed etiam nepotes & neptes ad aviæ intestatæ successionem admittantur: quamvis avia nepotibus non succedat, *l. si defunctus. 4. Cod. Theodos. de legitim. heredibus.* Ratio differentiæ, cur nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocetur, hæc est: quia hereditas magis debetur descendentibus sive liberis, quàm ascendentibus, hoc est parentibus, *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testament. & l. scripto. 7. in fine. ff. si tabul. testament. nulla extab.* Verùm jure novissimo parentum & liberorum mutua successio in infinitum habet locum, *Novell. 118. cap. 1. & 2. & abundè expositum in princip. sup. t. de hereditatibus, quæ ab intest. deferunt. num. 55. & seqq. item n. 367. & sequentibus.*

§. Sciendum. 2.

§. 2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orphitiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi; propter illam regulam, quâ novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

SUMMARIA.

1 *Hereditates veteres legitimæ, capitis deminutione minimâ perimuntur: novæ non item.*
2 *Capitis deminutio, ut civilia, tollit civilia; non verò naturalia.*
3 *Veteres hereditates, itemque novæ, unde nomen habeant.*
4 *Maximâ & mediâ capitis deminutione pereunt quoque jura cognationis.*

HEreditates legitimæ veteres capitis deminutione minimâ, hoc est, emancipatione perimuntur: novæ 1
verò hereditates legitimæ eâdem capitis deminutione non pereunt, *hoc §. & l. 1. §. capitis. 8. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian. l. capitis. 11. ff. de suis & legitim. hered. l. tutelas. 7. ff. de capite minut.* Ratio discriminis evidens est: quia veteres hereditates tantum respectum habent ad causam civilem, nimirùm ad jus potestatis & agnationis: novæ autem tantum considerant causam naturalem, putà jus cognationis & sanguinis, *ut sentiunt hic Balduinus, Henricus Schilbock. &*

2 *Ciphanius.* At capitis deminutio, ut civilis, tollit civilia; naturalia non item, *§. ult. ſ. de legit. agnat. tutel. l. jura*
3 *ſanguinis.* 8. *ff. de regul. jur.* Cæterùm veteres hereditates à veteri lege duodecim tabularum, ut novæ à novis legibus ſive Senatuſconſultis, ex quibus deferuntur, no-
4 men habent, *l.* 1. *&* 3. *ff. de petitione hereditat.* Porrò notanter ſuperius dictum eſt: capitis deminutione minimâ veteres duntaxat hereditates perimi. Nam maximâ & mediâ capitis deminutionibus etiam jura cognationis; ac proinde ſucceſſiones quoque novæ, ex novis legibus natæ, pereunt. *§. quod autem.* 6. *ſupr. de capit. deminut.* effectus, inquam, illius cognationis tollitur, non ipſa cognatio, quæ eſt planè naturalis, *docente Rittershuſio hic in fine. pag.* 357.

§. Noviſſimè. 3.

§. 3. Noviſſimè ſciendum eſt; etiam illos liberos, qui vulgò quæſiti ſunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconſulto admitti.

SUMMARIA.

1 *Spurii ex Senatuſconſulto Orphitiano matri ſuccedunt.*
2 *Ratio Senatuſconſulti.*
3 *Liberi, ex damnato coitu procreati, ab omni ſucceſſione excluduntur.*

1 QUemadmodum ex ſuperiori Senatuſconſulto Tertylliano mater filio ſpurio ſive vulgò quæſito ſuccedit: ita ex hoc Senatuſconſulto Orphitiano ſpurius ad hereditatem matris admittitur, *per hunc §. & l.* 1. *§.* 2. *ff. ad Senatuſconſ. Tertyllian.* niſi mater illuſtris ſit, & liberos ex juſtis nuptiis procreatos habeat, *l. ſi qua illuſtris.* 5. *Cod. Senatuſconſult. Orphitian.* Id quod explicatius tractavimus *ad prima principii tit. ſupr. de hereditatib. quæ ab inteſt. defer.*
2 *num.* 358. *& ſeqq.* Ratio utriuſque Senatuſconſulti jam aperta eſt: quia ſucceſſio utrumque nititur cauſâ & ratione naturali, id eſt, jure ſanguinis, *ut ſupr. in introductione tit. dictum num.* 2. Jus autem ſanguinis, hoc eſt, naturalis cognatio tam eſt in liberis injuſtis, & vulgò quæſitis, quàm juſtis & legitimis, *argum. l. jura ſanguinis.* 8. *ff. de reg. jur.*
3 At verò ex punibili, damnatoque coitu ſuſcepti; quales ſunt ex adulterio nati, inceſtuoſi & ſimiles, à ſucceſſione omni prorſus alieni habentur, *Novell.* 74. *cap. ultim. Graſſ. in libr. recept. ſententiar. §. ſucceſſio ab inteſtato. quæſtion.* 20. *num.* 4. *Hottoman. Pyrrh. lib.* 1. *quæſt.* 42. *& expoſitum ſupr. in d. principio tit. de hereditatib. quæ ab inteſt. defer. num.* 347.

§. Si ex pluribus. 4. & ult.

§. 4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiſerint hereditatem, vel morte, vel aliâ causâ impediti fuerint, quò minùs adeant: reliquis, qui adierint, accreſcit illorum portio: & licèt antè deceſſerint, quàm accreſceret; ad heredes tamen eorum pertinet.

SUMMARIA.

1 *Jus accreſcendi quid ſit.*
2 *Nemo pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, decedere poteſt.*
3 *Jus accreſcendi in quibus locum habeat.*
4 *Hereditas legitima ſemper proximiori defertur.*
5 *Jus accreſcendi tranſmittitur ad heredes: ejuſque ratio.*
6 *Beneficia realia ad heredem tranſeunt.*

1 JUs accreſcendi, *de quo hic agit Juſtinianus*, dicitur: quando portio unius heredis, non adeuntis hereditatem, aliis coheredibus adeuntibus, etiam invitis ac nolentibus, accreſcit. Cur invitis ac nolentibus? Primùm quia abſonum atque ineptum eſt, ejuſdem hereditatis partem agnoſcere, & partem reſpuere. *l. unic. §. his ita definitis.* 10.
2 *C. de caduc. tollend.* Deinde quia (*quæ ratio propria eſt hereditatis ex teſtamento delatæ*) nemo pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedere poteſt. *§. hereditas.* 5. *ſ. de heredibus inſtituend. l. jus noſtrum.* 7. *ff. de regul. jur.* *De utrâque hac ratione egregiè Duarenus lib.* 1. *de jure accreſcend. capit.* 2. *Paulus Æmilius Gallus in tract. de exceptionib. in ſucceſſ. tam ab inteſt. quam ex teſtam. part.* 3. *tit.* 2. *except.* 3. *num.* 1. *& ſeqq. fol.* 561. De hoc autem accreſcendi jure duæ inſignes breviter notandæ ſunt ſententiæ. Prior eſt: huic juri locum 3
eſſe non ſolùm in hereditatibus ex teſtamento. *d. §. hereditas. & §§. ſeqq. ſ. de hered. inſtit.* in legatis & fideicommiſſis, *§. ſi eadem res.* 8. *ſupr. de leg.* & in bonorum poſſeſſione, *l.* 3. *§. ult. & tribus legibus ſeqq. ff. de bonor. poſſeſſionib.* ſed etiam in hereditatibus legitimis, ſive ab inteſtato delatis. *l. ſi ex pluribus.* 9. *ff. de ſuis & legit. hered. l.* 1. *§. ſi nemo.* 9. *ff. ad Senatuſconſ. Tertyllian. l. ſi Titio.* 61. *§.* 1. *ff. de legat.* 2. *Paul. lib.* 4. *ſentent. tit.* 8. *§. ultim.* Ratio, cur in hereditate legitimâ jus accreſcendi locum habeat, hæc eſt: Tum quia eodem in gradu qui ſunt, conjuncti eſſe reputantur; velut duo fratres, duo filii, &c. ita ut omnibus ejuſdem gradûs tota hereditas deberi, ac non niſi concurſu ſcindenda videatur, *Duaren. d. lib.* 1. *de jure accreſcend. cap.* 1. *&* 14. Tum quia hereditas 4
legitima proximiori ſemper defertur, *Paul. d. tit.* 8. *§. in hereditate, &c.* Eſt autem abſurdum, ut unius hereditas diverſo jure cenſeatur, id eſt, partim ad proximiorem, partim ad remotiorem pertineat, *l. eum, qui ædes.* 23. *& l. rerum mixtura* 30. *§. ultim. ff. de uſurpat. & uſucap.* Al- 5
tera ſententia eſt: jus accreſcendi tranſmitti ad heredes; *d. l. ſi ex pluribus.* 9. *ff. de ſuis & legit. hered. l. hæc ſcriptura.* 26. *§.* 1. *ff. de condit. & demonſtrat. d. l. unic. §. his ita. Cod. de caduc. tollend.* Ut pone: Tres ſunt heredes ab inteſtato. Duo hereditatem adeunt: tertius verò repudiat. Hujus tertii deficiens portio reliquis duobus, hereditatem adeuntibus, accreſcit. Et licet reliqui duo, qui adierunt, antè mortui fuerint, quàm portio tertii accreſceret: tamen ad heredes eorum tertii portio deficiens tranſmittitur, *hoc §. noſtro, in fine.* Ratio, cur jus accreſcendi tranſeat ad heredes, hæc eſſe videtur: quia jus illud reale eſt, ſive ad rerum acquiſitionem pertinet, *l. ſi totam.* 81. *ff. de acquir. vel omitt. hered. Giphanius & Schubock. hic circa finem.* Atqui beneficia, quæ rei cohærent, non 6
perſonæ, ad heredem tranſeunt. *l. privilegia.* 196. *ff. de regul. jur. & notat. Rittershuſius hic in fine. pag.* 358.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TIT. V.

Principium Titul. cum §. 1. 2. 3. & 4.

Poſt ſuos heredes, eoſque, quos inter ſuos heredes Prætor & conſtitutiones vocant, & poſt legitimos (quo numero ſunt agnati, & hi, quos in locum agnatorum tam ſupradicta Senatuſconſulta, quàm noſtra erexit conſtitutio) proximos cognatos Prætor vocat.

§. 1. Qua parte naturalis cognatio ſpectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti ſunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, ſed à Prætore tertio ordine vocantur: exceptis ſolis tantummodo fratre & ſorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anaſtaſiana cum fratribus integri juris conſtitutis, vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, ſive ſororis: non æquis tamen partibus, ſed cum aliqua deminutione, quam facile eſt ex ipſius conſtitutionis verbis colligere. Aliis verò agnatis inferioris gradûs, licèt capitis deminutionem paſſi non ſunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.

§. 2. Eos

§. 2. Eos etiam, qui per fœminini ſexûs per-
ſonas ex tranſverſo cognatione junguntur, ter-
tio gradu proximitatis nomine Prætor ad ſucceſ-
ſionem vocat.

§. 3. Liberi quoque, qui in adoptivâ familiâ
ſunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc
eodem gradu vocantur.

§. 4. Vulgò quæſitos, nullos habere agna-
tos, manifeſtum eſt: cùm agnatio à patre ſit,
cognatio à matre: hi autem nullum patrem ha-
bere intelligantur. Eâdem ratione ne inter ſe
quidem poſſunt videri conſanguinei eſſe: quia
conſanguinitatis jus ſpecies eſt agnationis. Tan-
tum ergò cognati ſunt ſibi, ſicut & matri cogna-
ti ſunt. Itaque omnibus iſtis ex eâ parte com-
petit bonorum poſſeſſio, quâ proximitatis nomi-
ne cognati vocantur.

S U M M A R I A.

1 *Ordinis ratio, ſeu continuatio.*
2 *Qui tertio cognatorum ordine ſuccedant.*
3 *Civilis ratio civilia jura corrumpit, naturalia non item.*
4 *De lege Anaſtaſii Imperatoris.*
5 *Quibus cognatis Prætor bonorum poſſeſſionem polliceatur.*
6 *Proximitatis verbum quid hic ſignificet.*
7 *Liberi adoptivi quatenus ad naturalis patris hereditatem vocentur,*
8 *Ceſſat Prætorium & extraordinarium auxilium, ubi eſt ordinarium.*
9 *Liberi vulgò quæſiti quo ordine ſuccedant.*
10 *Vulgò quæſiti nullum patrem habere intelliguntur.*

1 EXpedito primo, qui eſt ſuorum heredum: itemque
ſecundo, qui eſt legitimorum ſeu agnatorum, eorum-
que, qui his annumerari ſolent, ordine ſuccedendi civi-
li: tranſit Juſtinianus ad tertium, jure Prætorio compa-
2 ratum, qui ad cognatos pertinet. Ex his autem, qui hoc
tertio ordine ſuccedunt, primò ſunt agnati capite deminu-
ti, h.e. emancipati, & qui ex iis progeniti ſunt, §. 1. *hoc
tit. & l. legit. 5. ff. Unde cognati.* Ratio, cur hi tertio or-
dine à Prætore vocentur, hæc eſt: quia licet agnatio mini-
mâ capitis deminutione extincta ſit, adeoque emancipati,
ex iisque geniti non ampliùs inter legitimos ex lege duo-
decim tabularum habeantur, i.e. non ampliùs ſint agna-
ti; manent tamen cognati. Emancipatio ſiquidem, quæ
juris civilis eſt, cognationem, quæ ex naturâ deſcendit,
3 tollere non potuit. Nam civilis ratio civilia quidem jura
corrumpit, naturalia verò non utique, §. *ultim. ſupr. de
legit. agnator. tutel. §. minus ergo. 11. ſupr. de hered. quæ
4 ab inteſtato deferuntur.* Anaſtaſius porrò Imperator e-
mancipatum fratrem aut ſororem unà cum fratribus inte-
gri juris, id eſt, capitis deminutionem non paſſis, ſive
non emancipatis, ad legitimam fratris ſororisvè heredi-
tatem ita vocat, ut integri, hoc eſt, non emancipati,
ſinguli duplo plus accipiant, quàm emancipati: veluti, ſi
unus ſit frater non emancipatus, & alter capite minutus,
id eſt, emancipatus: non emancipatus beſſem ſive octo
uncias accipit, emancipatus verò trientem, h. e. quatuor
uncias, *l. ſi ab eo. 11. & l. ult. §. 1. Cod. de legitimis he-
redib. l. frater. 4. Cod. de legit. tutel. & hic copioſe. Theo-
philus.*

5 Deinde hoc tertio gradu ſeu ordine admittuntur ad bo-
norum poſſeſſionem Unde cognati à Prætore illi, qui per
muliebrem ſexum ſive per fœminini ſexûs perſonas ex
tranſverſo cognatione junguntur. §. 2. *hoc titul. noſtro.
l. 1. & 2. ff. Unde cognati.* ubi traditur, Prætorem natu-
rali ratione & æquitate permotum, omnibus cognatis
promittere bonorum poſſeſſionem, qui jure civili ad ſuc-
ceſſionem admitti non poterant. Rectè autem ait Impe-
rator hic *in d. §. 2.* ex tranſverſo cognatione junguntur.
Licet enim etiam in lineâ directâ ſint cognati per fœmi-
næ cognatione juncti, ut nepotes ex filiâ: hi tamen in
primo ordine hodie, & non in hoc tertio vocantur, *ut
patet ex §. penult. & ult. ſupr. de hereditatib. quæ ab inteſt.
deſer.* ubi id explicatiùs perſecuti ſumus. Porrò proximi- 6
tatis nomine hic *in d. §.* & alias ſæpe, *ut in §. 4. & ult. infr.
hoc tit. initio tit. infr. de ſervili cognat. l. ſi ſpurius. 4. ff.
unde cognati. & l. ad inteſtati. 5. C. de legitimis heredib.*
cognatio naturalis, per ſexum fœmininum inducta, de-
ſignatur: quia in hac ſola proximitas ſpectatur: & quo
quiſque gradu proximior eſt, eo jure habetur potior. Cæ-
terùm in aliis, ſuorum nimirum & agnatorum, ordini-
bus, non tam quis ſit gradu proximior, quàm quis ſuus,
quisvè agnatus ſit, conſideratur: atque ita remotior in-
terdum proximiorem excludit, ut docent Weſenbecius,
Ritterhuſius & Tuningius *in d. §. 2. hoc tit.*

Tertiò, liberi quoque adoptivi ad naturalium parentum 7
hereditatem hoc cognatorum ordine vocantur, *§. liberi.
3. hoc tit. d. l. 1. §. cognationem. 4. ff. Unde cognati.* Ratio,
cur hi tertio demum hoc cognatorum gradu vocentur, eſt:
tum quia cùm ſint emancipati, ſivè extra poteſtatem pa-
tris naturalis, non ſunt ampliùs ſui, quoad illum patrem:
tum etiam, quia Prætor eos non vocat in primo ordine
liberorum: quia cùm ſint in familiâ & poteſtate patris
adoptivi, & proinde iis jure civili ſit proſpectum: non
putavit, ſe illis ſuccurrere debere. Ceſſat enim Prætorium 8
& extraordinarium auxilium, ubi eſt ordinarium, *l. in cau-
ſa. 6. ff. de minoribus 25. ann. & dictum in §. at hi, qui e-
mancipati. 10. ſ. de hereditatibus, quæ ab inteſt. deſer.*

Denique liberi vulgò quæſiti, id eſt, ex meretrice pro- 9
geniti, hoc tertio ordine mutuò ſibi ſuccedunt, *§. vul-
gò quæſitos 4. hoc tit. l. ſi ſpurius. 4. ff. Unde cognati.* Ra-
tio clara eſt: quia cognati tantùm inter ſe ſunt, non agna-
ti. Quid ita? quoniam agnatio à patre eſt, *§. 1. ſ. de le-
gitim. agnator. ſucceſſion.* At vulgò quæſiti nullum pa- 10
trem habere intelliguntur, *d. §. 4. hoc tit. & l. vulgo con-
cepti. 23. ff. de ſtatu hominum.* Ex quo ſequitur, eos inter
ſe quoque conſanguineos non eſſe. Nam conſanguinei vo-
cantur fratres ex eodem patre nati: & conſanguinitatis jus,
agnationis ſpecies eſt, *auct. Juſt. in d. §. 4. hoc tit.* Quam-
obrem vulgò quæſiti, nec conſanguinei, nec agnati, ſed
ſolummodo cognati, tum inter ſe, tum matri eſſe dicun-
tur, *l. 2. & d. l. 4. ff. Unde cognati. Idque paulo latiùs ex-
plicat Petrus Oſtermann. hic in ſuis rationalibus. p. 37.*

§. Hoc loco. 5.

§. 5. Hoc loco & illud neceſſariò admonen-
di ſumus: agnationis quidem jure admitti ali-
quem ad hereditatem, etſi decimo gradu ſit: ſi-
ve de lege duodecim tabularum quæramus, ſi-
ve de edicto, quo Prætor legitimis heredibus da-
turum ſe bonorum poſſeſſionem pollicetur.
Proximitatis verò nomine iis ſolis Prætor pro-
mittit bonorum poſſeſſionem, qui uſque ad
ſextum gradum cognationis ſunt, & ex ſeptimo
à ſobrino ſobrinaque nati natævè.

S U M M A R I A.

1 *Agnati uſque ad decimum, cognati uſque ad ſextum tantùm
gradum ſuccedunt: niſi ex ſobrino, ſobrinâve deſcenderint.*
2 *Quæ ſit ratio hujus differentiæ.*
3 *Hodie & agnati & cognati in infinitum ſuccedunt: ſalvâ tamen
ſemper gradus prærogativâ.*

EXponitur hic egregia inter agnatos & cognatos in ſuc- 1
ceſſione differentia: agnatos ſcilicet, qui per maſcu-
lum nos contingunt, ad hereditatem venire, etſi decimo
gradu ſint, hoc eſt, admitti in infinitum (neque enim iſta
hujus §. verba, *etſi decimo gradu* ſit: hoc innuunt, quòd
agnationis jure uſque ad decimum ſolum gradum ſucce-
datur, ſed exempli causâ ponuntur pro longiſſimo gradu,
*§. cæterùm. 3. ſ. de legit. agnat. ſucceſſ. §. fin. inf. de ſer-
vili cognat.*) cognatos verò, id eſt, per fœmininam lineam
conjunctos, uſque ad ſextum tantum gradum ſuccedere:
niſi nati ſint ex ſobrino, vel ſobrinâ. Hi enim ſoli etiam
ex ſeptimo gradu admittuntur. *l. 1. §. hæc autem. 3. ff.
unde cognati.* cùm quia velut deſcendentes ſint, quibus

 potiùs

Digitized by Google

potiùs hereditas, quàm collateralibus debetur: tum quoniam frequentiùs naturâ evenit, ut hi superstites sint, quàm alii ejusdem gradûs ex patruis & patruelibus, *teste hic We-*
2 *senbecio num.* 3. Ratio autem differentiæ, quare agnati ad hereditatem in infinitum, cognati usque ad sextum duntaxat vel septimum gradum inclusivè admittantur, hæc est: quia in agnatione ratio civilis & jus familiæ, in cognatione jus sanguinis sive natura spectatur. Jam verò jus familiæ porrigi & produci potest in infinitum. At natura non patitur, ut vita cognatorum ultra septimum gradum consistat, aut vix eò pertingat, sive in directo limite, sive in transverso, *l. non facile.* 4. *ff. de gradib. & affinib. Paul. lib.* 4. *sent. tit.* 11. §. *ult. Isidor. lib.* 9. *cap.* 6. *Giphanius in hoc* §. Sed & illa fortean ratio assignari poterit: tum quia post agnatos veniunt cognati: ac proinde frustrà multiplicarentur gradus cognationis. Tum quia minùs indulgendum fuit bonorum possessioni, quàm successioni civili, *notante hic Marcilio. Vide tamen [illegible] aliter explicantem Bachovium hic num.* 1. *pag.* 672. *& seq.*
3 Porrò cùm hodie in successionibus, agnationis & cognationis discrimen obliteratum sit: in infinitum & cognati cum agnatis venient ad successionem: salvâ tamen semper gradûs prærogativâ, ut qui prior in gradu sit, potior etiam in successione habeatur, *Novell.* 118. *cap.* 4. *Anton. Matth. hic in suis Not. Vering. in bibliotheca Jurisconsultorum tom.* 3. *verb. agnati. num.* 47. *fol.* 1170. *& explicatum ejus in prim. tit. de hereditatib. quæ ab intest. deferuntur. num.* 58. 449. *& sequente.*

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

TIT. VI.

Principium Tituli.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Qua in re inprimis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororumvè, & eorum, qui quævè ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

SUMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli cum præcedente.*
2 *Disputationis de gradibus cognationum, triplex maximè [illegible] civilis usus.*
3 *Tutelæ ad proximos agnatos pertinent.*
4 *Contra affines & agnatos inviti dicere testimonium non cogimur.*
5 *Graduum utilitas insignis in contrahendis matrimoniis.*
6 *Gradus unde, & quid sit? & n.* 11.
7 *Nulli affinitatis sunt gradus: hujusque ratio.*
8 *Lectio & sensus l. ult. ff. de gradib. & affinib.*
9 *Cognati unde sic dicti.*
10 *Cognationis triplex linea sive ordo parentum, liberorum, & propinquorum.*
11 *Directæ & transversæ lineæ à quo gradu incipiant.*
12 *Inter fratres & sorores una est generatio.*

1 Quia paulò ante dictum est: agnatos, etiamsi decimo gradu sint, succedere: cognatos usque ad sextum vel septimum: sequens fuit exponere, quoto quique ex his sint gradu: ut inde intelligi possit, qui quibus in
2 successione præferantur. Est autem disputationis de gradibus cognationum triplex potissimùm jure civili usus. Primus cernitur in hereditatibus, quæ eo jure proximis agnatis deferuntur: ut cognatis jure Prætorio. §. *si plures.* 5. *supr. de legit. agnat. succession. initio. tit. proximè præcedentis. Novell.* 118. *c.* 3. *in fine.* Alter est in tutelis, quæ & 3
ipsæ ad proximos agnatos pertinent, *de quibus supr. de legit. agnator. tutel. & §. ult. s. de capitis deminut.* Ter- 4
tius est in lege publicorum judiciorum, quâ contra affines & agnatos testimonium inviti dicere non cogimur. *l. lege Julia.* 4. *ff. de testibus.* Et has tres utilitates adfert ipse Pau-
lus *in l. ult. in pr. ff. de gradib. & affinib.* Est & quarta uti- 5
litas, eaque insignis in contrahendis matrimoniis, de quâ Alexander Papa secundus *in can. ad sedem.* 35. *q.* 5. ubi reprehendere videtur Jurisconsultos, quòd hanc omiserint utilitatem, quam tamen solam spectent canones. Sed immeritò reprehendit. Nam non omnem illi graduum mentionem & usum in nuptiis prætermiserunt, *ut patet ex §. inter eas.* 2. *& §. seq. sup. de nupt. & l. per adoptionem.* 17. § 2. *de ritu nuptiar. Vide D. Besoldum in thesauro pract. lit. G. num.* 64. *pag.* 358. *& Georgium Schultz. in expositione arboris consanguinitatis & affinitatis in proœ-*
mio. Gradus autem μεταφορικῶς hoc loco dicitur, ductâ 6
similitudine à scalis, vel locis proclivibus, quos per gradus ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus. *d. l. ult.* §. *gradus.* 10. *ff. de gradib. & affinibus.* nihilque aliud est, quàm generatio personæ, sive intervallum cujusque generationis cognatorum. §. *hactenus.* 7. *infr. hoc tit.* Etenim cùm quæritur, quoto gradu hic distet ab illo: hoc quæritur, quotâ generatione illum contingat? *Verbi gratiâ*, cum quæro, quoto gradu distet pater à filio, quoto filius à patre, vel quoto frater a fratre: hoc solùm quæro, quot generationes inter filium & patrem, aut inter duos
fratres intercedant? Hinc est, quòd Modestinus Jurecon- 7
sultus respondet, nullos esse affinitatis gradus. *d. l. non facile.* 4. §. *gradus.* 6. *ff. de gradib. & affinibus.* Ratio, cur sint nulli, hæc est: qui nullæ sunt generationes: quippe cùm affines nequaquam nascantur ex affinibus, sicuti cognati ex cognatis, sed matrimonio fiant. Affinitatis siquidem principium faciunt conjuges, maritus & uxor: qui arctissimâ conjunctione juncti, unum corpus fiunt. *Genes. cap.* 2. *v.* 23. *Matth. c.* 19. 1. *Corinth. cap.* 14. *& c.* 6. *v.* 16. *Ephes. c.* 5. *v.* 28. 29. 31. 33. *Nov.* 22. *in præfat. l. [illegible]* 28. § 2. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* & ab utraque parte suos cognatos, alter alteri devincit & affines efficit, eo gradu quo à se in cognatione distant. *d. l.* 4. §. *sed quoniam.* 3. *vers. affines sunt. ff. de gradib. & affinib. Althus. lib.* 1. *Dicæolog. cap.* 7. *num.* 32. *pag.* 20. Quare malè in vulgaribus libris & exemplaribus legitur, *de gradibus affinitatis & consanguinitatis*: rectè verò in Pandectis Florentinis, *de gradib. & affinibus*: de gradibus, scilicet cognationum [illegible] *hic*. Et ita Paulus quoque *libro.* 4. *sentent. tit.* 11. simpliciter concepit, *de gradibus.*

Nec obloquitur *dict. l. ult. ff. eod.* in cujus principio 8
habetur, Jurisconsultum nosse debere cognatorum gradus & affinium. *Hic* namque locus (*ut hic monet Cujacius in suis notis*) emendandus videtur, & legendum: *gradus & nomina.* Sic enim ipsa inscriptio legis est: *de gradibus & affinibus.* Nisi quis fortè ibi nomine tantùm seu abusivè, non propriè & reipsa gradus affinitatis nominari existimet, *quemadmodum hic ad Rubricam Wesenbecius.* Vide quoque Julium Pacium *centur.* 6. ἐναντιοφανῶν *quæst.* 71. *& Iacobum Curtium tom.* 1. *conjectur. lib.* 3. *c.* 7. *itemque Theodorum Marcilium hic, p.* 436. *ubi paulo fusius eâ de re disputat.*

Porrò cognati ab eo dici putantur, quòd quasi unà 9
communiterve nati, vel ab eodem orti, progenitivè sint, *auctore Modestino in dict. l. non facilè.* 4. §. 1. *ff. de gradib.*
Et cognationis vocabulum hic generali significatione ac- 10
cipiendum est, ut tam agnatos, quàm cognatos, sive tam agnationem, quàm cognationem in specie sumptam, complectatur. *dict. l. ult.* §. 1. *& 2. ff. dict. tit. Mynsingerus. hic in Rubr. num.* 3. Ejusque triplex perhibetur linea seu ordo: superior, qui est parentum: inferior, qui est liberorum: & ex transverso, sive a latere, qui est fratrum sororumvè liberorumque eorum, sive agnatorum & cognatorum. *hic & l.* 1. *princip. ff. eod. tit.* Quidam subtiliùs ita distinguunt: primum, ut duo sint limites sive ordines cogna-

cognationis; directus & transversus sive obliquus: deinde, ut directus subdividatur in lineas duas, superiorem & inferiorem, *Paulo in l. stemmata. 9. ff. de gradib. & affinib. Giphanius hic in verb. qui in re superiori, &c.* Verùm sive initiò cognationem in duos limites, transversum & directum dividas, & directum rursus in duas lineas, superiorem videlicet, & inferiorem subdividas; sive duas hasce divisiones conjungas, & tres lineas seu ordines, superiorem, inferiorem, & transversum facias: eòdem res recidit. Nam semper verum est, triplicem cognationis esse ordinem: parentum, liberorum, & propinquorum, id est, agnatorum & cognatorum. *Tanaus Faber. disp. 21. ad Inst. Imperial. th. 14. Atque de multiplici cognationis divisione consulatur Ambrosius Schurerus in tr. de hereditatibus. quæ ab intest. defer. in explicat. de gradibus consanguinitatis, &c. loc. 4. pag. 455. & seqq.*

11 Cæterum directum limitem incipere à primo gradu, in quo est pater & filius; transversum à secundo, in quo est frater & soror, Cajus *in d. l. 1. §. 1. ff. de gradib. & affinib.* asserit: Justinianus hic confirmat. Ratio hujus differentiæ inter directum & transversum limitem, est illa: quoniam (*ut superius dictum num. 6.*) gradus nihil est aliud, quam generatio: sive quia gradus ex generatione

12 oritur. Inter fratres autem & sorores cum non sit generatio, (non siquidem frater fratrem progenerat) nec gradus esse potest. Itaque ut in transverso limite reperiatur gradus: inquirenda est generatio, hoc est, ascendendum est ad eos, à quibus fratres sunt generati: ut sunt pater & mater, qui in primo constituti sunt gradu: unde statim ad fratrem & sororem pervenitur, secundusque gradus efficitur, *d. l. ultim. §. nam quotiens. 9. in fine. ff. de gradibus & affinib.* Videatur Franciscus Hotoman. *hic, entme. 3.* & planius explicabitur *in dict. §. hactenus. 7. infr. hoc t.*

§. Primo gradu. 1. cum aliquot sequentib.

§. 1. Primo gradu est suprà, pater, mater: infrà, filius, filia.

§. 2. Secundo gradu suprà, avus, avia, infrà, nepos, neptis: ex transverso, frater, soror.

§. 4. Tertio gradu suprà, proavus, proavia: infrà, pronepos, proneptis: ex transverso, fratris sororisque filius, filia; & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Græcè πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur: & uterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατραδέλφη appellatur. Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur: & utraque promiscuè θεία appellatur.

§. 4. Quarto gradu suprà, abavus, abavia: infra, abnepos abneptis: ex transverso, fratris, sororisque nepos, neptisvè: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus, & matertera magna, id est, aviæ frater & soror: consobrinus, & consobrina, id est, qui quævè ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii, consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

§. 5. Quinto gradu suprà, atavus, atavia: infrà, atnepos, atneptis: ex transverso, fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror, & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

§. 6. Sexto gradu sunt suprà, tritavus, tritavia: infrà, trinepos, trineptis: ex transverso, fratris sororisque, abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater & soror: item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ, nepos, neptis: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia: item sobrini, sobrinæ, id est, qui quævè ex fratribus vel sororibus, patruelibus vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.

SUMMARIA.

1 *Pater quis, & unde dicatur; quæ item mater, & unde.*
2 *Patris & matris appellatione quando avus & avia contineantur.*
3 *Filius quis, & unde vocetur.*
4 *Filii nomen interdum latè, quandoque angustè sumitur.*
5 *Primo cognationis gradu quot personæ contineantur.*
6 *Secundus gradus quot complectatur personas.*
7 *Soror appellatione fratris quatenus veniat.*
8 *Appellatione sororis nunquam includitur frater: & cur.*
9 *Exemplo pessimum est, fœminino sermone masculos contineri.*
10 *Jus defensionis & imperium domesticum ad masculos pertinet.*
11 *Masculinus sexus in omni rerum genere est principium & creatura perfectior.*
12 *Tertius cognationis gradus quot personas comprehendat.*
13 *Avunculus unde derivetur.*
14 *Amita unde dicatur.*
15 *Matertera unde.*
16 *Patruus unde.*
17 *θεῖος & avunculum & patruum promiscuè significat.*
18 *In quarto gradu quot personæ numerentur.*
19 *An appellatione patrui veniat patruus magnus.*
20 *Qui patrueles, consobrini, itemque amitini dicantur.*
21 *Quinto gradu quot contineantur personæ.*
22 *In sexto gradu quot personæ reperiantur.*
23 *Tritavus unde sit dictus.*
24 *Septimus gradus quot personas complectatur.*

PAter & mater (dicti à vocibus, quas primas infantes edunt *Pa* & *Ma*, priore viros, alterâ mulieres omnes consalutare soliti, auctore Jacobo Curtio, *tom. 1. conjecturar. cap. 47.*) in cognationis lineâ superiore, filius & filia in inferiore primum gradum obtinet. *l. ult. §. primo. gradu. 12. ff. de gradib. & affinib.* Pater est, qui aliquem genuit: mater est, quæ peperit. Hæc certissima est: ille incertissimus: & is dicitur, quem justæ nuptiæ designant. *l. quia semper. 5. ff. de in jus vocando.* Patris autem nomine demonstrari quoque avum, à Juliano responsum est, *l. justa. 201. ff. de verborum significatione.* Quod tamen in his maximè procedit, quæ benignè accipienda, & interpretatione adjuvanda sunt. Nam quoties de odio tractatur: appellatione patris & matris, avus & avia non continentur. *l. lege Julia. 44. §. 1. ff. de ritu nupt. l. patre. 20. ff. ad legem Juliam de adult. & refert ex Bartolo & Baldo Mynsingerus hic num. 1. in §. 1.* Avum Festus ait dictum vel ductum, à Græca voce πάππος, quæ significat avum sive paternum vel maternum: vel, quòd ad duos attineat, quasi ad avum, vel quia ad patrem sit additus. Isidorus *lib. 8. orig. 5.* avum dictum scribit ab ævo, id est, antiquitate: *quem refert Bachovius hic num. 1. pag. 674.* Filius (ἀπόγονος dictus, vel à Græco vocabulo υἱός aspiratione in digamma, quod Latino

Latino F simile, conversâ, *Iac. Curt. loco præallegato*) est, definitore Ulpiano, qui ex viro & uxore ejus nascitur. *l. filium. 6. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt*, vel jure filii loco adoptatur. *l. 1. l. cùm nepos. 6. l. adoptiones. 43. ff. de ado-*
4 *ptionib.* Et filii quoque nomen in jure nunc latius patet,
& non solùm filium, sed etiam nepotem per interpretationem comprehendit; nunc angustius de filio tantum dicitur. *dict. l. justa. 201. & l. filii. 84. ff. de verborum signification. ibidemque eleganter Alciatus, Fornerius, Brechæus, & Gœddæus, num. 2. aliique nonnulli ab hoc allegati.* Pri-
5 mo igitur cognationis gradu quatuor personæ, nomine
differentes, continentur: sursum versus duæ: pater & mater: deorsum versus itidem duæ: filius & filia. Qui tametsi plures esse possunt: numerum tamen graduum non augent: cùm inter se non differant: adeòque pro uno eodemque computentur. *d. l. ult. §. primo gradu. 12. ff. de gradibus. & affinibus.*
6 Secundo gradu cognationis duodecim comprehenduntur personæ: duplicatis nimirum personis, *hic in* §. 2. enumeratis. Duo namque avi sunt, & duæ aviæ, à patre scilicet & matre: nepos item ac neptis, tam ex filio, quam ex filia: frater denique & soror, tam ex patre, quam ex matre. *d. l. ult. §. secundo gradu. 13. ff. de gradib. & affi-*
7 *nibus.* Unde colligendum videtur: ex significationis
proprietate, sororem appellatione fratris non venire: nisi eadem subsit ratio. *l. tres fratres. 35. ff. de pactis. l. si ita sit scriptum. 45. ff. de legat. 2. Alciat. in l. 1. n. 2. ff. de*
8 *verb. significat.* E contra verò appellatione sororis nun-
quam includitur frater, etiamsi eadem ratio subesset quoniam certum est, quòd fœmininâ appellatione nunquam sexus masculinus, neque sermonis proprietate, neque interpretationis beneficio, contineatur. *l. servis legatis. §. 1. in princ. vers. ancillis. ff. de legat. 3. d. l. si ita sit scriptum.*
9 *45. ff. de legat. 2.* ubi hujus rationem Pomponius illam
assignat: quòd exemplo pessimum sit, fœminino vocabulo sive sermone etiam masculos contineri. Cur exemplo pessimum sit, ratio non una est: tum quia veteres soliti fuerunt per exprobrationem & irrisionem fœmineo nomine appellare eos, qui imbecilles, molliculi & effœminati erant. *Alciat. lib. 2. parerg. cap. 48. Tiraquell. ad leg. 1. Connubialem. gloss. 1. part. 1. num. 88. ubi id fusius decla-*
10 *rat.* Tum quia jus defensionis, & imperium domesticum
11 ad masculos spectat. *l. 2. ff. de injuriis.* Tum etiam, quia
masculinus sexus in omni rerum genere est principium & creatura perfectior. At si fœmininæ appellationi, ut masculos comprehenderet, tribueretur: utique indigniori & imperfectiori tribueretur id, quod κατ' ἐξοχὴν digniori, excellentiori & perfectiori deberetur: imò fœmina masculi principium, caput & tutrix, contra omnem rationem politicam, œconomicam & physicam, constitueretur. Quod cùm exemplo sit pessimum, & ipsâ re turpissimum apud mulieres, nimium maritalia imperia affectantes: meritò placuit, nequaquam fœminei sexûs appellationem ad masculum extendere: id quod pluribus exponit Gœddæus *in Commentar. ad l. 1. ff. de verbor. signi-ficat. num. 63. & subsequentibus.*
12 Tertium cognationis gradum, suprà quidem proavus:
infrà, pronepos; à latere verò fratris filius, patruus, avunculus, amita, & matertera obtinent. §. 3. *hoc tit. l. 1. §. tertio gradu. 5. ff. de gradib. & affinibus.* Tertius autem iste gradus complectitur personas triginta duas; sedecim rectas, totidemque transversas. Sunt enim suprà proavi quatuor: pater avi paterni, pater aviæ paternæ, pater avi materni, pater aviæ maternæ: totque sunt proaviæ. Infrà pronepotes sunt quatuor: filius agnati nepotis, filius agnatæ neptis, filius cognati nepotis, filius cognatæ neptis: totque sunt pronepotes. Ex transverso filii & filiæ fratris & sororis sunt octo: natus & nata ex consanguineo, natus & nata ex consanguinea, natus & nata ex uterino, natus & nata ex uterina: duo sunt patrui; fratris frater consanguineus, & frater uterinus: duæ amitæ; patris soror consanguinea, & soror uterina: duo avunculi; matris frater consanguineus, & frater uterinus: duæ materteræ; matris soror consanguinea, & soror uterina. *d. l. ult. §. tertio gradu. 14. ff. de gradib. & affinib. & notat. Myn-*
13 *singerus. in d. §. 3. hoc tit. num. 1.* Avunculus porrò ma-
tris meæ frater, traxit appellationem ab eo, quòd æquè tertius à me, ut avus est, sed non ejusdem juris: Ideoque vocabulo facta deminutio: sive avunculus appellatur, quòd avi locum obtineat, & proximitate tueatur sororis filium; quasi minor avus: *ut, post Festum tradit Bachovius hic num. 1. pag. 675.* Amita, patris mei soror (quia simi- 14
liter tertia à me est, atque avia videri potest) dicta ex eo, quòd ab antiquioribus avita sit vocitata: sive amita dicta est, quia à patre meo amata est. Nam plus sorores à fratribus, quàm fratres, diligi solent: videlicet propter dissimilitudinem personarum: quæ ideo minus habent dissensionis, quò minus æmulationis. Cæterum matertera 15
matris soror, dicta est quasi mater altera, vel quia matris loco est; uti annotarunt *post Festum, Bachovius hic num. 2.* Hotomanus *enunciat. 4.* hujusque nomine impudenter (ut ferè aliàs semper) suppresso. Tuningius *pag. 499.*) & Jacobus Curtius *d. tom. 1. Conjecturar. lib. 2. cap.*
47. Denique patruus, frater patris, ex eo vocatus est, 16
quòd patris loco sit. Vocula autem illa (θεῖος) cujus *in d.* 17
§. 3. *hoc tit.* fit mentio, cùm simpliciter ponitur: promiscuè vel de avunculo, vel patruo intelligi potest *l. cùm quis. 37. §. codicillis. 5. ff. de legat. 3.* Itaque Græci ut hanc dubitationem tollant, aliquam notam addere solent: ut apud Aeschinem in quadam ad Ctesiphontem epistolâ est, ὁ ἐκ μητρὸς θεῖος ut significetur avunculus. Apud Lucianum in Somnio itidem est μητρῷος θεῖος. Sed & Justinianus Imp. sæpenumero isthac voculâ utitur *in novella suâ constitutione. 118. cap. 3.* ut refert Balduinus, ejusque mentione dissimulatâ (ut & in plerisque locis aliis, Myn-singerus *in d. §. 3. hoc tit. num. 2.* Sanè & M. T. Cicero *lib. 2. Epistol. ad T. Pomponium Atticum. quæst. 17.* hoc nomine notat patruum, eumque minimè indulgentem. Sic enim loquitur: Attico commendans fratris sui Quinti filium: *Cura, amabo te, Ciceronem nostrum: ei nos θεῖοι videmur*: hoc est, nos illi videmur nimirùm patrui: non fert severitatem nostræ disciplinæ; propterea que nos fugit. *Balduin. d. loco.*
Quartum cognationis gradum suprà abavus; infrà ab- 18
nepos; à latere sive ex transverso fratris sororisque nepos: item patruus & avunculus magni, amita & matertera magnæ obtinent. §. 4. *hoc tit. d. l. §. quarto gradu. 6. ff. de gradib. & affinib.* Cæterùm in isto quarto gradu numerantur personæ octoginta, nempe triginta duæ rectæ, *de quibus in l. fin. §. quarto gradu, 15. in princ. ff. d. tit.* utriusque avi fratres quatuor, qui patrui magni: & tot sorores, quæ amitæ magnæ: utriusque aviæ quatuor fratres, qui avunculi magni: totidem sorores, quæ materteræ magnæ nominantur. *d. l. fin. §. 15. vers. patruus. & vers. amita, &c.* consobrini sedecim; itemque sedecim fratris atque sororis nepotes ac neptes. *d. §. 15. vers. eodem gradu. & vers. fratris, &c.* Num patruus magnus 19
veniat appellatione patrui, ambigitur? Sed probabilius est, ex propriâ verbi significatione non venire: sed tantùm per interpretationem, *arg. d. l. justâ. 201. ff. de verb. significat.* Ejusque hæc redditur ratio: quia ubi nomen cum adjuncto profertur, putà patruus *magnus*: dictio illa adjecta (*magnus*) improprietatem denotat: ut & graduum diversitatem. Pátruus namque in tertio gradu est: patruus magnus est in quarto. §. 3. & 4. *hoc tit.* Adde, quòd verba plerumque in priori significatu accipiuntur, non in posteriore, *argumento l. qui liber. 8. §. hæc verba. 1. ff. de vulgari & pupill. substit.* Et ita *sentiunt Loriotus in d. l. fin. §. quarto gradu. 15. ff. de gradib. & affinib.* eumque laudans Mynsingerus *in d. §. 4. hoc tit. num. 2.* Porrò qui 20
duobus ex fratribus nascuntur, patrueles: qui duabus ex sororibus, consobrini: qui ex fratre & sorore, amitini inter se propriè nominantur: quamvis plerique nomine generali hos omnes consobrinos vocent. *d. §. 4. hoc tit. d. l. 1. §. quarto gradu. 6. & l. ult. §. quarto gradu. 15. vers. eodem gradu. &c. ff. de gradib. & affinib.* Quòd autem Paulus *in d. §. 15. vers. fratris autem mei, &c.* fratrum sororumque nepotes neptesvè consobrinos appellitat: levi quadam fit abusione: ut, qui verè inter se sobrini sunt, dicantur simul consobrini: sicuti, si qui inter se fratres sunt, se confratres vocitarent. *Tuningius hic in d. §. ibidemque Hotoman. enunciat. 3.*

Quintum

Digitized by Google

21 Quintum gradum cognationis suprà, atavus; infra, atnepos; à latere, fratris pronepos, propatruus, proprior sobrino, patruique magni filius occupant. *dict. l. 1. §. quinto gradu. 7. & d. l. ult. § quinto gradu. 16. ff. de gradib. & affinib. & §. 5. hoc tit.* Etsi vero hoc quinto gradu, *juxta Haloandri lectionem*, centum sexaginta quatuor duntaxat personæ contineantur, attamen ex ipsa dinumeratione centum & nonaginta duas esse constat. Numerantur enim triginta duo atavi & atavix; tot atnepotes & atneptes: tot propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ: tot propiores sobrini sobrinæque: tot consobrinorum consobrinarumque filii & filiæ: tot fratris & sororis pronepotes. & proneptes. *d. l. ult. §. 16. & post Fornerium Baronem notat Mynsingerus in d. §. 5. hoc tit. n. 1.*

22 Sextum cognationis gradum suprà, tritavus; infrà, trinepos; à latere, fratris abnepos, abpatruus, consobrinorumque nepos, sobrinus, propatruique filius obtinent. *§. 6. hoc tit. l. 3. & d. l. ult. §. sexto gradu. 17. ff. de gradib. & affinib.* In eo autem gradu, secundùm Pauli dinumerationem, numerantur personæ quadringentæ quadraginta octo: nempe tritavi & tritaviæ sexaginta quatuor: tot trinepotes & trineptes: tot abpatrui, abamitæ, abavunculi, abmaterteræ, tot sobrini & sobrinæ: tot propiorum sobrinorum sobrinarumque filii & filiæ: tot fratris & sororis abnepotes & abneptes. *d. l. ult. §. sexto gra-*

23 *du. 17. ff. d. tit.* Porrò tritavus dicitur, quasi tertii avi avus: quoniam avus est abavi, qui patris tertius avus est: sicut trinepos, tertii nepotis, nimirum abnepotis nepos,

24 docente Mynsingero *in d. §. 6. hoc tit. num. 2.* Præterea Julius Paulus etiam septimum gradum subjungit: in eoque mille viginti quatuor personas reperiri ostendit, *ut videre est ex sæpe allegatâ l. ult. §. septimo gradu 18. ff. de gradib. & affinib.* Cæterum de cognatorum ordinibus latius disserit Joannes Beenstadius *in collatione jurium connubialium cap. 6. pag. 25. & seqq.*

§. Hactenus. 7.

Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit, ut longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm propriâ cognationis appellatione quenquam denotare.

S U M M A R I A.

1 *Quot gradus Justinianus hic recenseat.*
2 *Quare non plures, quam septem, inveniantur cognationis gradus.*
3 *Sensus l. octavi 9. ff. unde cognati.*
4 *Quæ sit vera dinumerandorum graduum ratio.*
5 *Tot junctos gradus cognationem, quot sunt generationes.*
6 *In descendentibus quomodo gradus inquirantur.*
7 *Quomodo item in ascendentibus.*
8 *Quam tenenda graduum computatio in transversalibus.*
9 *Patruus quoto gradu sit conjunctus.*
10 *Item avunculus.*

1 QUanquam sex tantum gradus, eorumque nomina Justinianus hoc titulo exponat: Cajus tamen *in l. 3. §. 1.* & Paulus *in l. ult. §. septimo gradu. 18. de gradib. & affinib.* septimi etiam gradus meminit, ejusque personas mille viginti quatuor recenset, *ut jam monuimus suprà in fine §. proximi.* Ratio, cur sex tantùm hic ponuntur gradus, hæc est: quia ulterius nomina non reperiuntur, *attestante Paulo lib. 4. sentent. tit. 11. §. ult.* Unde fit, quòd & septimi gradûs personæ nullum proprium habeant nomen. Nam ultra tritavum, qui in sexto gradu est, parentes speciale nomen non habent, sed majores; ut & liberi ultra trinepotem, posteriores appellantur: à latere verò qui post sobrinos reperiuntur, sobrino nati vocantur. *dict. l. ult. § parentes. 7. & § 5. primo gradu. 18. vers. his personis, & l. ff. de gradib. §. fin. supr. tit. proxi-*
2 *mo.* Et sane haud plures, quam septem, inveniuntur cognationis gradus: Ejusque ratio est: quia ultra septimum fere gradum, rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur, *inquit Modestinus in lege. non facile. 4. ff. de grad. & affin.* Nec refragatur *l. octavi. 9. ff. unde* 3
cognati. ubi etiam octavi gradus fit mentio. Dicendum enim, quod ad jus cognationis sive sanguinis, id est, cognationem naturalem, non facile quem excedere gradum septimum: quod vero ad agnatos, sive jus agnationis, id in infinitum, etiam in vigesimum gradum porrigi. Ratio differentiæ inter agnationem & cognationem jam suprà, *dict. §. fin. titulo præcedente*, exposita est: quia cognatio est naturalis: agnatio civilis. At natura jus sanguinis paulatim minuitur, & circa septimum gradum extingui videtur. *d. l. 4. ff. de gradibus & affinibus.*

Inprimis autem vera dinumerandorum graduum ratio 4
hic notanda est, quam Imperator noster Justinianus insigni hac regula declarat: *semper generatam personam gradum adjicere:* sive, *tot esse gradus cognationum,* 5
quot sunt generationes. Cujus regulæ ratio, cur, *inquam*, generatio spectetur, est hæc: quia in gradibus cognationis potissimùm natura inspicitur, ac proinde generatio quoque, utpote naturalis, *tradente Goth. hic in verb. quippe semper generata &c.* Et ex una hac solaque regula Justi- 6
nianeá (*repudiatis insuper, minusque necessariis Doctorum regulis*) omnis cognatio dijudicari sine negotio potest: idque in descendentibus & ascendentibus plusquam manifestum est. *Verbi gratia:* Si scire volo, filius quoto mihi sit conjunctus gradu? ita dicendum erit. Ego filium genui, est una generatio, quæ unum gradum constituit. Primo igitur gradu mihi conjungitur. §. 1. *supr. hoc tit. l. 1. §. primo gradu. 3. & l. Jurisconsult. 10. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & affinib.* Nepos quoto? Ego filium genui, & filius nepotem. En duæ hic generationes sunt, quæ duos gradus conficiunt. Ergo nepos secundo mihi gradu conjungitur. §. 2. *suprà hoc tit. d. l. 1. §. secundo. 4. & d. l. Jurisconsultus. 10. §. secundo gradu. 13. in fin. ff. eod.* Pronepos quoto? Ego filium genui: filius genuit nepotem: & nepos pronepotem. Ecce tres generationes faciunt tres gradus. Atque ideo pronepos mihi tertio gradu est. §. 3. *supr. hoc tit. d. l. 1. §. tertio. 5. & d. l. 10. §. tertio gradu. 14. in fin. ff. d. t.* Abnepos quoto? Ego genui filium: filius nepotem genuit: nepos pronepotem, & pronepos abnepotem. Hic quatuor intercedunt generationes. Ergo quatuor sunt gradus: & sic quarto gradu mihi est conjunctus abnepos. § *quarto 4. supr. hoc tit. d. l. 1. §. quarto. 6. ff. eod.*

Sed & de ascendentibus videamus. Si quæsiero, pater 7
quoto mihi sit gradu? Pater me genuit. Ecce una generatio. Ergo unus gradus. Atque ita primo mihi pater est gradu. *d. §. 1. supr. hoc tit. d. l. 1. §. 3. & d. l. Jurisconsultus. 10. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & affinib.* Avus quoto? Me genuit pater: patrem genuit avus. En duæ generationes duos gradus producunt. Ac idcirco avus mihi secundo gradu est. *d. §. 2. suprà hoc tit. d. l. 1. §. 4. & d. l. 10 §. secundo. 13. ff. eod.* Proavus quoto? Me genuit pater: patrem avus: avum proavus. Ecce tres generationes, tres constituunt gradus. Et propterea proavus à me tertio distat gradu. *d. §. 3. supra hoc tit. d. l. 1. §. 5. eod. & d. l. 10. §. tertio. 14. ff. eod.* Idem in cæteris ascendentibus obtinet. Et in his, & descendentibus simplex facilisque est graduum cognitio & computatio. *l. 3. §. ult. ff. de gradibus & affinibus.*

In transversalibus sive collateralibus dinumeratio est 8
perplexior, & non tam faciles inventu sunt gradus. Neque enim protinus ad personam, quæ à latere est, recurri debet: sed prius sursum versus ascendi oportet, donec ad eum, qui à latere venientis cognationis causam præstitit, pervenerimus: quo reperto, deorsum descendendum est ad personam, de quâ ex transverso quæritur. Et ita omnes, quæ occurrerint tam in ascensu, quam descensu, generationes numerandæ sunt: atque ita ratio incunda, ut singulis generationibus suus gradus attribuatur. *Exempli gratia*, si quæratur, quoto gradu tibi sit frater? Ascende ad patrem, qui te genuit. Ecce una generatio unum gradum facit. Deinde invento eo, qui cognationis causa & origo est, descen-

Digitized by Google

deſcende ad fratrem, adjectâ ibi ſecundâ generatione.
Ecce duæ generationes duos gradus adferunt. Ergo fra-
ter tuus tibi ſecundo gradu conjungitur. *d. §. 2. ſupr. hoc
tit. d. l. 1. §. 4. & l. Juriſconſultus. 10. §. nam quotiens. 9.*
9 *verſ. idem faciendum. ff. de gradib. & affinib.* Rurſus ſi
ex te quis quærat: patruus tuus quoto tibi gradu ſit? Dic
tertio. Et iterum neceſſe tibi eſt, ut ad patrem ſurſum
tendas, & generationes numeres, ita nimirum: Pater
me genuit: eſt una generatio. Ergo unus gradus. Pa-
trem genuit avus: eſt ſecunda generatio: proindeq; ſecun-
dus gradus. Idem ille avus progenuit patruum meum:
eſt tertia generatio: ac conſequenter tertius gradus. Sic
igitur patruus mihi tertio gradu eſt. *d. §. 3. ſupra hoc tit.
d. l. 1. §. tertio gradu. 5. & d. l. Juriſconſult. 10. §. tertio gra-*
10 *du. 14. verſ. patruus. ff. eod. tit.* Similiter cùm in quæſtio-
nem vocatur: quoto gradu à te diſtet avunculus? genera-
tiones numerandæ ſunt hunc in modũ: Te peperit mater:
eſt una generatio. Ergo unus gradus. Matrem genuit a-
vus maternus: eſt generatio ſecunda: ideòque ſecundus
gradus, idem ille avus maternus genuit avunculum: eſt
tertia generatio. Ergo tertius gradus. Atque ita avun-
culus à te tertio gradu diſtat, *juribus modo allegatis.* Sic
ſi quæratur: quoto gradu à me diſtet patruelis meus: vel
duo patrueles quoto à ſe invicem gradu diſtent? aſcen-
dendum erit ad communem originem & ſtipitem utriuſ-
que, in quo concurrunt: qui eſt avus utriuſque patrue-
lis. Pater igitur genuit me filium; quæ eſt prima gene-
ratio. Ergo eſt hic primus gradus. Patrem meum ge-
nuit avus, quæ eſt ſecunda generatio. Ergo hic ſecun-
dus gradus. Avus hic, quia eſt communis origo & ſtirps,
in quâ concurrit mea & patruelis, ſeu utriuſque patruelis
cognatio, indicat, non ulteriùs aſcendendum, ſed ad latus
declinandum. Avus igitur hic genuit patruum meum,
quæ eſt tertia generatio. Itaque & hic patruus in tertio
gradu mihi erit. Patruus verò meus genuit filium, qui
mihi patruelis: quæ eſt quarta generatio. Ergo & pa-
truelis meus mihi in gradu quarto erit. *§. 4. ſuprà hoc tit.
d. l. Juriſconſ. 10. §. quarto gradu. 15. ff. de grad. & affi-
nib.* Et ad eundem modum procedendum erit, quoties-
cunq; de gradu alicujus quæſtio incidit: & quot generatio-
nes invenientur: tot erunt gradus. Atque hanc veram &
commodiſſimam dinumerandorum graduum rationem
ac viam, ex eâdem Divi Juſtiniani regulâ petitam, ſe-
quuntur probantque *Theophilus ſuprà in principio tit. de
legitimâ agnat. ſucceſſ. Conſtantin. Harmenop. lib. 4. Epi-
tom. jur. tit. 6.. Theodor. Beza in Tract. de repudiis & di-
vort. Balthaſ. Mentzer. in tract. de conjug. pag. 27. & ſeq.
Chunradus Wolfius hic in ſuis erotemat. Johan. Borcholt.
hic, & idem in Comment. de feud. c. 7. in ſecundo modo ac-
quirendi feudi. n. 86. & in tract. de gradib. pag. 5. & ſe-
quent. Adamus Kellerus in tr. de jure ſuccedendi ab inteſt.
tit. 4 n. 3. Hotom. in tr. de gradib. & affinib. aliique recen-
tiores Interp. plerique.* Quibus addendi ſunt Johannes Alt-
huſ. *lib.* 1. *Dicæolog. cap.* 7. *num.* 31. Valent. Arithmæus
in peric. ſecund. diſput. 1. Quirin. Kubach *cent.* 3. *quæſt.
illuſtr. politico-juridicar. decur. quæſt.* 4. *pag.* 613. *cum
ſeqq.* & Hunnius *l.* 1. *var. reſolut. jur. civ. tract.* 3. *quæſt.*
20. *pag.* 177. & *ſeqq.* qui copioſè admodum demonſtrant,
quòd graduum cognationis ſupputatio civilis, præferri
canonicæ ſupputationi debeat. Sed & ſacris in literis po-
ſteri per generationes deſcendendo numerantur, uti con-
ſtat *ex Matth. c. 1. v. 17. & ſeqq. 1. Chron. cap. 6. per tot.
cap. 9. v. 38. cum ſeqq. & alibi paſſim. Althuſ. d. cap. 7. n.
31. in fine.* Atque de graduum computatione vide plu-
ra noviſſimè adferentem Bechſtadium *in collat. jurium
connubial. c. 8. pag. 45. & ſeqq.* itemque Georg. Schultz.
in expoſitione arboris conſanguinitatis & affinitatis. cap. 2.
3. & 4. nec non D. Beſoldum *in compendio juris privati,
diſſertat. 1. cap. 3. th. 19. cum ſeqq. pag. 61. & ſeqq.*

§. Agnationis. 8. cum §. ſeq.

§. 8. Agnationis quoque gradus eodem modo
numerantur.

§. 9. Sed cùm magis veritas oculatâ fide,
quam per aures animis hominum infigatur: ideo
neceſſarium duximus, poſt narrationem gra-
duum, eos etiam præſenti libro inſcribi, quate-
nus poſſint & auribus & oculorum inſpectione
adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam
adipiſci.

S U M M A R I A.

1 *Agnatorum & cognatorum gradus eodem ductu inquirendi.*
2 *Quæ ſit inter agnatos & cognatos hic notanda differentia.*
3 *Rei cujuſque cognitio certius ex oculorum ſenſu, quàm aurium, percipitur.*
4 *Ocularis inſpectio quid operetur.*
5 *Quæ videntur, magis nos movent, quàm quæ audiuntur.*

AGnationis gradus eodem modo, quo cognationis, 1
numerandi & inquirendi ſunt: nimirum per tres li-
neas; ſuperiorem, inferiorem, & transverſam, & pèr gra-
dus ſuprà ordine expoſitos: ſiquidem & agnati ſunt co-
gnati, generaliter verbo cognatorum accepto. *l. ult. §.
cognati. 2. ff. de gradib. & affinib. l. penult. ff. unde legitimi.*
Sed & quo ductu agnatorum, id eſt, eorum, qui per vi-
rilem ſexum nobis conjunguntur, gradus inquiruntur:
eodem quoque & cognatorum, qui ſcilicet à fœminino
ſexu ducunt originem, inquirendi ſunt gradus, *argum.
hujus §. 8.* Itaque filius emancipatus, qui agnatus non
eſt, perinde in primo gradu collatur, ac filius in po-
teſtate poſitus: & uterinus frater, qui tantùm cognatus
eſt, ita in ſecundo gradu numeratur, atque frater con-
ſanguineus, qui eſt agnatus: & ſic deinceps, *docente Myn-
ſingero.* Eſt tamen differentia hic inter agnatos & co- 2
gnatos obſervanda: quod in cognatis ſemper generatio
efficit gradum, id eſt, natura & ſanguis; in agnatis, quia
agnatio eſt civilis, ſæpè gradum efficit non generatio, ſed
adoptio. Verùm adoptio unum tantùm gradum efficit
filii, & deinceps nepotis, &c. Nemo ſiquidem in fratrem
aut patrem adoptare poteſt, *ut rectè hic tradit Giphanius.*
Enimverò cùm adoptio naturam imitetur, *§. minorem.
4. ſupr. de adopt.* per adoptionem (nempe cognationem
legitimam) cognatus iiſdem fit aliquis, quibus fit agna-
tus. *l. qui in adoptionem. 23. ff. d. tit. l. ſi qua mihi. 12. §.
ult. ff. de rit. nupt. l. 1. §. cognationem. 4. ff. unde cogna-
ti. Rittershuſ. in hoc tit. pag.* 364.
Tandem *in §. 9.* ait Juſtinianus, ſed hoc loco figuram 3
ſive arborem & tabulam (quæ jam pridem intercidit, *teſte
Balduino hic*) cognationis ſubjicere: propterea quòd veri-
tas magis oculatâ fide, quàm per aures animis hominum
infigatur, hoc eſt, quòd rei cujuſque cognitio certiùs ex
oculorum ſenſu, quàm aurium percipiatur, juxta illud
Horatii *in arte Poetica*:

Segniùs irritant animos demiſſa per aurem,
Quàm quæ ſunt oculis ſubjecta fidelibus, & quæ
Ipſe ſibi tradit ſpectator. ———

Eodemque pertinet, quod ait Plautus in Truculento,
act. 2. *Scen.* 6.

Pluris eſt oculatus teſtis unus, quàm auriti decem.
Qui audiunt, audita dicunt: qui vident, planè
ſciunt.

Et Herodotus *lib.* 1. magis, inquit, incredulæ ſunt homi-
nibus aures, quàm oculi. Ideòque homines ſemper am-
pliùs oculis, quàm auribus credunt, *juxta Senecam epiſt.*
6. Unde Doctores noſtri concludunt: evidentiam rei ſeu 4
ocularem inſpectionem operari firmum judicium in judi-
cando. *l. 2. in fine. ff. de feriis. & l. ſi irrupt. 8. in fine. ff. fin.
regundor.* & prævalere cuicunque probationi, admittique,
etiamſi omnis alia probatio excluſa ſit, *Alexand. conſil.*
145. *vol.* 1. & *conſ.* 85. *itemque conſil.* 124. *vol.* 2. *Mat-
thæus de Afflict. in conſtitut. Neapol. Rubr. 21. num. 17. lib.
1. hoſque referens Ioannes Borcholt. hic circa finem. Tira-
quell. de retract. lign. §. 4. gl. 1. num. 36. Petrus de Ran.
ſingul.* 521. *hoſque cum aliis allegans Joannes Baptiſta Co-
ſta, tom. 1. tractat. de remediis ſubſidiar. remed.* 101. *fol.*
165. Ratio autem, cur rei cujuſque cognitio certiùs ocu- 5
lorum ſenſu, quàm auribus percipiatur, hæc aſſignari po-
terit: quia quæ videntur, ideo magis nos afficiunt, quia ſunt
in propinquo: quæ audiuntur, contra abſunt ferè, atq; ideò
non ita movent, *tradente Gerardo Tuningio hic in fine.*

DE

Digitized by Google

DE SERVILI COGNATIONE.

TITULUS VII.

Principium Tituli.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, quâ proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere. Nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatûs fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum, atque nube plenum, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus: ut si quis in servili constitutus consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere: vel contra, serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos, cujuscunque sexûs: & ad libertatem his pervenientibus, ii, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint; vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatûs jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solùm in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus; ex illâ lege specialiter eos vocantes: sive soli inveniantur, qui in servitute nati, & postea manumissi sunt: sive unà cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt.

S U M M A R I A.

1 *Ordinis ratio.*
2 *Hic titulus, secundùm quosdam, est appendix tituli proximè præcedentis.*
3 *An aliqua sit cognatio servilis.*
4 *Servus nemini succedit.*
5 *Cur in nuptiis servilis cognatio spectetur, in successionibus non item.*
6 *Quo jure servi pro nullis habeantur.*
7 *Justiniani lege nati ex servili cognatione, tum ad paternam, tum fraternam successionem vocantur.*

1 Dixit Imp. Justinianus *suprà tit.* 5. de cognatione, seu successione cognatorum. Quia verò, naturali jure inspecto, etiam inter servos est cognatio, & dubitari pos-
2 set, an inter eos esset successio: ideo hoc titulo (quem non novum esse titulum, sed partem & appendicem tituli proximi præcedentis, censent *Theophilus & Harmenop. in Epit. lib. 2. itemq; neoterici Interpretes non pauci: Cujacius, Giphanius, Ludovicus Russardus, Hotomanus, Balduinus, Baro, Wesenbec. Borcholt. Rittershusius, Tuningius, & Anton. Matthæus Hoe*: tametsi contrarium non infimi subsellii Viris, magis placeat, *veluti Mynsingero, Vultejo, Thadæo Pisoni, Contio, Bachov. Ottermanno, & aliis communiter*) de servili cognatione, id est, ea, quæ in servitute fuit contracta, agere voluit. In servilibus autem cognationibus edictum Prætoris, quod proximioribus cognatis defuncti bonorum possessionem concedit, locum
3 non habet. Hujusque ratio hic subjungitur: quia nec ullâ antiquâ lege talis cognatio computabatur. Et (*ut Ulpianus ait*) quia nulla servilis videtur esse cognatio, *l. 1. §. 2. ff. Unde cognati. & in fragment. tit.* 12. Et Paulus *in l. ult. §. non parcimus. 5. ff. de gradibus & affinibus.*
4 *Ad leges*, inquit, *serviles cognationes non pertinent.* Quare neque servus ulli succedit, neque ullus servo, *l. servus.* 4. *C. communia de successionibus.* Enimverò quoad nuptias est aliqua cognatio servilis, eaque in illis attenditur, *§. illud certum.* 10. *J. de nupt.* Ratio differentiæ, cur in 5
nuptiis servilis cognatio spectetur, in successionibus civilis, est in *l. adoptivus.* 14. §. 2. *ff. de ritu nuptiar. gloss. in l. 1. super verb. civitatis. ff. de acquir. rer. domin.* Servi 6
autem jure quidem civili, ut & Prætorio, pro nullis habentur: non verò jure naturali. *l. quod attinet. 32. ff. de regul. jur. l. 1. ff. de jure deliber. l. nullo. 7. ff. ad leg. Cornel. de fals.* Sed Justinianus, humanitate suggerente, consti- 7
tutione quadam iis, qui ex servis nati essent, potestatem fecit: ut si, manumissis parentibus, ipsi quoque manumissi essent superstites, jus obtinendæ hereditatis tum paternæ, tum etiam fraternæ aut sororis haberent, non minùs, ac ii, qui ex justis nuptiis sunt suscepti. Cæterùm isthæc Justiniani constitutio, *cujus hic, & infr. §. sed nostra. 3. tit. sequent. meminit.* desideratur *in Cod. sub tit. de bonis libertor. & jure patronat.* Eam tamen in Basilicis invenit, & cùm Latinè, tùm Græcè edidit Jacobus Cujacius *lib. 20. observation. c.* 34. & in Corpore Dionysii Gothofredi est *l. 4. §. illud. 10. C. d. tit.* Porrò Cujacius *hic in suis Notis* censet in fine hujus principii ita legendum: *sive ex eodem patre, vel eâdem matre, sive ex aliis qualicunque copulatione nati, &c.* ut expungatur verbum *nuptiis*, quod etiam delendum putant Russardus, Contius, Hotomanus, & alii. Verùm vulgatam lectionem rectè defendit, & singulas Cujacii rationes non sine acumine confutat Bachovius *hic num. 3. pag. 681. & seq. quò industrium Lectorem remitto.*

§. Repetitis. 1.

§. 1. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet: non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari, eoque ampliùs, ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cùm enim prima causa sit suorum heredum, & eorum, quos inter suos heredes enumeravimus: apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem, aut patrem, matremque defuncti: cùm alioqui pater quidem & mater (ut suprà quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non; quòd vel emancipatus, vel ex emancipato, aut ex fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis heredibus, & quos inter suos heredes vocari diximus: agnatus, qui integrum jus habeat agnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerunque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quotiens neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt; tamen præferuntur cæteris ulterioris gradûs agnatis.

S U M M A R I A.

1 *Pares in gradu, pariter succedunt.*
2 *Propior gradu, remotiori præfertur.*
3 *Illius regula quæ sint exceptiones.*

4 *Hujus item regulæ exceptiones quæ sint.*
5 *Quoties cognati, qui in pari sunt gradu, pariter admittuntur, & proximior ulteriorem excludat.*

1 DUo sunt præcipua in hereditatibus ab intestato axiomata & regulæ. Prima est: eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter succedere, §. *si plures* 5.
2 *supr. de leg. agn. successſ.* Altera: eum, qui propiore gradu est, potiorem esse, & remotiori præferri, §. 1. *verſ. non tamen omnib. &* §. *proxim.* 6. *ſ. jam alleg. tit.* Sed utraque regula suas exceptiones habet. Et prioris quidem exceptio-
3 nes attigimus *ſ. in* §. *item vetust.* 15. *de hered. quæ ab intest. defer.* & §. *cæterum.* 3. *ſ. de leg. agn. successſ.* Ut finge: defunctus reliquit patruum, & avunculum. Hic patruus & avunculus in eodem gradu sunt, nempe tertio: non tamen propterea avunculus defuncto succedit, sed patruus solus: quia est agnatus, *l. patruo.* 7. *Cod. de legitimis heredibus.* Ita soror & avia in pari sunt gradu, putà secundo: & tamen soror excludit aviam maternam, utpote agnata cognatam, *l. in successione.* 9. *C. eod. t.* Sic pater & mater eodem constituti sunt gradu, nimirum primo: sed pater manumissor anteponitur matri, *sicuti suprà est expositum, in* §. *præferuntur.* 3. *De Senatusconsulto Tertyll.* Sunt & alii casus, quibus prior regula limitatur: quos facile est ex superioribus titulis colligere.

4 Alterius autem regulæ fallentiæ seu exceptiones hic proponuntur duæ. Prior est *in verſ. cùm enim prima causa. &c.* Ex quo elucet, non semper proximiorem excludere remotiorem, sed interdum contrà fieri, ut remotior sit potior proximiore. Nam sui heredes licèt in remotiore sint gradu: tamen ascendentibus, & ex transverso conjunctis proximioribus anteferuntur. Ut pronepos defuncti, si suus fuerit, licèt tertio sit gradu, excludit fratrem defuncti, quamvis sit in secundo: item patrem, quamvis sit in primo: quia neuter est suus. Altera est *in verſ. amotis quoq; &c.* ubi suis deficientibus, agnati etiam remotiores cognatis, quantumvis propinquioribus, præferuntur. Ut patrui nepos, qui quinto gradu est; aut pronepos, qui sexto; avunculo & materteræ præponuntur, etiamsi tertium gradum obtineant: quia scilicet illi agnati sunt, avunculus & matertera cognati. Toties igitur
5 cognati, qui in pari gradu sunt, pariter admittuntur, & proximior ulteriorem excludit: quoties neque suus aliquis, aut qui sui vicem tenet, exstat; neque etiam agnatus ullus superest, exceptis fratre & sorore emancipatis: qui etsi capite deminuti, hoc est, emancipati sunt, adeòque agnati esse desierunt: tamen ulterioris gradùs agnatis ex constitutione Anastasii præferuntur, §. 1. *ſ. de successſ. cognator. l. frater.* 4. *C. de legitima tutel. & l. ult.* §. 1. *C. de legitimis heredibus.* Verùm hodie ex jure novissimo, quo agnationis & cognationis jura sunt exæquata, dicendum est: agnatum non ampliùs præferri cognato, sed generaliter semperque verum esse & in agnatis & cognatis: priorem in gradu, potiorem esse in successione. *Novell.* 118.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

TITULUS VIII.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impunè testamento præterire. Nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela: si verò adoptivus filius fuisset, apertè iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

§. 1. Quâ de causa postea Prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret. Et si aut nihil, aut minus parte dimidiâ reliquerat: dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo: dabatur æquè patrono contra hunc suum heredem, partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum naturales liberi, non solùm quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, & in adoptionem dati: si modò ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto Prætorio petierant. Nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

§. 2. Postea verò lege Papiâ adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus qui sestertiûm centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat; sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat: virilis pars patrono deberetur. Itaque cùm unum quidem filium filiamvè heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiavè intestatus decessisset. Cùm verò duos, duasvè heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono. Si tres reliquerat, repellebatur patronus.

§. 3. Sed nostra constitutio, quam, pro omni natione, Græcâ linguâ compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causam definivit: ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto: tunc patronatûs jus (quod erat ex lege duodecim tabularum) integrum reservavit. Cùm verò majores centenariis sint, si heredes, vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscunque sexûs vel gradûs: ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis unà cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint: si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quòd non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostrâ constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut antea) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur: vel quod deest, eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberis liberti libertævè ex eâ parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad coheredes eorum hoc onus redundet: multis aliis casibus nobis in præfatâ constitut. congregatis: quos necessar. esse ad hujusm. dispositionem juris per-

Digitized by Google

perſpeximus; ut tam patroni patronæque, quàm liberi eorum, nec non qui ex transverſo latere veniunt, uſque ad quintum gradum ad ſucceſsionem libertorum libertarumvè vocentur, ſicut ex eâ conſtitutione intelligendum eſt: ut ſi ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum, duarumvè pluriumvè liberi ſint: qui proximior eſt, ad liberti vel libertæ vocetur ſucceſsionem, & in capita, non in ſtirpes dividatur ſucceſsio: eodem modo & in iis, qui ex tranſverſo latere veniunt, ſervando. Penè enim conſonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſsionibus fecimus.

§. 4. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda ſunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cùm nec ſint alii liberti; ſimul & Dedititiis & Latinis ſublatis, cùm Latinorum legitimæ ſucceſsiones nullæ penitus erant: quia licèt ut liberi vitam ſuam peragebant; attamen ipſo ultimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem amittebant, & quaſi ſervorum, bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumiſſores detinebant. Poſtea verò Senatuſconſulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumiſſoris non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam ſupervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, ſi invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis feſtinarat, faciebat quidem vivum civem Romanum, Latinum verò morientem. Sed noſtrâ conſtitutione propter hujuſmodi conditionum vices, & alias difficultates, cum ipſis Latinis etiam legem Juniam, & Senatuſconſultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri cenſuimus: ut omnes liberti civitate Romana fruantur, & mirabili modo quibusdam abjectionibus ipſas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam tranſpoſuimus.

S U M M A R I A.

1 *Ratio ordinis.*
2 *De ſucceſsione libertorum quatuor diverſa jura: & primum quidem eſt legis XII. tabularum.*
3 *Alterum, eſt edictum Prætoris.*
4 *Tertium, eſt legis Papiæ.*
5 *Quartum, eſt ex conſtitutione Juſtiniani.*
6 *Tria olim libertinorum genera: & de quibus libertis hic titulus accipiendus.*

1 EXpoſitâ ſucceſsione ingenuorum, tanquam potiore & digniore: proxime jam ſequitur explicatio de ſucceſsione libertorum. Etenim de ſervis hac in parte monere nihil attinet: quippe cùm nec proprii quidquam in vitâ poſsideant, nec poſt mortem relinquant ſed omnia domino acquirant, *ut dictum in princ. ſupr. per quas per-*
2 *ſon. cuique acquirit. & notat Weſenbec. hic num.1.* De hac autem libertorum ſucceſsione quatuor diverſa hic referuntur jura. Primum eſt legis duodecim tabularum, quo patronus ad liberti ab inteſtato mortui hereditatem tum demum vocabatur, quando ſuos heredes libertus non reliquerat. In teſtamento verò patronum impunè præterire, & ab hereditate ſuâ excludere poterat, *Ulpian. in l. 3. ff. de ſuis & legit. heredib. & in fragment. titul. 27. Ciphanius & Vultejus in principio hujus tit. num.2.*

3 Secundum jus, & edictum Prætoris, quo dimidia pars bonorum liberti, ſive teſtamentum feciſſet, ſive ab inteſtato deceſsiſſet, patrono ob datum grande libertatis beneficium deferebatur: niſi libertus reliquiſſet liberos naturales, id eſt, ex juſtis nuptiis procreatos. Hi enim, ſive in poteſtate fuerint mortis tempore, ſive emancipati, repellebant patronum, *§. 1. hoc tit. l. 1. & paſſim. ff. de bonis libertorum.* Quinimò liberi naturales, quamvis in ſervitute ſuſcepti, patronum à ſucceſsione excludebant, *ut ex ſuperioris tituli principio non obſcurè apparet: & plenius explicat Bachovius hic ad §. 1. pag. 688. & ſeqq.*

Tertium jus circa ſucceſsionem libertorum, eſt legis Papiæ, quo patronus ex bonis liberti, teſtato inteſtatove mortui, virilem portionem conſequebatur, ſi libertus ſeſtertiûm centum millium patrimonium, id eſt, mille aureos illius ætatis, reliquerat; nec plures, quam unum vel duos liberos habuerat. Sin plures, quam duos reliquerat liberos: patronus omninò repellebatur, *§. poſtea. 2. hoc tit.* Plura iſtius legis capita recenſet Juſtus Lipſius *in Commentar. ad lib. 7. Annal. Taciti,* & Mynſingerus *hic num. 2. & ſeqq.* 4

Quartum & ultimum jus eſt ex conſtitutione (quam hactenus deſideratam in lucem protulit Cujacius, *ut monui ſup. initio tit. præcedent. n. 7*) Juſtiniani, qui conſideratâ tenuitate & inopiâ ſuorum temporum, Papiam legem ita moderatus eſt: ut ſi libertus minus in bonis habeat centum aureis ſui temporis, ei patronus non aliter ſuccedere poſsit, quam ſi abſque liberis inteſtatus deceſſerit. Si verò patrimonium liberti centum aureorum ſit, aut eam ſummam excedat, isque liberos habeat: patronus, tam ex teſtamento, quam ab inteſtato, excluditur: liberis non extantibus, patronus ab inteſtato ad totam hereditatem admittatur. Sin autem libertus non habens liberos, teſtamentum fecerit: tertiam partem relinquere patrono cogatur: quâ non relicta, bonorum poſſeſsio *contra tabulas* liberti, ad tertiam iſtam conſequendam, patrono concedatur. Et ſanè non ſolùm ipſe patronus, qui manumiſit libertum; ſed poſt ejus mortem liberi quoque ipſius, nec non cognati & agnati, ſalvâ tamen ſemper gradûs prærogativâ, ad ſucceſsionem liberti vocantur. *§. ſed noſtra. 3. h. t.* Hujusque ratio eſt: quia & hi pro patronis habentur, *arg. l. in ſervitutem. 16. §. ult. & ll. ſeqq. l. quæritur. 38 ff. de bonis libert. l. liberi. 8. ff. de adſignand. libert.* 5

Quia verò olim tria libertinorum genera erant: Dedititii, Latini, & cives Romani: ait Imperator *hic in § finali*: quæ de ſucceſsione libertorum dicta ſunt, de civibus tantùm Romanis intelligenda eſſe. Nec mirum cùm duo alia genera ab ipſo ſublata ſint: ut hodie libertini non triplicis ampliùs ſint generis, ſed unius duntaxat. *l. unic. C. de dedit. libert. tollend. & l. unic. C. de Latin. libert. tollend. Eaque de re latiùs dictum in §. libertinorum. 3. ſupr. de libertin. & ibi abundè Theophilus.* 6

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

TITULUS IX.

In ſummâ (quod ad bona libertorum attinet) admonendi ſumus, cenſuiſſe Senatum; ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejuſdem gradûs ſunt, æqualiter bona libertorum pertineant: tamen liceret parenti, uni ex liberis aſſignare libertum, ut poſt mortem ejus ſolus is patronus habeatur, cui aſſignatus eſt: & cæteri liberi, qui ipſi quoque ad eadem bona, nullâ aſſignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant: ſed ita demum priſtinum jus recipiant, ſi is, cui aſſignatus eſt, deceſſerit nullis liberis relictis.

§. 1. Nec tantùm libertum, ſed etiam libertam, & non tantum filio nepotivè, ſed etiam filiæ, neptivè, aſſignare permittitur.

Digitized by Google

§. 2. Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresvè liberos in potestate habet: ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum, libertamvè liceat. Unde quærebatur, si eum, cui assignavit, postea emancipaverit; num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano, & aliis plerisque visum est.

§. 3. Nec interest, an testamento quis assignet, an sine testamento: sed etiam quibuscunque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso Senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo & Asterio Scapula consulibus.

SUMMARIA.

1 *Continuationis ratio.*
2 *Assignatio liberti quid.*
3 *Senatusconsulti Claudiani duæ partes.*
4 *Quatenus liberi ipso jure pro patronis habeantur.*
5 *Quibus liberis assignari libertus libertavè possit.*
6 *Quæ rectè consiterunt, extinguntur postea, si eum in casum incidant, à quo incipere non potuerunt.*
7 *Mens & expositio l. utrum ei. 9. ff. de assignandis lib.*
8 *Sæpè per alium quis habet, quod per se habere nequit: & quâ formâ assignatio fiat.*
9 *Ecquid usum aliquem habeant, quæ de servis & libertis traduntur.*
10 *Nihil antiquitatis penitùs ignorandum.*
11 *An sicut libertus suo victu patrono operas præstare cogitur: ita quoque vasallus propriis sumptibus servire domino teneatur.*
12 *Contractus ex conventione legem accipiunt.*
13 *Num quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater uni filiorum prælegare queat feudum.*
14 *Ordinatio defuncti nulla in feudo valet.*
15 *Nemo potest legare jus morte suâ periturum.*
16 *Feudi alienatio prohibita.*
17 *Testamenta ex alieno arbitrio pendere non debent.*
18 *Pater uni ex filiis emphyteusin prælegare nequit.*

1 QUandoquidem ad patroni liberos, eo mortuo, peræque pertinet successio liberti, atque ad ipsum patronum, *ut ex superiori titulo didicimus*: rectè & ordine hic de assignatione Imperator agit. Nam per eam fit, ut ex pluribus patroni liberis tantùm liberto succedat, cui libertus à patre assignatus est, & attributus, hoc est, quem pater aut scriptis, aut verbis declaravit, ut post mortem
2 suam ipse solus liberto sit patronus. Ista enim declaratio sive testificatio, assignatio liberti dicitur, *l. assignare. 107. ff. de verborum signification.* Hæc autem assignandi potestas patri, vel avo paterno, habentibus in potestate liberos, concessa est ex Senatusconsulto Claudiano, quod factum est tempore Imperatoris Claudii, Vellejo Rufo, & Hosterio Scapula consulibus. Sic enim in fine nostri tituli, ex libris Florentinis legendum esse, monet hic, *post Anton. Augustinum libr. 3. emendat. c. 7.* Balduinus & Giphanius. *Tametsi Cujacius, Borcholt. Wesenbec. aliique ali-*
3 *ter sentiant.* Cæterùm verba hujus Senatusconsulti & venusta interpretatio extant *in leg. 1. tot. tit. ff. de assignandis libert.* Ejusque duæ sunt partes. Prior est, quâ uni liberorum assignatur libertus, ut ille omne jus patronatûs solus habeat, solusque liberto succedat, exclusis aliis liberis, etiam eodem gradu constitutis. Altera pars est, quâ reliqui liberi pristinum jus recipiunt, mortuo sine liberis illo, cui libertus assignatus fuerit, *ut hic init. & d. l. 1. ff. de assign. libert.* Ratio prioris est patria potestas, *ut hic in §. datur. 2. in verb. in potestate habebis, &c.* quâ parentibus licitum est aliquid liberis adimere, vel adjicere. *l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. tot. tit. sup. de exhe-*
4 *redat. liberor.* Nec adversatur, quod *suprà tit. proximo* diximus; singulos liberos ipso jure pro patronis haberi; & proinde voluntate privatâ id mutari non debere, *arg. l. jus publicum 38. ff. de pact. & l. Neratius. 20. in princ. vers. quia pacto ff. de religiosis, & sumptib. funer.* Illud namque defuncto demùm parente est verum, non item eo vivo. Alterius partis ratio est: quia jus reliquorum liberorum non aliter ademptum ipsis intelligitur, quàm si assignatio vim suam obtinuerit. Ut porrò aliàs masculinum comprehendit sub se fœmininum. *l. 1. ibiq. Dd. ff. de verb. significat.* ita & hic liberta uni ex filiis, & tam filiæ neptivè, quam filio sive nepoti assignari potest. *§. 1. hoc tit.* Quin & is libertus, qui apud hostes est, assignari poterit, propter spem scilicet postliminii. *d. l. 1. §. is quoque, 2. ff. de assignand. libert.*

Nominatim autem Senatusconsultum liberorum, quos pa- 5
tronus in potestate habet, meminit, *dict. l. 1. in princip. ff. eodem tit. & hoc in dict. §. 2.* Ex quo efficitur, filio emancipato assignari libertum non posse. Imò si filio, in potestate posito, assignaverit libertum patronus, & postmodùm emancipaverit filium: assignatio exspirat & evanescit, *dict. §. 2. hoc tit.* Cujus rei ratio est: quia ea, quæ 6
rectè constiterunt, extinguntur postea & evanescunt, si in eum casum reciderunt, quo incipere non potuissent. *l. existimo. 98. & l. pluribus. 140. §. etsi 2. ff. de verborum obligat. l. pro parte. 11, ff. de servitutib. l. si in metallum. 3. in fine ff. de his, quæ pro non scriptis habentur.* Neque re- 7
fragatur Modestini responsum *in leg. utrùm ei. 9. ff. de assignand. libert.* ubi etiam filio emancipato libertus assignari potest. *Etenim* de eo accipi debet casu, quo patronus, qui plures habet in potestate liberos, unumque emancipatum, uni ex illis, qui in potestate sunt, & simul emancipato libertum assignat. Hæc assignatio, ita communiter & conjunctim facta, valet: & quod per se assequi emancipatus non posset, hoc conjunctionis beneficio assequitur. Quemadmodum & aliàs fieri solet, ut per alium quis ha- 8
beat, quod per se habere nequit, *l non putavit. 8. §. ultim. ff. de bonorum possession. contra tab. mulieri. 74. ff. de condit. & demonstrat. l. ult. ff. de liber. & posthum. l. quædam. 62. ff. de acquir. rer. dom.* Atque ita Modestinum cum Justiniano conciliari posse, edocent Franciscus Hotomanus hic. Borcholt. *num.* 3. & D. Bocerus *num.* 8. *pag.* 53. Sanè quoad formam & modum assignandi, nihil refert, utrùm assignatio à patronis fiat in testamento, an extra testamentum, quibuscunque tandem verbis, etiam minùs solennibus. *§. fin. hoc tit. d. l. 1. §. assignare. 3. l. assignare. 7. & l. ultim. in princ. ff. de assignand. libert.* Sed & vel purè, vel sub conditione, vel ex die certâ, non autem usque in diem certum, assignatio fieri potest. *d. l. assignare. 7. l. sub conditione. 10. & d. l. ultim. §. ultim. ff. d. tit.*

Quanquam porrò in magno apud nos usu esse non pos- 9
sunt, quæ hoc loco, & superioribus titulis, & alibi in juris nostri voluminibus de servis & liberis traduntur: cùm Germania nec veros servos, nec libertos habeat: attamen non sunt omnino negligenda. Tum propter nationes alias, apud quas dominica potestas nondum desiit, servitusque adhuc durat. Tum ut jus vetus, quod de servis & libertis passim loquitur, meliùs intelligatur. Nihil enim antiquitatis penitus ignorandum est, *§. 1. f. de testam. ord.* Tum 10
etiam, quia nonnunquam argumenta suppeditant, ad plerosque casus filiorumfamilias & propriorum hominum nostræ ætatis, aliorumvè, qui illis in quibusdam non admodùm dissimiles sunt, decidendos. *De quib. videatur Zasius in §. præjudiciales. 13. infr. de actionib. & in l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condict. indebiti.*

Illud quasi corollarii vice hic quæri poterit: an sicut 11
libertus suo victu patrono operas præstare cogitur. *l. suo victu. 18. ff. de operis libertor.* ita quoque vasallus propriis sumptibus servire domino teneatur? Et communiter hæc distinctio recepta est: Aut ex tenore investituræ constat, cujus impensis servitium sit præstandum; & illud observari debet, *argument. §. præterea, quid sit investit. titul. 2. lib. 2. feudor.* Contractus enim ex conventione legem accipiunt. *l. 1. §. si conveniat. ff. depositi. l. contractus. 23. & l. semper in stipulationib. 34. ff. de regulis juris. cap. contractus. 85. ibique Dynus. extr. eodem titul. lib. 6.* Aut ex investituræ literis id non apparet: & tunc si vasallus est dives, habens opulentum & pingue feudum: propriis sumptibus servire domino compellitur: secus, si sit pauper, non possidens feudum, ad istos sumptus feren-

ferendos sufficiens. Hic quippe specie domini expensis & sumptibus servitia præstabit, argum. d. l. [illegible] 18. & legib. [illegible] ff. de operis libertorum. Idem dicendum, si dominus de sua provincia exeat. Nam & hoc casu dominus suis sumptibus vasallum secum ducere debet, licet vasallus feudum opulentum habeat, argumento l. quod nisi jus. 20. §. 1. cum l. seq. ff. de eo tit. latè Speculator in tit. de feudis. §. quoniam. num. 42. & seq. Baldus in c. 1. de capitaneo, qui curiam vend. tit. 51. libro 2. feud. Alvarottus in cap. 1. de nova forma fidelit. n. 7. tit. 7. lib. 2. feudor. Zasius in Epitom. feud. part. 7. n. 44. cum seqq. Schneidew. supr. tit. de servili cognat. n. 8. & 9. & novissime Matthæus Stephani centur. 3. quæst. 14. ad lit. a.

13 Præterea & illud hoc loco quærere lubet: an quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater etiam uni filiorum queat prælegare & assignare feudum. ita ut uni filio duæ partes, alteri tertia pars feudi assignetur; Et patri hoc non licere, tribus potissimùm
14 rationibus probatur I. Quia nulla ordinatio defuncti in feudo valet. c. 1. in princ. de successione feudi. tit. 8. lib. 1. feudorum. Ergo nec illa valebit, qua uni ex filiis feudum
15 prælegaverit. II. Quia patris jus omne, quod habet in feudo, morte ejus extinguitur, & aliis, qui ex concessione vocati sunt, defertur. Nemo autem potest legare jus, quod morte suâ periturum est, argumento l. uxor patrui.
16 21. C. de legatis. III. Quia si posset vasallus de feudo testari, idque legare: absque domini consensu illud alienare, & in alium transferre posset: quod placitis feudorum repugnat, cap. 1. de prohibita feudi alienat. per Fri-
17 der. tit. 52. lib. 2. feudorum. Nec movet, si dicatur, posse adhiberi domini consensum: Nam (teste Cajo.) satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. l. illa institutio 32. in princip. ff. de heredibus instituendis. Et hanc opinionem, tanquam communem, plerique amplexi sunt: Carolus Ruinus cons. 25. n. 13. lib. 1. Julius Clarus lib. 4. sent. § feudum quæst. 40. n. 5. Zasius dict. Epitom. feud. part. 8. n. 62. Cujacius in Comment. ad lib. 4. feudorum. tit. 54. Fachinæus lib. 6. controv. jur. cap. 62. Matth. Stephani dict. cent. 3. quæst. 14. ad lit. c. aliiq; plurimi, quos commemorat Tiraquell. in Comm. de retract. lignagier. §. 11. gloss. 6. n. 24. & seq. ubi etiam Doctores variè dissen-
18 tientes & distinguentes recitat. Sed & patrem uni ex filiis suis emphyteusin prælegare haud posse, post Bartolum in l. jurisjurandi. 7. §. si liberi. n. 6. ff. de operis libertor. contra alios præclare, prolixeque defendit Fachinæus dicto lib. 6. controvers. jur. cap. 63.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

TITULUS X.

Principium Tituli, cum §. 1.

Jus bonorum possessionis introductum est à Prætore, emendandi veteris juris gratiâ. Nec solùm in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Prætor emandavit, sicut suprà dictum est: sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus heres fuerit institutus: quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cùm institutio non valebat: honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum à Prætore adjuvabatur. Sed & is à nostrâ constitutione rectè heres instituitur, quasi & jure civili non incognitus.

§. 1. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratiâ, Prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remotis quoque bonorum possessionem, ad quos pertinet hereditas jure civili.

SUMMARIA.

1 Connexio hujus tituli cum [illegible].
2 Bonorum possessionis [illegible].
3 Possessio [illegible] quatenus facti.
4 Bonorum possessio, & possessio bonorum nihil differunt.
5 Nomina & verba transposita idem significant.
6 An bonorum possessione [illegible] conveniat possessoria hereditatis petitio.
7 Hereditas quid sit.
8 Bonorum possessio an & quatenus hereditatis appellatione contineatur.
9 Divisio bonorum possessionis in edictalem, & decretalem.
10 Edictalis bonorum possessio quid sit: & quotuplex.
11 Bonorum possessio ex testamento datur aut secundum, aut contra tabulas testamenti.
12 Ab intestato bonorum possessioni quando locus relinquatur.
13 Hinc bonorum possessionis [illegible].
14 Decretalis bonorum possessio quid sit, & quot ejus species.
15 Bonorum possessio Carboniana quibus detur.
16 Bonorum possessio ventris nomine, cui competat.
17 Bonorum possessio [illegible] causa, cui competat.
18 Bonorum possessio, ut ex legibus, quibus decernatur.
19 Numquid [illegible] bonorum possessionis usque sit usus.
20 Licet jus [illegible] hereditatem jure civili adire nequeat: præ[illegible] tamen bonorum possessio per [illegible] patet.
21 Bonorum possessionibus quatenus competat interdictum Quorum bonorum.
22 Is, qui communi auxilio tutus est, non debet concedi [illegible].
23 Intellectus [illegible] hoc tit.
24 Differentia inter emancipatos & suos quatenus sublata.
25 Prætoribus qui hodie comparentur.
26 Bonorum possessio quam ob causam à Prætore introducta.
27 Intellectus §. posthumus autem alienus. 28. supr. de [illegible].
28 Persona plane incerta heres institui non potest.
29 Circa successionem intestatorum, Prætor etiam à jure civili recessit.
30 Sententia l. non est ambiguum. 12. §. 1. ff. h. t.
31 Quæ sit bonorum possessio secundum tabulas.
32 Prætorium beneficium promptius est & expeditius.

Successio omnis, vel est civilis, vel Prætoria: & illa quidem hereditas, hæc verò bonorum possessio dicitur. 1
Viglius in Rubric. tit. supr. de testament. ordinand. n. 7. Mynsinger. in rubr. tit. supr. de hered. quæ ab intest. defer. num. 1. Forster. lib. 1. de successiom. c. 4. & 5. Cum autem civilia sint potiora prætoriis hereditatibus jam priore loco discussis; proximum est, ut de bonorum possessionibus subjiciatur tractatus. Bonorum possessio (prout eam defin.
Ulpian. in leg. bonor. 3. §. 2. ff. hoc tit.) est jus persequendi, 2
retinendique patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cùm moritur, fuit. Ad quam definitionem subvertendam nonnulli hisce utuntur argumentis. Primò (inquiunt) possessio
non tam juris est, quam facti, l. 1. §. furiosus. & §. seq. ff. de 3
acquir. vel amitt. poss. l. denique 19. ff. ex quib. caus. major. &c. Ideòque genus in hac definitione non rectè positum esse videtur. Sed respondendum: possessionem singularum rerum, de quâ agitur in jam citatis locis, facti esse & corporis: non autem possessionem universitatis, quæ de hic tractatur. Neque enim hæc nudam rei detentionem, velut illa: sed jus & utile dominium rerum, quæ in hereditate sunt, complectitur; adeoque in jure tota consistit, l. 1. & 3. ff. hoc tit. Ubi obiter (contra Mynsingerum [illegible] in Rubr. n.
6. Schneidewin. n. 3. & alios) notandum: nihil interesse, 4
sive bonorum possessio, unâ voce, an duabus: sive item bonorum possessio, an possessio bonorum, dicatur. Leges enim ejusmodi discrimen non observant, l. si minor. 61. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. cum proponas. 9. C. de bonis auctorit. jud. possid. l. cognitio. 4. § 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. Forster. junior. lib. 2. de success. c. 24. n. 11. Forster. junior. lib. 3. disp. 16. th. 1. Oldendorp. class. 5. act. 6. in
princ. D. Beer. hic n. 28. p. 90. ac alias nomina & vocabu-
la transposita idem significant, l. quidam. 14. ff. de peculio 5
legat. l. ambiguitates. 24. & l. præposteri. 25. ubi, Cynus, Salicet. & Dd. C. de testam. Aristot. in lib. περὶ ἑρμηνείας. Nicol. Eberhard. in locis legalib. loc. ab ordine. num. 3.

Digitized by Google

modò observetur, de quâ re subjectâ, an scilicet de successione, vel rerum detentione vox ista preferatur. Illo casu proprie juris est, & alteram successionis universalis speciem, Prætoriam videlicet, *de quâ jam agimus*, constituit, Hoc casu magis facti est, speciesque detentionis censetur, *de quâ in d. tit. ff. de acquir. vel amitt possess. & tit. ff. de bonis auctorit. judic. possid. Borcholt. hic Treutler. disputat. 15. thes. 1. lit. b. volum. 2. ibique Bockovius in suis not. pag. 912. & Hunnius quæst. 2. pag. 261. cum seq nec non Wegnerus Disp. 9. ad Institut. th. 6. sub. lit. a.*

6 Deinde (*ajunt*) hæc definitio latior est suo definito: propterea quòd bonorum possessoriæ hereditatis petitioni convenit: quæ etiam jus est persequendi patrimonii, quod defunctus habuit: *arg. tot. tit ff. de possess. her. pet.* Dicendum: bonorum possessionem ab Ulpiano jus persequendi definiri, non quòd actio sit, vel remedium, quo persequimur patrimonium: sed quòd jus contineat, quo innitimur tanquam fundamento in petitione hereditatis. Qui enim per bonorum possessoriam hereditatis petitionem ab eo, qui pro herede, vel pro possessore possidet, petiturus est patrimonium defuncti: cum oportet petitionis suæ fundamentum ac causam aliquam habere. Jam igitur bonorum possessio causam illam, nempe jus comprehendit, propter quod patrimonium sive hereditatem defuncti, bonorum possessoriâ hereditatis petitione persequimur, & retinemus. Qua de re videantur. *Accurs. & vulgo Doctores in rubric. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt. Melchior Klingius hic num. 3. Forster. d. lib. 2. de successionibus. cap. 24. & Grass in lib. recept. sent. §. bonorum possessio quæst. 1. num. 2.*

7 Tertiò objectant, hanc definitionem hereditati quoque competere, quippe quæ nihil aliud sit, quàm successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l. heredit. 62. ff. de reg. jur. & l. nihil est aliud. 24. ff de verb. signific.* Verùm respondetur: in hac definitione ipsum Jurisconsultum exprimere formam, quâ bonorum possessio ab hereditate distinguatur. Ait enim, bonorum possessionem jus esse patrimonii, id est, hereditatis persequendæ. At hereditas non est jus persequendi, sed successio in jus universum. *dict. mulis legib.* Atque ita per hereditatem directè ipso jure in universum jus succedimus, dominique constituimur: per bonorum autem possessionem, tantum facultatem & jus persequendi (quæ persecutio non fit actionibus civilibus, sed Prætoriis seu possessoriis, ut possessoriâ hereditatis petitione, *tot. titul. ff. de possessor. heredit. petit.*) aut retinendi (quod fit exceptionibus) consequimur. *Gud. in d. l. nihil est aliud. 24. num. 14. ff. de verb. signif. Wegner. d. disp. 9. th. 6. ad lit. c. De aliis bonor. possess. & heredit. different. dicetur inf.*

8 *§ seq.* Nec obstat, quod hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. *l. hereditatis. 138. ff. de verbor. significat.* & bonorum possessio aliquando absolutè hereditas appellatur, *l. ult. ibi, amplectendæ hereditatis. C. qui admitti ad bonor. possess. poss.* Nam quoad effectum commodi & incommodi, bonorum possessio pro hereditate accipitur, & hereditatis appellatione bonorum possessio contineatur: non verò quoad propriam formam, & formatum effectum, *ut pulchre tradit Gaddeus in d. l. nihil est aliud. 24. num. 15. ff. de verb significat. & Donell. lib. 7. Commentar. de jure civ. c. 14.* Ex quo rectè infertur, appellatione hereditatis, bonorum possessionem propriè non contineri, *uti asseverat Hippolytus Rimiuald. in l. emancipata. 4. num. 174. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt, &c.*

9 Dividitur bonorum possessio in edictalem sive ordinariam, *l. 1. §. sed & si tabulæ testament. nullæ extab. l. cùm quidam. 30. §. 1. in fin. ff. de acquir. vel omitt. hered.* & decretalem sive extraordinariam, *l. 1. § decretalis. 7. ff. de successor. edict. l. 2. §. si quis ex liberis. ibi, decreto. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. servetur. Dorningus in bibliothec. Jurisconsult. tom. 1. verb. agnitio. num. 10. & fol. 1198.* Quam divisionem *Accursius in d. l. 1. §. decretal. ff. de successor. edict. Bartol. in l. 3. §. à municipib. 4. num. 3. ff. hoc t. Decius in Rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. num. 17. & Schard. ibid. n. 24.* aliique Doctores communiter quidem admittunt, sed malè explicant. Ajunt enim, edictalem eam esse, quæ ex edicto Prætoris mortui; decretalem verò, quæ à Prætore vivo concedatur. Quod si verum esset: inde sequeretur, illas species tempore tantum differre: quod absurdum est. *At videantur Menochius de adipisc. possess. remed. 1. num. 9. & aliquot seqq. Wesenbec. ad §. ult. num. 4. infr. hoc tit. Donellus d. lib. 7. Comment. de jur. civ. c. 14. pag. 167. num. 4. Heigius hic n. 6. Giphan. in Commentar. de divis. omn. jur. th. 53. & 54. Schegk in delibatis jur. disp. 14. th. 69. ad lit. b. Fachinæus lib. 5. controvers. jur. c. 73. Scipio Gentil. lib. 1. de jurisdict. c. 2. Wegner. d. disp. 9. th. 6. ad lit. e. & Treutler. disp. 15. th. 2. volum. 2. ubi latè Hunnius quæst. 9. pag. 269 cum seqq. & Bachovius pag. 921. & seqq.* Tametsi divisionem illam improbent & rejiciant Forster. senior. *lib. 2. de success. c. 26. Forster. junior. d. l. 3. disput. 16. thes. 4. & Arumæus Disp. pandect. 17. th. 1.*

Edictalis bonorum possessio est, quæ ex dicto Prætoris perpetuo competit: ac simpliciter, id est, sine causæ cognitione de plano petitur, & agnoscitur Eaque duplex est. Datur enim vel ex testamento, ritè facto; vel ab intestato, *per principium hujus tit. l. 1. & d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possessionibus servetur. l. 1. ff. si tabulæ testam. nullæ extab. l. sed cùm patronus. 6. §. 1. ff. hoc tit. l. in plurium. 70. in princ. vers. idem juris. ff. de acquir. vel omitt. hered. Wesenbec. in d. §. ult. num. 4. infr. hoc tit. Schegk. d. disp. 14. thes. 70.* Bonorum possessio ex testamento rursus duplex est. Nam datur aut secundùm, aut contra tabulas testamenti. Illa secundum voluntatem testatoris, testamento expressam, conceditur omnibus jure scriptis, vel nuncupatis heredibus, *tot. tit. ff. & C. de bonor. possess. secund. tabul. & explicabitur in §. sunt autem. 3. infr. hoc tit.* Hæc autem competit contra testamentum sive nuncupationem, liberis præteritis, tam suis, quàm emancipatis, vel aliàs potestate patriâ liberatis, *d. §. sunt autem. 3. infr. eod. §. emancipatos 3. supr de exhered. liberor. l. 1. in princip. & §. sui juris. 6. l. quod vulgò. 19. ff. de bonor. possess. contr. tab. l. 1. Cod. d. tit. & l. is, qui in potestate. 15. ff. de legat. præstand. contr. tab.* Ab intestato bonorum possessioni locus relinquitur, si neque contra tabulas, neque secundùm tabulas bonorum possessio agnita fuerit. *l. 1. in princip. & §. 2. ff. si tabulæ testam. nullæ extab. d. l. in plurium. 70. in princ. vers. idem juris est ff. de acquir. vel omitt. her.* Ejusque species ex jure hoc Institutionum hæ censentur: Bonorum possessio unde liberi: bonorum possessio unde legitimi: bonorum possessio unde cognati: & bonorum possessio unde vir & uxor, *§. sed eas quidem. 4. infr. hoc t.* Ex jure verò novissimo hæ tantùm: Bonorum possessio unde liberi: bonorum possessio unde legitimi: & bonorum possessio unde vir & uxor. Hodie etenim ex Justiniani constitutione omnes cognati effecti sunt heredes legitimi; adeoque unà cum agnatis succedunt. *Nov. 118. c. 4. Dn. Collega Bocer. hic n. 55. p. 93. & class. 3. Disp. 12. th. 20. ad lit. c. ed. 2.* 10 11 12 13

14 Decretalis seu extraordinaria bonorum possessio est: quæ non priùs competit, quàm à Prætore vivo pro tribunali, causâ cognitâ, decreta fuerit, *l. bona. 3. §. penult. ff. hoc tit. Pacius in Epit. jur. disp. 11. th. 30. Schegk. d. disp. 14. th. 78. Vultej. l. 1. Jurispr. Rom. c. 75. n. 10.* Cujusmodi bonorum possessiones sunt tres. Prima vocatur *Carboniana*, quæ datur liberis impuberibus, qui & statûs & hereditatis paternæ controversiam patiuntur. Nam decreto Prætoris interim mittuntur in possessionem, dilatâ statûs & hereditatis controversiâ in tempus pubertatis, *tot. tit. ff. & Cod. de Carbon. ed. ibiq. Duaren. Paul. lib. 3. sent. tit. 1. Donell. d. l. 7. Comment. c. 14. p. 168. n. 20. & seq.* Altera dicitur *Ventris nomine*: quæ conceditur mulieri, quæ se ex defuncto marito prægnantem dicit. Interim enim, dum spes esse partûs videtur, in possessione est: & constituitur curator bonis, qui ei præstat alimenta, habitationem, & cætera, ad partum edendum necessaria, pro dignitate & facultatibus mariti defuncti, *l. 1. & tot. tit. Digest. de ventre in possess. mittendo. & ibi Wesenbec. in paratit. Mynsinger. n. 6. & Schneidew. n. 7. ad §. septim. 5. infr hoc tit.* Tertia appellatur *litis agnoscendæ sive ordinandæ causæ*: quæ decernitur filio emancipato exheredato, qui de inofficioso acturus est: atq; hæc est sine re: quoniam litis solummodo præparandæ causa petitur, *l. post-* 15 16 17

humus

Digitized by Google

bumus. 6.§. *ultim.* & *l. Papinianus.* 8. *in princip. ff. de inoffic. testament. Schepk d. disp.* 14. *th.* 80. *Pacius d. disput.* 11. *th.* 30. *ad lit. c. Schneidew ad d §. septima infr. hoc tit. n. ultim. Govean lib. 2. [illegible] variar c. 6. Crassus in d. libr. recept.*
18 *sent. §. bonor. poss. [illegible] ult.* Porrò, ad illam bonorum possessionem extraordinariam, referri quoque poterit bonorum possessio, quæ dicitur *ut ex legibus*, vel *Quibus ex legibus*: qua Prætor eos ad bonorum possessionem admittit, quibus ut bonorum possessio detur, lege, constitutione, vel Senatusconsulto cautum est: *l. unic. ff. ut ex legibus & Senatusconsult. bonor. possess. detur.* & *d. §. septima. infrà hoc tit.*

19 Sed antequam progrediamur ulteriùs, indagandum est, an hodie bonorum possessionis aliquis sit usus? Et non esse, opinantur Forsterus junior *d. lib.* 3. *disp.* 16. *th.* 8. & alii nonnulli, hac præcipuè adducti ratione: quòd omnibus illis, quibus olim Prætor consulere voluit, etiam hodie per constitutiones civiles plenissime sit cautum. *Novell.* 118. 127. *Auth. cessante. cum duabus seqq. C. de legit. her.* & *similib.* Verùm contrarium & receptius videtur, & probabilius. Etenim si de acquirenda hereditate quæratur: liberalius cum bonorum possessoribus Prætor, quàm cum heredibus jus civile agit. Hoc siquidem jure civili, qui in aliena sunt potestate, hereditatem sibi delatam adire non possunt, nisi jussu præcedente eorum, quorum in potestate existunt: jure verò Prætorio bonorum possessionem, etiam ignorantibus his, quorum potestati subditi sunt, petere queunt, & ratihabitio sufficit. *l. qui in aliena.* 6. & *l. si quis mihi.* 25. §. *jussum.* 4. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l.* 1. *C. qui admitti ad bonor. possess. poss.* Jure item civili complures sunt gradus eorum, quibus hereditas defertur: & nemo ex inferioribus gradibus hereditatem adire potest, donec priores omnes exclusi sint, sciatque quis, eos exclusos esse, *l. quamdiu* 69. & *l. seq. ff. de acquir. vel omitt. hered.* At bonorum possessionem etiam inferior gradus agnoscere
20 potest intra vicem priorum, quibus ea defertur, *l. ult. C. qui admitti ad bonor. possess. poss.* Præterea quamvis per procuratorem jure civili hereditas adiri nequeat. *l. Pomponius Avitus.* 86. *in princip. ff. de acquir. vel omitt. her.* quemadmodum etiam sub conditione hereditas jure civili adiri nequit. *l. actus legit.* 77. *ff. de reg. jur.* attamen bonorum possessionem prætoriam possum petere, tum per procuratorem, tum sub conditione, si scilicet lucrosa est, vel opulenta. *l. bona autem.* 3. §. *acquirere.* 7. *l. servus.* 7. *in princ. ff. ho. tit. Sichard. ad rubr. C. qui admitti ad bonor.*
21 *poss. poss. n.* 4. Acquisita demum bonorum possessione, hoc proprium est bonorum possessorum beneficium, non heredum: ut, quibus bonorum possessio ex dicto data est, ii de singularum rerum hereditariarum possessione habeant interdictum. *Quorum bonorum l.* 1. *ff. Quorum bonor. Petrus Heigius hîc n.* 5. Et idem sentiunt *in hoc tit. Clingius n.* 11. & 12. *Schneidew. in §. ult. n.* 8. *infr. eod. Gloss. Bartol.* & *Dd. in l. fin. C. unde legitimi. Don. & Sichardus ad Rubric. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. n.* 7. 11. & *sequentib. idem Donell. d. l.* 7. *Comment. de jure civ. c.* 14. *p.* 169. *n.* 40. *Vasq. de success. resol. lib.* 1. §. 3. *n.* 27. *Oldendorp. class.* 5. *act.* 6. *quæst. an hodie petatur recte bonor. possess. p. mihi* 859. *Treutler. d. disp.* 15. *th.* 1. *ad lit. f. vol.* 2. *ibiq. [illegible] Bachovius in suis not. p.* 917. *cum seqq.* & *Hunnius quæst.* 6. *p.* 266. *cum seq. Barter. Decad.* 5. *quæst.* 2. *Arumæus prædicta Disp. Pandect.* 17. *th.* 4. *Paulus Berens disp.* 8. *ad Institut. them.* 4. *quæst.* 1. & *Johan. Kitzel. Disp.* 13. *repetit. univ. jur. th.* 10. *lit. f. Adde Locamerum quæst. jurid. fascic.* 34. *quæst.* 5.

22 Non adversatur huic sententiæ, quòd ei, qui communi auxilio & mero jure tutus & munitus est, non debet tribui extraordinarium remedium sive auxilium. *l. in causæ cognitione.* 16. *in princ. ff. de minorib.* Atqui cognati non succedunt amplius ex jure prætorio, sed magis ex jure civili. *d. Nov.* 118. adeoque illis sufficit petitio hereditatis civilis: præsertim cùm per Justinianum Imp. bonorum possessio sublata censeatur. §. *fin. ubi, ne quis pro bonorum possessione petend. curet. infr. hoc tit.* Hoc, inquam, non adversatur. Quia vetus duntaxat bonorum possessionis solennitas, velut plus æquo scrupulosa, meritò sublata est, & ita *d. §. fin.* accipi debet. Verum simplex quædam insinuatio, ut heres se Magistratui insinuet, petatque auxilium in his, quæ illi forte, ne ad hereditatem apprehendendam perveniat, de facto obstant: ea profectò honesta est, utilis, & necessaria: ideòque frequens admodum, *asserente Oldendorpio d. loco.* Similiter non obstat, quod discrimen, quod olim erat 24
inter emancipatos & suos, prorsus sit sublatum. *d. Nov.* 118. *c.* 4. Etenim jure civili obliterata quidem est differentia emancipatorum & suorum, quoad successionem ab intestato, quia ibi pariter succedunt: cæterum in succedendo contra testamentum, in eo differentia adhuc hodie manet, *ut tradit Sichard. ad d. rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. num.* 8. & *notavimus suprà ad principium num.* 58. & §. *emancipati.* 9. *num.* 4. & 5. *tit. de hered. quæ ab intest. defer.* Denique nihil ad rem facit, quòd hodie nulli 25
sint ampliùs prætores tales, quales olim fuerunt. *Nam* Episcopos, Comites, Marchiones, Duces, Principes, & similes comparari Prætoribus & Præsidibus, testantur *Bartol. in l. stipulationum.* 5. §. *prætoriæ. ff. de verb. obligat.* & *fere omnes Dd. in l. omnes populi.* 9. *ff. de just.* & *jur. hosq. recenter referens Paulus Berens d. disput.* 8. *them.* 4. *quæst.* 1. Vide Dn. Collegam Besoldum *in delibatis juris ex lib.* 37. *ff. quæst.* 1. *pag.* 126. & *seq.*

Nunc ad principium hujus tituli, *juncto* §. 1. quod attinet: 26
ex eo discendum est, bonorum possessionem à Prætore juris civilis tum emendandi sive corrigendi & impugnandi, tum tuendi & confirmandi gratiâ institutam atque introductam esse. Correctionis exempla in jure passim sunt obvia. Unum habetur in hoc principio, & *l. verum.* 3. *ff. de bon. possess. secund. tab.* & *l. posthumus.* 6. *ff. de inoffic. testam.* ubi posthumus alienus (*de quo in* §. *posthumo quoque.* 26. *f. de legatis.*) jure civili inutilitèr heres instituitur, hereditatem seu potius bonorum possessionem jure Prætorio agnoscit. Nec huic resistit §. *posthumus autem alie-* 27
nus. 28. *f. d. tit. de legat.* ubi traditur, posthumum alienum potuisse heredem institui, etiam ante constitutionem Justiniani. *Non* respondetur potuisse quidem: ita tamen, ut hereditatem persequeretur jure honorario, non verò jure civili. Ratio, cur jure civili posthumus alienus utiliter institui non potuerit, est hæc: quia persona planè incerta est. Ast incertæ personæ institui non poterant, *teste* 28
Ulpiano in fragmen. tit. 22. §. *incerta,* &c. Aliud exemplum colligitur *ex l.* 2. §. 1. *ff. de bonorum possessionib. secund. tab.* ubi heres sub conditione institutus, pendente conditione bonorum possessionem adsequi potest: tametsi juris civilis subtilitate hereditatem adire non valeat, *l. [illegible] qui heres.* 13. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Aliud est *in l. posthumo.* 12. *ff. de injust. rupt. irr. facto testament.* ubi heres scriptus in testamento, in quo posthumus est præteritus, mortuo eo, bonorum possessionem secundùm tabulas accipit: quamvis testamentum agnatione posthumi, juris scrupulositate ruptum videatur. *Et hæc in causa [illegible].*
Æquè autem circa successionem intestatorum Prætor re- 29
cessit à jure civili, idque emendavit. Dedit namque filiis emancipatis bonorum possessionem, *Unde liberi*; & cognatis, *Unde cognati*: quos tamen jure civili ab hereditate defuncti exclusos, omnique auxilio destitutos fuisse constat, §. *emancipati.* 9. *sup. de heredit. quæ ab intest. defer. tot. tit. ff.* & *C. Unde liberi.* & *tot. tit. ff.* & *C. Unde cognati.* Plura exempla videre est apud Forsterum *d. libr.* 2. *de successionibus. c.* 27.

Neque his, quæ de emendatione seu impugnatione juris 30
civilis hic dicuntur, contradicit Ulpianus *in l. non est ambigen.* 12. §. 1. *ff. hoc tit.* dum asserit, quod ubicunque lex, vel Senatusconsult. vel constitutio capere hereditatem prohibet, bonorum possessio cessat. *Illud* enim eo de casu accipiendum est, quo propter aliquod commissum quispiam capere hereditatem à jure civili prohibetur, putà is, qui rei capitalis damnatus, neque restitutus est. Etenim huic bonorum possessionem Prætor non tribuit, *l. edicto.* 13. *ff. eod. tit. Forster. d. l.* 2. *c.* 28. *n.* 26.

Confirmationis porrò exemplum, in hoc loco in §. 1. duo ab 31
Imperatore afferuntur: unum in successione testati. Nam Prætor heredibus rectè utriusque institutis bonorum possessionem *secundum tabulas* decernit: qui tamen etiam citra Prætoris beneficium ex jure civili hereditatem consequi possunt, *l. verbis.* 120. *ff. de verbor. significat.*

Est autem bonorum possessio *secundum tabulas* ea, quam Prætor testamenti tabulas ac scripturam sequens, eique obtemperans, institutis heredibus largitur, *l. 1. & passim. ff. de bonorum possess. secund. tab. & de hoc abundantius in §. sunt autem 3. infr. hoc tit.* Alterum exemplum est in successione intestati. Suis enim & agnatis, quibus ab intestato hereditas debetur, Prætor bonorum possessionem pollicetur, *l. 1. & 2. ff. de suis & legitim. heredibus. l. 1. & passim. ff. unde legitimi*: quamvis etiam sine bonorum possessione ad successionem jure civili vocentur. *§. 1. hoc*
32 *tit. in fine.* Sed quia promptius est, & expeditius Prætorium beneficium: ideo Prætor adjuvandi & confirmandi, nec non ad exitum celeriter perducendi juris civilis gratiâ, & scriptis heredibus, & ab intestato proximis, bonorum possessionem concedit; *ut non ineptè hic ad finem Wesenbecius annotavit.* Adde, quòd quemadmodum duabus anchoris niti tutius est: ita & duplici jure, civili scilicet & Prætorio, *docente Rittershusio hic pag. 377. Adde Bachovium hic num. 2. pag. 700.*

§. Quos autem solus. 2.

§. 2. Quos autem solus vocat Prætor ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam prætor heredem facere non potest. Per legem enim tantùm, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per Senatusconsulta, & constitutiones principales. Sed cùm eis Prætor dat bonorum possessionem: loco heredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum, Prætor ex bono & æquo dilatavit.

SUMMARIA.

1 *Quidam ad successionem duplici jure vocantur.*
2 *Prætor neque heredem, neque dominum facere potest hujusque ratio.*
3 *Quatenus eadem vis edicti Prætoris, quæ legis.*
4 *Differentia ac similitudo juris civilis & Prætorii.*
5 *Præcipua inter bonorum possessionem & hereditatem differentia.*
6 *Filiusfamilias an invito patre hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere valeat.*
7 *Num bonorum possessio & hereditas per procuratorem acquiri queat.*
8 *Tempus bonorum possessionis petendæ, itemque hereditatis adeundæ quale sit.*
9 *Hereditate, bonorumque possessione quale acquiratur dominium.*
10 *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.*
11 *Lex omnium humanarum rerum domina & regina.*
12 *Confirmatio l. 1. ff. hoc titulo.*

1 QUibus solus Prætor bonorum possessionem decernit: ii non heredes, sed bonorum possessores appellantur, *per hunc §. nostrum.* Rectè, *solus Prætor.* Nam ad successionem nonnulli duplici vocantur jure, civili, & Prætorio: ut heredes ritè scripti, ut sui, ut agnati, *de quib. paulò ante circa §. 1. expositum*: atque hi sunt & heredes, & bonorum possessores. Alii vocantur tantùm jure Prætorio: & hi (*ut modo dictum*) non appellantur heredes, sed bonorum duntaxat possessores: veluti sunt emancipati, liberi præteriti, posthumi alieni, cognati, &c. Ratio, cur heredes hi non sint, illa est: quia, *inquit hoc loco Impera-*
2 *tor*, Prætor heredem facere non potest. Ratio rationis: quia Prætor dominum facere non potest, sed tantum lex, Senatusconsultum, Principis placitum, *arg. hujus §. & l. 2. ff. de legib. & l. qui usumfructum. 3. ff. si usufruct. petat. Cujacius hic in suis notis. Wesenbec. num. 1. Rainaldus Corsus libr. 3. indagationum jur. cap. 4. D. Collegæ Besold. in Commentar. ad l. 7. & 8. t. 1. libr. 1. ff. num. 9. p. 114. Et eâ de re varias opiniones recitat Fachinæus libr. 5. Controvers. jur. c. 74.* Ast hereditas est species acquisitionis dominii, *arg. §. ult. s. per quas person. cuique acquirit. & §. ult. sup. de heredum qualit. & differ.* Cur verò Prætor dominum non faciat, sed tantùm lex, aut Senatusconsultum, aut constitutio sive Principis placitum, hæc est ratio: quia dominium, quod acquiritur successione, juris est civilis, *docente Vulteio ad principium hujus tit. num. 3.* Prætor autem magis spectat jus naturale, & ea, quæ sunt naturalia, ut est possessio, *argument. §. emancipati. 9. vers. sed prætor naturali, &c. s. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. cum juribus similibus.* Neque obstat, 3
quòd Prætoris edictum vim legis obtineat, *§. Prætorum. 7. s. de jure natur. gent. & civ.* Eadem namque vis est & auctoritas edicti Prætoris, quæ legis, ratione sc. effectûs; non autem ratione formæ & modi. Ideòque notanda hoc 4
loco est juris civilis & prætorii differentia, ac similitudo. Differentia est: quòd jus civile efficiat heredem: Prætor bonorum possessorem. Similitudo hæc est: quòd quidem utriusque sit effectus, id est, bonorum possessor, quoad effectum, loco heredis habeatur, *l. 2. ff. hoc tit. l. Prætor. 117. ff. de regul. jur.*

Enimverò bonorum possessionis & hereditatis hæ præ- 5
cipuæ sunt differentiæ. I. Hereditas solâ animi destinatione adiri potest, sine præsentia judicis, *§. item extraneus. 7. s. de hered. qual. & differ. l. si avia. 6. C. de jure deliber. l. pro herede. 20. & l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Bonorum possessio à Prætore, seu judice peti debet, *l. ultim Cod. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* II. Fi- 6
liusfamilias heres institutus, invito patre, hereditatem non adit, *l. si quis mihi. 25. §. jussum. 4. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Ast, ignorante & invito patre, bonorum possessionem agnoscit, *l. 1. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* III. Bonorum possessio per procuratorem 7
acquiritur, *l. 3. §. acquirere. 7. ff. hoc tit.* Hereditas per procuratorem adiri & acquiri nequit, *l. per curatorem. 90. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Cujac. libr. 1. observ. c. 34. & dictum supr. ad princip. hujus tit. num. 20.* IV. Tempus bonorum possessionis petendæ est vel annuum; 8
vel centum duntaxat dierum *l. 1. §. largius. ff. de success. edict. & §. cùm igitur plures. 6. infr. hoc tit.* Tempus adeundæ hereditatis est perpetuum, id est, triginta annorum, *l. licèt. 8. C. de jure deliber. l. hereditatis. 7. C. de petit. hered.* V. Hereditate directum (*uti vocant*) acquiri- 9
tur dominium: bonorum possessione utile tantùm, *juxta Accurs. & Dd. in l. 1. ff. hoc tit.* Idque ratione confirma- 10
tur: quia nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet, *l. nemo. 55. ff. de reg. jur.* Atqui Prætor rerum nostrarum dominus non est, *arg. hujus §.* Non ergo directum, sed utile tantùm dominium bonorum possessori tribuere potest. Ex quo & alia (*præter eam, quæ suprà in-* 11
dicata est, num. 2.) differentiæ ratio colligitur, cur lex directum heredem & dominum, non autem Prætor, constituere possit: quia videlicet non Prætor, sed lex omnium humanarum rerum domina est, & regina: *ut ex Chrysippo Marcianus scribit in dict. l. 2. ff. de legit.* Nec refra- 12
gatur *dict. l. 1. ff. hoc t.* ubi Ulpianus respondit, bonorum possessionem dominium rerum tribuere. *Nam* id non de directo, sed utili; sive de dominio possessionis, non proprietatis, intelligendum est. Nec enim Prætor dominium rerum sive proprietatem tribuit, sed possessionem solummodò & retentionem: *sicuti ibidem monuit Gothofredus, & Cujacius in Paratitlis.* Porrò de istis, & aliis inter bonorum possessionem, & hereditatem differentiis, videantur *Schneidewinus hic num. 6. Thadæus Piso num. 3. Forcatulus lib. 1. de successionibus. cap. 5. per totum, & Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quæst. 38. item in Resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 16. th. 1. quæst. 3. pag. 363. & seqq.*

§. Sunt autem. 3.

§. 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ: Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure scriptis hereditatibus Prætor pollicetur: ideoque vocatur secundùm tabulas.

Digitized by Google

tabulas. Et cùm de testamentis priùs locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis, qui ex edicto Prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur Unde liberi. Secundo, legitimis heredib. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt a. decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni, quàm materni: item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quàm ex filia: frater, sororvè, consanguinei, vel uterini. Quarto, cognatis proximis. Quinto, tanquam ex familiâ. Sexto, patrono, patronæque, libertisque eorum, & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

SUMMARIA.

1 *Bonorum possessio contra tabulas adversus quos detur.*
2 *[illegible]*
3 *Bonorum possessio contra tabulas quibus competat.*
4 *Suis heredibus præteritis, testamentum ipso jure est nullum.*
5 *Rem per magistratum possidere expedit.*
6 *An & quatenus bonorum possessio contra tabulas, filiofamilias præterito accommodetur.*
7 *Cur exheredatis non detur.*
8 *[illegible] heredi instituto indulgeatur.*
9 *Bonorum possessio contra tabulas ad quid detur.*
10 *De bonorum possessione secundum tabulas.*
11 *Quare hæc bonorum possessio [illegible] habeat in testamento scripto, non in mancipativo.*
12 *De bonorum possessione Unde liberi.*
13 *Nunquid hæc inter liberos [illegible] sit necessaria.*
14 *De bonorum possessione Unde legitimi.*
15 *De bonorum possessione Unde decem personæ.*
16 *De bonorum possessione Unde cognati.*
17 *De bonorum possessione Tanquam ex familiâ.*
18 *De bonorum possessione Unde liberi patroni.*
19 *De bonorum possessione Unde vir & uxor.*
20 *De bonorum possessione Unde cognati manumissoris.*

1 EXponit Imperator breviter omnes bonorum possessionis species: & primùm quidem juris veteris, quo sunt decem: deinde juris novi, quo sunt sex ordinariæ. Quædam autem bonorum possessiones ex testamento, seu potius occasione testamenti deferuntur: quædam verò ab intestato. Ex testamento duæ sunt: *contra tabulas*, & *secundum tabulas*. Bonorum possessio *contra tabulas* datur, non contra scriptos heredes, sed contra tabulas ipsas ligneas, ceravue oblitas, id est, ipsam testamenti scripturam. Nam etiamsi nemo ex heredibus institutis hereditatem adeat: nihilominus tamen hæc possessio concedenda est, *l. illud.* 4. *l. quod vulgo.* 19. *ff. de bonorum possess. contra tabul.* Aliud in querela inofficiosi obtinet. Hæc enim non nisi post aditam ab herede scripto heredit. moveri potest, *l. Papinianus.* 8. *§ si conditionis.* 10. *ad fin.*
2 *ff. de inoff. testament.* Ratio differentiæ est: quia querela inofficiosi, tantùm liberis exheredatis conceditur. *l. si ponas.* 23. *ff. eod. t. l. non putavit.* 8. *in princ. ff. de bonorum possess. contra tab.* At exheredatio nisi aditâ hereditate non valet: nec ante eam aditam quispiam exheredatus intelligitur. Bonorum autem hæc possessio competit liberis etiam nondum hereditate aditâ præteritis. Præteritio quippe nihil disponit: ac proinde non opus habet aditione hereditatis, per quam confirmetur sicuti exheredatio. *Anton. Gomez. tom.* 1. *variar. resolut. cap.* 11. *num.* 18.

3 Datur hæc bonorum possessio liberis (*ut modò dictum*) in paterno testamento præteritis, non tantùm emancipatis, verùm etiam suis. *§. eadem hæc* 12. *supr. de hered. quæ ab intest. defer. l. is, qui in potestate.* 15. *ff. de legat. præstand. contr. tab. Accursius & Schneidewin. hic num.* 6. & 7. *Schiffordeg. & Thadæus Piso. num.* 5. & *alii Interpretes. Alexand. Jason.* & *cæteri Dd. ferè omnes in l. fin. C. de bonor. possess. contra tabulas. Treutler. vol.* 2. *disp.* 15. *th.* 3. *ibique in suis notis Bachovius. p.* 931. & *Heunnius. p.* 272. & *seq.* Emancipatis autem plane necessaria est: quia jure civili, cum fuerint præteriti, nullum aliud habent remedium, quo ad hereditatem perveniant. *§. emancipati.* 9. *sup. de hered. quæ ab intest. defer.* Suis verò non est necessaria: quia aliud ipsis suppetit remedium, quo hereditatem persequi possint, putà jus dicendi nullum. Suis 4
enim præteritis ipso jure nullum est testamentum, *per princip. §. de exheredat. lib. l. inter cætera.* 30. *l. pen.* & *ult. ff. de lib. & posthum. l.* 1. & *l. filio.* 17. *ff. de injust. rupt. irr. fact. testament. l. ult. in fin. C. de liber. præter.* Est ta- 5
men illis etiam utilis hæc possessio: Tum quia expedit, rem possidere per Magistratum. *l. juste possidet.* 11. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l. qui auct.* 137. *ff. de regulis jur.* Tum quia suus præteritus prævenire potest, & impedire heredem scriptum, petitâ hac bonorum possessione contra tabulas, quàm si petierit, scriptus ad bonorum possessionem secundùm tabulas admitti non poterit. *in fin. d. l. C. de bonor. possess. cont. tab.*

Sed occurrit hoc loco scrupulus, non omninò (*meo* 6
judicio) contemnendus. Cùm testamentum, in quo filiusfamilias præteritus est, ipso jure sit nullum, *dictis juribus*: & ea propter rescindi nequeat: nec etiam rescissione suus heres præteritus, utpote qui testamento nullo facto, ab intestato potest succedere, indigeat, *§.* 1. *supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* quomodo ei hæc bonorum possessio, quæ est remedium rescissorium, accommodabitur? Respondendum: filio in potestate præterito, testamentum jure quidem civili nullum esse, sed jure Prætorio valere, *argum. l. posthum.* 12. *in princ. ff. de injust. rupt. irr. facto testam. l.* 2. *§.* 1. *ff. de bonorum possess. secund. tab. Gloss. hic.* & *in dict. leg. fin. C. de bonorum possess. cont. tab. Viglius in §.* 1. *supr. de exheredat. lib. n.* 4. & *§. non tamen supr. quibus mod. testam. infirm. n.* 2. Et quamvis vulgus Doctorum aliter sentiat, videlicet testamentum, in quo filiusfamilias præteritur, etiam jure Prætorio non subsistere, adeóque bonorum possessionem hanc *contra tabulas* filio in potestate præterito competere, non ad rumpendum, sed ad declarandum testamentum nullum, *quemadmodum tradit Gomezius dict. tom.* 1. *variar. resolut. cap.* 11. *n.* 5. & *eum secutus Michael Grassus in lib. receptar. sentent. § bonorum possessio. quæst.* 20. *n.* 2. nostram tamen sententiam contra communem, plurimis juris textibus & rationibus solidè confirmasse videtur Fernandus Vasquius *lib.* 2. *de successionibus. §.* 20. *pag.* 3. *requis.* 29. *num.* 140. & *seq.* Firma igitur est conclusio: non solum emancipatis, sed & suis bonorum possessionem *contra tabulas* dari: eâ tamen conditione si præteriti fuerint. Nam legitimè exheredatis non datur, *præallegatâ* 7
l. non putavit. 8. & *l. sed sub conditione.* 18. *ff. de bon. possess. contr. tab. l. ult. ff. de liber.* & *posth.* Ejusque ratio est: quia non temere voluit Prætor; contra patris certum & expressum judicium, quo filium suum ab hereditate removit, auxilium suum interponendo auctoritatem defuncti impugnare, cùm justa exheredationis causa esse possit. *Wesenbec. in paratitl. ff. de bonor. possess. cont. tab. num.* 3. Ex quo descendit & illud: quòd ne præteriti quidem ad hanc bonorum possessionem semper confugere valeant. Ea enim filio, testamento matris vel avi materni præterito, denegatur. *l. illud notandum.* 4. *§. ad testamenta. ff. eod.* Ratio ex supradictis patet: quia præteriti à matre, avovè materno, pro exheredatis habentur. *§. ult. supr. de exheredat. liberor.* Atqui exheredatione notatis hæc possessio non tribuitur. *d. l. non putavit.* 8. *ff. de bonor. poss. contra tab. d. l. ult. ff. de liber.* & *posthumis*, &c.

Sed quid de herede instituto dicendum: nunquid ei bo- 8
norum possessio hæc dabitur? Nequaquam. Et ratio est: quia secundùm tabulas habere possessionem potest. *l.* 3. *§. si quis ex liber.* 11. *ff. de bonor. poss. contr. tab.* Fit tamen interdum, ut institutus ad bonorum possessionem *contra tabulas* admittatur: propterea quòd alius sit præteritus, qui edictum commiserit, id est, edictum de contra tabulas instituto aperuerit. *d. l.* 3. *§. si quis ex liberis* 11. *vers. plane. ff. d. t.* Nec hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, expectant; ut præteriti bonorum possessionem accipiant: cùm semel beneficio aliorum, ad id beneficium fuerint admissi. *l. si post mortem.* 10. *§. ultim. ff. eod.* Atque hoc remedium heredibus scriptis aliquando utilius est, quàm bonorum possessio *secundùm*

Digitized by Google

contra tabulas: si fortè minimâ ex parte heredes instituti sunt. *dict. l. non putavit. 8. §. ult. ff. eod. tit. Grass.*
9 *in d. §. bonorum possessio. quæst.* 24. Datur autem bonorum possessio contra tabulas, ad evertendum & rescindendum patris testamentum, *l. 1. in pr. ff. de legatis præstand. contra tab. & c. d. l. quod vulgò. 19. ff. de bonor. possess. contra tabul. l. ut liberis. 17.* [illegible] *testamento* [illegible] *C. de collationibus cum similibus.* Rescisso porrò testamento, hic subsequitur effectus, ut liberi, in quorum favorem illud rescissum est, ab intestato succedant. *d. l. non putavit. 8. §. ult. & l. cum emancipatus. 13. ff. de bonor. poss. contr. tab.* & legata omnia, quæcunque ex testamento relicta sunt, intercidant: exceptis iis, quæ ipsis defuncti parentibus aut liberis, uxori item, nuruique dotis nomine relicta sunt. Hæc etenim legata pietatis intuitu illis personis conservantur *d. l. 1. 2. 3. & passim. de legatis præstand. & l. 1. C. de bonor. poss. contr. tabul.*
10 Transeamus ad bonorum possessionem *secundum tabulas*: quæ defertur secundum tenorem testamenti, sive secundum testatoris voluntatem, [illegible] heredibus *l. 2. §. defertur. 4.* [illegible] *ff. de bonorum possessionib. secund. tab.* [illegible] Et hæc bonorum possessio [illegible] ipse quæ [illegible] jure civili & in defuncti voluntate ultimâ fundata sit: ita necessaria in plerisque casibus non est. Nam ut maxime is, qui heres est institutus, bonorum possessionem non petat: tamen nihilominus hereditatem acquirit, quæ [illegible] ipsi jus tribuit, quod ex bonorum possessione habere queat. [illegible] in [illegible] illi creditur, quod jus civile confirmat: cùm justius possidere videatur, qui etiam [illegible] Prætore possidet. *d. l. cùm* [illegible] *11 ff. de acquir. vel amitt. poss.* [illegible] *& d. §.* [illegible] Rectè [illegible] cum Justiniano hic dicimus: hanc bonorum possessionem concedi scriptis heredibus. [illegible] in testamento scripto,
11 non in [illegible]. [illegible] differentia est: quod nuncupativum [illegible] civile est: *§. ult. f. de testament. ordin.* scriptum non item: [illegible] sunt [illegible], ut signa septem testium. *§. sed cùm paulat. 3. supr. de testam. ordin.* Itaque Prætor scriptum quidem testamentum agnoscit, sed non [illegible] ipsum scriptum non agnoscit priùs, quàm sua signa viderit. Quæ si compareant, etiamsi alia solennia desint: id tamen testamentum jure prætorio sustinetur. [illegible] scriptus, accepta bonorum possessione *secundum tabulas*, bona obtinet, non quidem ut heres, sed ut bonorum possessor, id est, heres prætorius. *§. non tamen. 6. supr. quibus mod. testamenta infirmentur.* [illegible] in priore bonorum possessione *contra tabulas*; ut & ipsa appellatio indicat. Veruntamen receptum est, ut [illegible] quoque heredibus utilis bonorum possessio *secundum tabulas* detur *l. final. & ibi Gothofred. Cod. de bonorum possession. secundum tab. l. ult. C. de codicill.* Quod autem hic ex Justiniano addimus, possessionem hanc deferri heredibus *jure* scriptis: intelligimus sive civili, sive saltem Prætorio, quod septem testium sigilla tantum in testamento requirit. *dict. §. non tamen. 6. f. quibus mod. testament. infirmat. Duar. ad dict. §. de bonor. possess. secund. tabul. cap. 2. & 3.* Atque hæc de bonorum possessionibus ex testamento.

12 Ab intestato bonorum possessiones tum dantur, cùm omninò testamentum factum non est: vel factum quidem, sed quod ne jure quidem Prætorio sustinetur. Et hujuscemodi ab intestato bonorum possessiones hic memorantur octo. Prima *Unde liberi* vocatur: & parentibus intestatò mortuis, liberis eorum, tam emancipatis, quàm suis conceditur. *l. 1. §. 1. & §. rectè autem. 5. l. liberis. 4. & ll. seqq. ff. si tabula testam. nullæ extab. l. 1. §. ult. ff. quis ordo in possess. servet. §. emancipati 9. supr. de hereditatibus quæ ab intest. defer. Ulpian. in fragment. tit. 28. §. liberis. &c. Joan. Kitzelius Disput. 13. repetitionem universi jur. th. 12. lit. b.* Ac sanè suis datur, non tanquam necessaria, cùm jure civili hereditatem consequi possint. *l. quemadmodum. 7. ff. de inoffic. testam.* [illegible] *§. 1. supr. de hereditat. quæ ab intest. defer.* sed ut utilis, propter auctoritatem Magistratus, *argum. dict. l.* [illegible] *11. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Emancipatis verò prorsus necessaria est: quia jure civili ab hereditate excluduntur. Per hanc autem bonorum possessionem, cum suis heredibus, ad defuncti patris successionem admittuntur. *d. §. emancipati. 9. supr. de hereditat. quæ ab intestato defer.*
Quæri hoc loco solet: an etiam hodie illa liberis emancipatis sit necessaria? Et necessariam esse, contendit Alciatus *libr. 3. paradoxor. cap. 10.* Verùm contraria longe verior est sententia, *per Novell. 118. cap. 4.* ubi apertè statuitur, in successione ab intestato nullam amplius differentiam inter suos & emancipatos esse. Atqui certissimum est, suos ipso jure civili heredes fieri, *dict. §. 1. supr. de hered. quæ ab intestato defer.* Ergo & emancipati ex jure civili succedent, nec bonorum possessione *Unde liberi* opus habebunt. 13

Secunda bonorum possessio ab intestato *Unde legitimi* appellatur: & agnatis accommodatur, non existentibus defuncti liberis *l. 3. & tot. tit. ff. & C. unde legitimi.* Agnatorum autem appellatione imprimis hic veniunt illi, qui capite deminuti non sunt. Nam legitimum heredem, si capite deminutus esset, ab hac bonorum possessione summoveri, palam est, *l. 1. in fine. ff. eod. l. legitimæ. 5. ff. unde cognati §. 1. f. de success. cognator.* Deinde inter agnatos legitimos numerantur & alii, qui ex novis legibus, vel Senatusconsultis, ut Tertylliano, aut Orphitiano, ad hereditatem legitimam admittuntur. *d. l. 2. §. ult. cum l. seq. ff. unde legitimi.* Quare ad hunc numerum pater quoque manumissor accensendus est, quem filii sui legitimum heredem esse, supra audivimus *in §. ult. de legitima agnator. success.* Hæc autem bonorum possessio utilis est potius, quam necessaria: quia & legitimi jure civili ad successionem defuncti vocantur; *ut ex principio allegati modò tituli liquidò constat.* 14

Tertia ab intestato bonorum possessio *Unde decem personæ* dicitur: & decem personis, quæ extraneo manumissori præferuntur, competit. Nam cùm olim parens naturalis ad successionem filii emancipati non aliter admitteretur, quàm si contracta fiduciâ emancipatus esset: fiduciarius pater, sive extraneus manumissor, filii illius intestatò mortui bona occupabat, propter emptionem imaginariam, uno scilicet aut altero nummo factam: *ut in d. §. final. f. de legit. agnat. success.* [illegible] *est, & explicat* [illegible] *lib. 5. Miscell. cap. 9.* Sed Prætor iniquum [illegible] existimans, hominem alienum [illegible] illius emancipati hereditatem auferre, & propinquis ejus omnibus anteponi, decem illi personas hic enumeratas prætulit. Verùm hæc tertia bonorum possessio ab Imperatore sublata est. *§. sed eas quidem. 4. infr. h. t.* 15

Quarta bonorum possessio ab intestato cognatis proximis tribuitur: & *Unde cognati* nominatur. *l. 1. & tot. tit. ff. unde cognati.* Atque hæc possessio planè necessaria fuit cognatis, utpote quibus nullus jure civili ad successionem amplectendam aperiebatur aditus. At novissimo jure amplius necessaria non est: cum cognati & agnati hodie etiam de jure civili, si modò pares sint gradu, simul succedant: &, quod magis est, si propinquiores sint agnatis, soli ad hereditatem vocentur, omnibus agnatis exclusis: ut *ex dicta Nov. 118. c. 4.* ostendimus supr. *in §. ult. de success. cognator.* [illegible] & post Anton. Contium *lib. sing. de hered. & bonor. poss.* docet Heigius *hic num.* 23. 16

Quinta bonorum possessio ab intestato, *tanquam ex familia*, nuncupatur & familiæ, hoc est, agnatis patroni si neque ipse patronus, neque ejus liberi extent, in bonis liberti indulgetur: *ut velle hic Theophilus (quicquid contra* [illegible]*) Franciscus Baro, Cujac.* [illegible] *bonique referens Borcholt. Bachov. n. 2.* [illegible] *cum seq. & alii decl. ejusq. meminit quoq. Ulpian. in fragm. tit. 28. §.* [illegible] *&c.* Sed & hæc possessio a Justiniano est sublata *d. §. sed eas quidem. 4. vers. eumq. antea. infr. h. tit.* 17

Sexta ab intestato bonorum possessio datur, *Unde liberi patroni:* & patrono, patronæ, liberis, parentibusque illorum datur, *Ulpian. d. t. 28.* Hæc verò possessio non videtur fuisse necessaria: quia & jure civili patronus liberto succedebat ab intestato, si nullum suum heredem relinqueret, *ut dictum supr. initio tit. de success. libertor.* Ast hanc quoque possessionem, ut supervacuam, Justinianus de jure re- 18

cedere

Digitized by Google

cedere jussit. *d. §. sed eas. vers. cumq; antea. infrà hoc tit.*

19 Septima bonorum possessio ab intestato, appellitatur *Unde vir & uxor*, eisque attribuitur *l. unic. ff. unde vir & uxor. & l. unic. C. eod.* Eaque in usu remansit, *sæpè allegato §. sed eas quidem. vers. aliam verò. infr. hoc tit.* Sed *de hac abunde expositum suprà ad princip. t. de hered. quæ ab intest. deferunt. n. 476. & seqq.* Ratio autem, cur hæc earum, quæ hodie obtinent, ultima sit, est illa: quia inter virum & uxorem neque jus naturale seu sanguinis, neque ratio evidens civilis esse videtur. Omnibus tamen legitimis heredibus & propinquis deficientibus, uxor & maritus in hereditate vacante, fisco præferuntur. *l. ult. Cod. Theod. de legit. hered. lib. 5. tit.* 1. Quinimò secundùm quorundam locorum statuta, superstitem conjugem præferri omnibus agnatis & cognatis, præterquam liberis, *post Andream Cail. lib. 2. observ.* 124. tradit Heigius *hic n. 25.*

20 Octava ab intestato bonorum possessio vocatur, *Unde cognati manumissoris*: & cognatis patroni, patronæque in bonis liberti assignatur, *Ulpian. d. t. 28.* Cæterum hæc possessio etiam à Justiniano evacuata est, *ut ex d. §. sed eas quidem. 4. infr. h. t. mox intellecturi sumus.*

§. Sed eas quidem. 4.

§. 4. Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est: sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tab. quidem & secundùm tabulas, bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas; nec non ab intestato Unde liberi & Unde legitimi bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat; id est, Unde decem personæ: eam pio proposito, & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cùm enim præfata bonorum possessio 10. personas præponebat extraneo manumissori: nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus contractâ fiduciâ manumissionem facere dedit: ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus: & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio tanquam ex familia; & octavo, Unde patron. patronæque, & parentes eorum: utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatûs fecimus, penitus evacuavimus. Cùm enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodò coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quàm Unde legitimi, & Unde cognati: ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate, & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum jure soluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ Unde vir & uxor appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & tutiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque bonor. possessione, quæ erat Unde cognati manumissoris, propter causas enumeratas meritò sublatâ: ut sex tantummodò bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

SUMMARIA.

1 *Jure novo quot sint bonorum possessiones.*
2 *Has bonorum possessiones cur Justinianus ordinarias appellet.*

1 Adhuc dictum est de jure veteri, quo decem fuerunt bonorum possessiones: nunc de jure novo, quo sex sunt: duæ ex testamento; *contra tabulas, & secundum tabulas*: & quatuor ab intestato: *Unde liberi: Unde legitimi: Unde cognati: Unde vir & uxor*. 2 Atque has sex bonorum possessiones Justinianus Imperator ordinarias *in fine hujus §.* appellat: non quòd sint juris civilis, sed quòd ordine deferantur. *l. 1. ff. quis ordo in possessionibus servetur. §. cùm igitur. 6. ibi, eosque per ordinem disposuisset. infr. hoc tit. Wesenbec. hic num. 4.* Reliquas quatuor ab intestato omnes, nempe tertiam, *Unde decem personæ*: quintam, *Tanquam ex familia*: sextam, *Unde liberi patroni*, & octavam, *Unde cognati manumissoris*: sive, si etiam connumeres eas ex testamento; quintam, septimam, octavam, & decimam (*ut ordine hic exponitur*) tanquam supervacaneas, minusque necessarias, idem Imperator ex usu sustulit atque rejecit.

§. Septima. 5.

§. 5. Septima eas secuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exegit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusvè Principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

SUMMARIA.

1 *Quæ sint extraordinariæ bonorum possessiones.*
2 *Edictales bonorum possessiones decretalibus opponuntur.*
3 *Requisita bonorum possessionis, Quibus ex legibus, vel ut ex legibus.*

1 Sex ordinariis bonorum possessionibus Justinianus hoc loco septimam extraordinariam opponit, quæ *Quib. ex legibus*, vel, *ut ex legibus*, appellari potest, *l. unic. ff. ut ex legibus, Senatusvèconsultis bonor. possess. detur.* Sunt tamen & aliæ extraordinariæ, quæ decretales dici solent: quia decreto, id est, pro tribunali à Magistratu decernuntur: cujusmodi est Carboniana, ventris item, & litis agnoscendæ causa quæ datur; *de quibus diximus suprà ad principium hujus tit. n. 15. & sequentibus.* 2 Et his decretalibus opponuntur edictales: quæ scilicet edicto sunt propositæ, & sine decreto, ipso jure competunt: ut sunt sex istæ præfatæ, & etiam hæc septima. Quæ septima haud incommode vocari poterit & ordinaria, si comparetur decretalibus, & extraordinaria, ut hic, si comparetur sex prioribus, quæ ex ordinaria certaque causa conceduntur: cùm hæc septima ex causâ incertâ, putà ex novâ aliquâ lege pendeat, & deferatur.

3 Requisita autem hujus bonorum possessionis, secundùm magis receptam sententiam, sunt: ut deferatur ex legibus novis: civilibus, non Prætoriis: expressè, & specialiter: neque is, qui eâ utitur, per aliam legem civilem ad hereditatem vocetur. *Exempli gratiâ*: Si per Cæsaream constitutionem in aliquo Collegio vel Universitate Seniori deferatur successio Collegæ, defuncti sine agnatis vel cognatis: certè eo casu ad hanc septimam extraordinariam bonorum possessionem necessariò illi Seniori recurrendum erit: propterea quòd nulla ei competat nominata bonorum possessio: cùm nec filius sit, nec agnatus, nec cognatus, nec vir, nec uxor: nec etiam jure civili defuncto succedere possit. Sed de hac extraordinaria

Digitized by Google

nariâ bonorum possessione, *post Jasonem in l. fin. C. unde legitimi*, &c. *videantur hic Mynsingerus & Schneidewinus, Grassus in lib. receptar. sententiar. §. bonorum possess. quæst. 30. Cujacius ad l. legitima. 6. ff. de pact. Bocer. class. 3. Disput. 12. thes. 26. ad lit. a. edit. 2. Treutler. vol. 2. disp. 15. th. 5. lit. E. ibique Bachovius in suis not. pag. 959.*

§. Cùm igitur plures. 6.

§. 6. Cùm igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem dispoſuisset, & in unaquaque specie successionis sæpè plures extent dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facilè in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus, tam naturalibus, quàm adoptivis, in petendâ bonorum possessione anni spatium, cæteris autem agnatis, vel cognatis, centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit: ejusdem gradûs personis accrescit: vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit: non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

SUMMARIA.

1 *Quare petendæ bonorum possessioni certum tempus à Prætore sit præfinitum.*
2 *Ratio differentiæ inter liberos & parentes.*
3 *Juri accrescendi ubi sit locus.*
4 *Nemo pro parte testatus; pro parte intestatus decedere potest.*

1 PEtendæ bonorum possessioni certum tempus à Prætore præfinitum est: partim idcirco, ne creditores essent in damno, si diu bona jacerent sine herede, quem convenire possent: partim, ne injuriâ afficeretur defunctus, si nimis citò ejus bona à creditoribus per immissionem bonorum occuparentur, & venderentur, *hoc § nostro. & l. 1. in princ. ff. de successorio edicto.* Liberi itaque & parentes, tum naturales, tum adoptivi, bonorum possessionem petere debent intra annum: cæteri autem, agnati vel cognati, intra dies centum, *per hunc §. vers. liberis itaque*, &c. Ratio differentiæ inter liberos ac parentes,
2 & cæteros; est honor sanguinis: quia, *inquit Ulpianus*, arctandi non erant, nec tam facilè excludendi, qui penè ad propria bona veniunt, *d. l. 1. §. largius. 12. ff. de successor. edict.* Anno isto, vel centum diebus istis elapsis: nec illi, id est, liberi aut parentes, nec hi, id est, cæteri, agnati nimirum vel cognati, admittuntur ampliùs. Quin & si is, cui bonorum possessio competebat, eam repudiarit: protinus ad ordinem proximum jus illud devolvitur: aut pars repudiata accrescit alteri, qui cum ipso eundem obtinebat gradum, *hoc §. vers. & si intra*, &c. *Vultejus libr. 1. Jurisprud. Roman. c. 75. ad finem.* Atque ita juri accrescendi locus est non solùm in here-
3 ditatibus, & legatis, sed etiam in bonorum possessione, *l. 3. § ultim. & tribus legibus sequentibus. ff. hoc tit.* Ra-
4 tio in bonorum possessione est eadem, quæ in hereditate: ne videlicet quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. *§. hereditas. 5. vers. neq. enim. s. de heredibus instituend. ubi id explicui fusius n. 9. & seqq. l. jus nostrum. 7. ibiq. Decius & Cagnolus. ff. de regul. jur.* ut certè diverso quis jure censeatur ab intestato, hoc est;

hereditas ad unum deferatur ex primo ordine, ad alium ex secundo: quod est absurdum, *l. eum, qui ædes. 23. & l. verum mixtura. 30. §. 1. ff. de usucap. & usucapionibus.* Et huc pertinet tit. *C. quando non petentium partes petentibus accrescant.*

§. In petenda. 7. & ult.

§. 7. In petendâ autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. Sed benè anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed quocunque modo admittentis eam indicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat eorum beneficium.

SUMMARIA.

1 *Dies utiles, & continui qui dicantur: quomodo item differant.*
2 *Annus continuus ex quibus diebus conficiatur.*
3 *Dupliciter Prætor sui copiam facere dicitur.*
4 *Dies sessionum qui.*
5 *Bonorum possessionem alia causa cognitionem requirunt: alia non requirunt: & utraque quomodo vocentur.*
6 *Ut in hereditate adeunda solennis ratio, nimirum cretio; ita & in bonorum possessionibus petendis vetus solemnitas sublata est.*
7 *Hodie sola declaratio animi, sive qualiscunque testatio amplectendæ bonorum possessionis sufficit.*

IN bonorum possessione petendâ singuli dies utiles computantur, *hoc §. nostro. & l. 2. ff. quis ordo in possessionibus servetur.* Sunt autem dies utiles, quibus quis delatam sibi possessionem scivit, eamque à Prætore postulare potuit, *l. 1. ff. de diversis & temporalibus præscriptionibus. l. miles. 11. §. sexaginta. 6. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. 2. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* Illis opponuntur dies continui. Dies utiles intelliguntur ex eo tempore, quo quis scivit, se habere jus agendi sive persequendi: continui dies intelliguntur, quàm primùm jus delatum est, sivè is, cui delatum est, sciverit, sivè ignoraverit. Ideoque illi sunt judiciales, hi etiam extra judiciales: illi currunt tantum scienti, non etiam ignoranti. Dicuntur verò con- 2
tinui, eò quòd continuè unus ex aliquo dependet. Et ex continuis trecentis sexaginta quinque diebus conficitur annus, qui vulgaris dicitur. At annus utilis totidem constat diebus, sed ex anno continuo illis duntaxat desumptis diebus, quibus agi potuit: proindeque non nisi multi anni continui utilem faciunt, *ut eleganter Vultejus annotavit in §. præcedente. n. 4.* Igitur dies utiles non sunt continui: quia continuè agi non potest: nec continuò & semper sui Prætor copiam facit. Dupliciter autem Præ- 3
torem sui copiam facere, aut jus dicere, non ignorandum est: interdum pro tribunali, cùm scilicet res exposcit causæ cognitionem. *l. nec quicquam. 9. §. 1. ff. de offic. Proconsul.* interdum extra tribunal, sive de plano, hoc est, de inferiori loco, & in viâ procedens etiam, seu in transitu; non in superiore illa eburnea tribunalis sellâ: scilicet cùm non causæ cognitionem plenam, sed summariam tantùm res desiderat: & magis executione, quàm cognitione indiget: magisque in imperio, quàm jurisdictione consistit, *d. l. nec quicquam. 9. §. de plano. ff. dicto tit. l. 1. C. ut in possessionem legatorum*, &c. *§. 2. supr. de libertin. Wesenbec. hic num. 2.* Quibus porrò diebus pro tribuna- 4
li, in eburneâ curuli sellâ Prætor sedebat: ii dies sessionum scitè appellantur à nostris, *d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. servetur. l. is, cui. 5. §. sex autem. ubi Gothofredus. ff. ut in possess. legatorum*, &c. *Duarenus lib. 2. disput. anniversf. c. 16.* Jam verò bonorum possessiones quædam 5
causæ cognitionem requirunt: quædam non requirunt. Illæ decretales vocantur, & pro tribunali petuntur; eoque dies sessionum in illis numerantur: hæ nominantur edictales, & de plano decerni possunt; atque ideo in his dies omnes, quibus copia Magistratûs publicè privatèque haberi potuit,

potuit computantur, *d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in p. sess. ser-*
vetur. Hujusmodi septem illæ sunt, quæ hoc in titulo
proponuntur: illius generis sunt Carboniana, Ventris in
possessionem mittendi, & litis agnoscendæ sive ordinan-
dæ causa, *de quibus dictum superius ad princ. hujus tit.*
num. 15. cum sequentibus. Et ita quoque docent Hotoma-
nus hic, & Wesenbec. num. 4.
6 Cæterùm quemadmodum in hereditate adeundâ solen-
nis ratio, quæ cretio dicebatur, est sublata, *ut obiter ad-*
monuimus in §. fin. f. de heredum qualit. & different. ita &
in bonorum possessionibus petendis vetus solennitas, ut-
pote plus æquo scrupulosa, exauctorata est. Nam olim
solennia quædam verba in petenda bonorum possessione
omnino erant necessaria, *arg. l. 1. ibi, si solenniter petie-*
rint bonorum possessionem. C. communia de successionibus.
nec peti illa poterat, nisi apud Magistratum populi Ro-
mani, & non apud Magistratum municipalem, *ut indicat.*
l. ult. C. qui admitti ad bon. possess. possunt, & Barn. Brisso-
nius lib. 5. de formulis, &c. pag. mihi. 407. Sed hodie
7 sine ullis solennibus potiùs admittitur, quàm petitur. Sa-
tis enim est ei, cui bonorum possessio competit, intra le-
gitima tempora adire quemlibet judicem, seu Magistra-
tum, & non tam ab eo petere, quàm ostendere sive de-
clarare suum animum & voluntatem amplectendæ bono-
rum possessionis, *d. l. ult. C. qui admitti ad bonor. possess.*
Atque hinc est, quod dictus tit. C. ita concipiatur: *Qui ad-*
mitti &c. & non, *Qui petere bonorum possessionem possunt:*
& hîc in fine Justinianus scribat: *Sed quocunque modo ad-*
mittentis eam, &c. Verum eâ de re videatur Bachovius
hic pag. 714. *& in suis not. ad vol. 2. Treutler. Disput. 15.*
th. ult. lit. K. pag. 976. & seq.

DE ACQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

TIT. XI.

Est & alterius generis per universitatem succes-
sio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque
Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu re-
ceptum est, introducta est.

§. 1. Ecce enim cùm paterfamilias sese in
arrogationem dat: omnes res ejus corporales
& incorporales, quæque ei debitæ sunt arroga-
tori antea quidem pleno jure acquirebantur: ex-
ceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt:
quales sunt operarum obligationes, & jus agna-
tionis. Usus etenim & usufructus, licèt his antea
connumerabantur: attamen capitis deminutione
minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.

§. 2. Nunc autem nos eandem acquisitio-
nem, quæ per arrogationem fiebat, coarctavi-
mus ad similitudinem naturalium parentum. Ni-
hil enim aliud, nisi tantummodo usufructus,
tam naturalibus parentibus, quàm adopti-
vis, per filiosfamiliarum acquiritur in iis rebus,
quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis in
tegro servato. Mortuo autem filio arrogato in
adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus
ad arrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ
personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in
iis, quæ acquiri non possunt antecedant.

§. 3. Sed ex diverso, pro eo, quod is de-
buit, qui se in adoptionem dedit, ipso qui-
dem jure arrogator non tenetur, sed nomine
filii convenitur: & si noluerit eum defendere,
permittitur creditoribus per competentes no-
stros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu
futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset,
possidere, & legitimo modo ea disponere.

SUMMARIA.

1 *Continuatio tituli ad præcedentes.*
2 *Acquisitio per arrogationem quo jure introducta.*
3 *Olim arrogator omnia arrogati bona pleno jure acquire-*
bat.
4 *Hujus juris limitatio.*
5 *Operarum conditio personalis.*
6 *Operæ libertorum duplices: fabriles, & officiales.*
7 *De quibus operis hic agatur.*
8 *Cur agnationis jus capitis deminutione perimatur.*
9 *Personalia cum personâ extinguuntur.*
10 *Usus & usufructus hodie arrogatori acquiruntur.*
11 *Imo jure novo arrogator in bonis arrogati adventitiis nudum*
usumfructum habet.
12 *Arrogato tamen sine liberis & fratribus mortuo, bonorum ejus*
arrogator plenus dominus efficitur.
13 *Nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur.*
14 *An pater filio succedens ejus debita persolvere teneatur.*
15 *Creditores in bona debitoris inde cujus à Prætore immittun-*
tur.
16 *Ut pars hereditatis; ita & pars bonorum, universitas quædam*
censetur.

Dictum est *suprà in §. finali tit. per quas person. cuiq;* 1
acquirit. quatuor esse modos sive species acquisi-
tionis per universitatem: nempe hereditatem, bonorum
possessionem, arrogationem, & addictionem. Duæ
priores jam explicatæ sunt: hereditas, & bonorum pos-
sessio: sequitur ergo tertia, quæ est arrogatio. Hæc 2
autem per arrogationem acquisitio, neque jure civili, ut
hereditas, neque jure Prætorio, ut bonorum possessio,
sed ex jure non scripto, sive consuetudine & moribus
introducta est, *per principium hujus tit.* Ejusque ratio
videtur: quia patria potestate, quæ moribus est insti-
tuta & recepta, nititur, *initio tit. ad finem. supr. de*
pupillari substit. l. patre furioso. 8. circa principium ff. de
his, qui sui, vel alieni jur. sunt. De hac verò acquisi- 3
tione duo distinguenda sunt jura. Veteri namque jure
is, qui alium arrogaverat, omnia arrogati bona pleno
jure consequebatur, §. 1. *hoc tit.* Ratio est: quia cùm
persona & caput ipsum, abeat in potestatem arrogato-
ris: per consequens, & quidem multò magis, illius bo-
na & fortunæ cum capite transeunt, *l. si paterfamilias.*
15. in princip. ff. de adoptionib. l. qui ex liberis. 11. §. te-
stamento. 2. ff. de bonor. possess. secund. tabul. Excipie- 4
bantur ea, quæ minimâ capitis deminutione intereunt:
ut operæ, ut jus agnationis, ut olim usus & ususfructus,
d. §. 1. vers. exceptis iis, &c. hoc tit. Ratio, cur hæc ar-
rogatori non quærerentur, est: quia arrogatione, quæ &
ipsa est quædam capitis deminutio; extinguuntur; ut
proinde acquiri non possint, utpote extincta. *§. minima*
3. supr. de capit. deminut. Quare autem operæ per ca- 5
pitis deminutionem pereant, ratio illa est: quia opera-
rum conditio est personalis, & certæ debentur personæ,
ut patrono à liberto. Quæ persona si capitis deminutio-
ne mutatur: & ipsæ operæ, propter personam muta-
tam extinctamve, deberi desinunt. Cæterum sciendum 6
est: operas libertorum esse duplices: fabriles, quas &
artificiales vocant, & officiales. Illæ certa in arte, vel-
uti pingendi, scribendi, medendi, coquendi, fabricandi
positæ sunt: hæ verò in humanitatis officio, quibuscun-
que rebus præstando, consistunt. Illæ cuilibet à quovis
patroni jussu præstari possunt: veluti ut domum libertus
ædificet, ab alterove non minùs perito ædificandam cu-
ret: hæ verò & à solo libero, & soli patrono navari
queunt; ut ei præstò sit, quibuscunque rebus inserviat,
ad mensam ministret, comitem se adjungat, &c. Hu- 7
jus igitur loci sententia intelligi debet de operis officiali-

Digitized by Google

bus, quæ solæ sunt personales, eoque ad alios minimè transeunt, *argument. §. solvitur. 5. infr. de societate. l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habitat. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. &c. privilegium. 7. ext. de reg. jur. in 6.* non de fabrilibus seu artificialibus, quæ cuivis à quoque exhiberi possunt: ut sunt operæ servorum, quæ capitis deminutione non amittuntur, *l. 2. ff. de operis servor.* & ad heredes extraneos transeunt: cùm sint reales, nec personam patroni tantùm concernant, *l. fabriles. 6. & l.*
8 *operæ. 9. ff. de operis libertor.* Quam autem ob causam agnationis jus capitis deminutione perimatur, à nobis explicatum est, *in §. ultim. numero 3. s. de legit. agnator. tutel.* quia scilicet agnatio civilis est, *l. Jurisconsultus. 10. §. inter agnatos. 4. ff. de gradibus & affinibus.* ac ea propter tollitur per capitis deminutionem, item civilem, *l. eas obligationes. 8. ff. de cap. minut.* Cur denique usus & ususfructus olim capitis deminutione tollerentur, adeoque arrogatori non acquirerentur, ratio indicata est *in §. finitur. 3. s. de usufructu*: cum hæc duo jura sunt per-
9 sonalia: proindeque cum personâ extinguuntur, *ut & modo de operis dictum.* At persona per capitis deminutionem tollitur civiliter, *l. verum. 63. §. fin. ff. pro*
10 *socio.* Planè hodie usus & ususfructus arrogatori acquiruntur: quandoquidem minimâ capitis deminutione non amplius perimuntur, sed maximâ tantùm, & mediâ, *d. §. finitur. sup. de usufructu. & l. penultim. C.*
11 *eod.* Quinimò jure novo, id est, ex constitutione Justiniani, non omnia arrogati bona transeunt ad arrogantem. Nam bonorum adventitiorum solum is usumfructum adipiscitur, remanente dominio vel proprietate penes ipsum arrogatum, *§. nunc autem 2. hoc. tit.* Cujus ratio perspicua est: quoniam non debet esse melioris conditionis pater adoptivus quàm naturalis. At jure novo ad naturalem patrem duntaxat ususfructus adventitiorum pertinet, *§. 1. sup. per quas personas cuiq; acquirit. l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.*

12 Etsi verò rerum adventitiarum solum usumfructum arrogator, vivente arrogato, habet: eo tamen sine liberis & fratribus in adoptivâ familiâ mortuo, arrogator bonorum ipsius plenus dominus efficitur, *d. §. 2. versi. mortuo autem. hoc titul. & l. ultim. Cod. communia de successionib.* Sin autem is, qui in arrogationem acceptus est, aliquid debuerit: ipso quidem jure arrogator pro eo non tenetur; sed nomine filii arrogati conveniri potest, *§. 3. hoc*
13 *titul. nostro.* Ratio, cur ipso jure non teneatur, est: quia nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur jure civili, *titul. Codic. ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. & tit. infr. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium, &c.* Ratio rationis: quia pater ipse non contraxit, sed ipse filius. Atqui ex alieno contractu nemo, nisi heres
14 obligatur. *l. quæcumque 11. ff. de obligat. & actionibus.* At pater filio succedens, non est heres: quippe cùm bona ejus occupet jure patrio sive peculii, & non jure hereditario. *l. 2. ff. de castrens. pecul.* Quia tamen bona filii ad patrem perveniunt: æquitas naturalis postulat, ut & debita pater ejus persolvat, *ex reg. jur. l. secundùm natu-*
15 *ram. 10. ff. de R. I.* Porrò si arrogator filium defendere nolit: permittitur creditoribus, ut auctoritate competentium magistratuum bona, quæ filii arrogati cum usufructu futura erant, si sese in arrogationem non dedisset, possideant, legitimoque modo ea disponant, *tradente Justiniano in fine hujus tituli.* Est enim juris regula: creditores ex Prætoris edicto mitti in possessionem bonorum ejus, qui non defenditur. *l. 2. & tot. tit. ff. quibus ex caus. in possess. eatur.* Denique hic obiter notandum: etsi hodie non omnia patri acquirantur per arrogatum, sed ususfructus tantùm bonorum adventitiorum, *ut monitum suprà num. 11.* rectè tamen adhuc dici, hanc acquisitionem per arrogationem, esse per universitatem & non rerum singularium. Nam ut pars hereditatis etiam
16 est hereditas, & universitas quædam: ita & de parte bonorum judicandum, *auctore Rittershusio hic in fine pag. 388. Vide omnino Locamerum quæstionum juridicar. fasc. 34. quæst. 6.*

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

TIT. XII.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa; audiuntur.

§. 1. Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent: Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in eâ causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant: is, cujus de eâ re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directò, quàm earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratiâ addicantur tibi: si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset: Ii autem, quos heres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur: ita, ut si non aliâ conditione velis tibi bona addici, quàm ut ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum aliâ ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui rebus nostris attendunt, sciant commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hereditas ex testamento adita esset.

§. 2. Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur, & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio. Existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

§. 3. Inprimis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neq; adita sit ab intestato hereditas: an favor constitutionis debebit locum habere? Certè si intestatus decesserit, & codicillis dederit libertatem: competere eam, nemini dubium est.

§. 4. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cùm nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrùm existat, an non: cessabit constitutio. Si verò certùm esse cœperit, neminem existere: tunc erit constitutioni locus.

§. 5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hereditate: an quamvis potest in integrum restitui, possit admitti constitutio, & bonorum addictio fieri? Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum, revocari libertates: quia semel competierunt.

§. 6.

Digitized by Google

§. 6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sunt datæ: cessat hæc constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates, vel mortis causa: & ne de hoc quæratur, utrùm in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona: an audiendi sint? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

§. 7. Sed cùm multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus: lata est à nobis plenissima constitutio, in quâ multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis, sive connexionis hujus tituli cum præcedentibus.*
2 *Addictio bonorum libertatum conservandarum causâ, quando locum habeat.*
3 *Liberti Orcini qui.*
4 *D. Marci constitutio, de testamento agens, etiam ad libertatem codicillis, ab intestato, inter vivos, & mortis causa datam, Justiniani lege porrigitur.*

1 EXpeditis tribus modis, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: restat nunc dicendum de quarto & ultimo acquisitionis universalis modo, qui dicitur *addictio bonorum libertatum conservandarum causâ.* Et hæc acquisitio neque ex lege 12. tabul. sive jure civili, neque ex edicto Prætoris, neque ex populi consensu sive moribus & consuetudine, velut proximè præcedens, sed ex constitutione divi Marci Imp. descendit, *initio hujus tit.* & *l. si hereditas.* 6. & *l. ult. C. de testamentariis manumiss. l.* 2.
2 3 & 4. *ff. de fideicommissar. libertatibus.* Imprimis autem hæc bonorum addictio locum habet, quando facto testamento, libertates directò, vel per fideicommissum à defuncto relictæ sunt, §. 3. *h. t.* Etenim si fortè, propter magnitudinem æris alieni, nemo ex scriptis heredibus adire velit hereditatem: ne libertates destituto testamento perirent, divus Marcus humanissimè constituit: ut, si vel extranei, vel etiam servi, quibus libertas à defuncto adscripta est, à judice competenti bona defuncti sibi addici seu adjudicari peterent: bonorum addictio petentibus fieret.
3 Quâ facta; servi quidem directè a defuncto manumissi, perinde libertatem accipient, ac si hereditas ab herede scripto adita esset; hoc est, fient liberti Orcini, sive liberti testatoris, ad Orcum euntis: ii verò, quibus fideicommissaria libertas data est, ab iis, quibus bona addicta sunt, manumittentur, eorumque liberti fient. Interim tamen illi, quibus bona defuncti debitoris addicuntur, creditoribus idoneè cavere coguntur de solido (id est, tum de sorte, tum de usuris) quod cuique debetur solvendo, §. 1. *h. t.* Idoneè autem cavere, est cavere datis fidejussoribus, vel pignoribus. Sed & si fides habita fuerit nude promittenti: idoneè cautum videbitur. *Qua de re prolixè Ulpianus in d. l.* 4. §. *addici.* & *seqq. ff. de fideicommiss. libert.*

4 Quamvis autem verba rescripti seu constitutionis divi Marci de testamento tantùm agant: ejus tamen sententiam Imp. noster hic *in d.* §. 3. §. 4. & 6. etiam ad libertatem codicillis, ad libertatem ab intestato, ad libertatem inter vivos, & mortis causâ datam extendit. Nam par est, eademque omnium ratio, favor sc. libertatis, cujus tuendæ & conservandæ causâ hæc acquisitio vel successio potissimùm inducta est: adeò, ut si nulli data fuerit libertas, huic successioni non sit locus; quemadmodum *circa finem hujus tituli* Justinianus indicat: ubi etiam simul asserit, jus addictionis bonorum à divo Marco institutum, à se multùm amplificatum esse, *dict. l. ult. Cod. de testamentar. manumiss. Atque ipsam hanc bonorum addictionem plenissime interpretatur & explicat Conradus Rittershusius hic pag.* 389. & *seqq.*

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

TIT. XIII.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones, qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis, per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant. Sed cùm extraordinariis judiciis posteritas usa est: ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodò creditoribus datur officio judicis bona possidere, & prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectiùs apparebit.

§. 1. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cùm libera mulier servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostrâ civitate deleri, non inseri nostris Digestis concessimus.

SUMMARIA.

1 *Duo alii, præter superiores, per universitatem acquirendi modi.*
2 *Successio per bonorum venditiones qualis olim habuerit ambages & solennitates.*
3 *Judicia ordinaria, itemque extraordinaria quæ.*
4 *Quomodo hodie adversus debitorem procedatur.*
5 *Pœna mulieris, quæ servo se alieno conjunxerat, ex Senatusconsulto Claudiano descendens, per Justinianum sublata.*
6 *Contra juris rationem receptum non est producendum ad consequentias.*
7 *Cur de viris nihil caverit SC. Claudianum.*
8 *Quibus casibus jura occurrere soleant.*
9 *Quid statuendum, si mulier servo proprio se commiscuerit.*

PRæter jam expositas quatuor per universitatem acquirendi species, fuerunt olim & duo alii modi, quibus titulo universali res acquirebantur, 1
videlicet successio, quæ fiebat per venditiones bonorum debitoris, & qua ex Senatusconsulto Claudiano mulier libertatem & facultates suas amittebat. Nam 2
olim debitore non existente solvendo, & latitante, nec idoneum defensorem habente, creditores à Prætore bonorum possessionem postulabant: eaque impetrata, bona ad dies aliquot possidebant. Postea rursus Prætorem adibant petentes, ut ex ipsorum numero aliquis magister, id est, curator bonorum constitueretur, qui bona obærati debitoris proscriberet rerumque omnium vendendarum negotium susciperet. Proscribebat autem magister bona debitoris, in celeberrimis quibusque totius Urbis locis ad hunc modum: *Cajus Lucius debitor noster, in ea causa est, ut bona ejus divendi debeant: Nos creditores patrimonium ejus distrahimus: quicunque emere volet, adesto.* Proscriptione facta, post paucos dies tertium à Prætore petebant, ut sibi liceret legem, quam vellent, venditioni addere. Atque ex eo tempore magister legem venditioni adjiciebat, hoc modo: *Creditores qui bona Caji Lucii proscripserunt, cum emptore bonorum, siquis accesserit, deciderint,* hoc est, pactum facient: *quod dimidiâ, tertiâ vel quartâ parte crediti contenti erunt.* Et si emptor secundùm legem istam satisfacere creditoribus paratus erat: totum debitoris patrimonium ei addicebatur: bonorumq;

Digitized by Google

emptor, & universalis debitoris successor dicebatur: actionesque omnes, quæcunque debitori priùs competierant, ei, & contra eum dabantur, *ut Theophilus hic, Antonius Contius lib. 1. disputation. jur. capite* 12. *& Marcus Cicero in oratione pro Quintio, aliique luculenter explicant.* Atque hæc solennis bonorum impetratio & venditio tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant,
3 *hoc titulo nostro.* Vocabantur autem ordinaria judicia, quæ certis solennibus, præscriptisvè formulis exercebantur: extraordinaria verò, in quibus formularum & ordinis ratio non habebatur. De quibus formulis bellè & argutè Barnabas Brissonius *in tractat. de formulis & solennibus populi Romani verbis. libr.* 5. Sed postquam populus Ro-
4 manus judiciis extraordinariis uti cœpit: cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, *ut Justinianus hic testatur.* Ac hodie creditores simpliciter, porrectâ suâ petitione, narrant: quomodo, & ex quâ causa debitor sibi obligatus sit, vel quâ ex causa rem petant. Et si tunc debitor peremptoriè citatus, contumaciter se judicio subtraxerit: illi, implorato judicis officio, mittuntur in possessionem rei petitæ in actione reali, aut hypothecariâ vel in possessionem bonorum debitoris, in actione personali, pro quantitate & portione æris alieni. Hocque modo ad primum & ad secundum decretum, vel etiam ad venditionem bonorum; si scilicet adhuc debitor copiam sui publicè facere detrectet, proceditur; *ut notatur in Authent. & qui jurat. Cod. de bonis auctorit. jud. possid. itemque Novell.* 53. *cap.* 4. §. 1. *Et eâ de re pereleganter Wesenbecius in Paratit. Digestor. tit. de damno infect. n.* 4. *& seqq. item tit. quibus ex causis in possess. eat. & tit. de rebus auctoritat. judic. possidend.*
5 Erat & alter olim successionis universalis modus ex Senatusconsulto Claudiano inventus: quo mulier libera quæ servo se alieno junxerat, libertate & bonis privabatur: & dominus servi in universum ejus jus succedebat. Non tamen antè fiebat serva, quam ter ei esset denunciatum, ut à servo alieno abstineret; & tandem à judice pronunciatum, *sicuti Theophilus hic docet. & Cujacius lib.* 21. *observat. c.* 16. Sed illud cùm Imperator noster religiosissimus impium; suisque temporibus indignum judicasset: meritò sustulit. *l. unic. Cod. de Senatusconsulto Claudiano*
6 *tollend.* Quod enim contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentiam. *l. quod verò.* 14. *ff. de legibus. & l. quod contra.* 141. *ff. de regulis juris.* Atqui ab hostium ferocitate, contra naturalem libertatem inductum est, ut homines in servitutem deducantur. *§. sed jus quidem.* 2. *verf. jus autem gentium. supr. de jure nat. gent. & civil. §. servitus.* 2. *f. de jure personar. l. libertas.* 4. §. 1. *ff. de statu hominum.* Igitur ad libidinem nequissimorum hominum inferendum non erit: ne fragilitate sexûs decepta mulier, & insano servi amore percita, vel (*ut ipse loquitur Justinianus*) infelici cupidine capta, non sine natalium suorum, totiusque familiæ dedecore, in servitutem redigatur, *dict. l. unic. Cod. de Senatusconsulto Claud. tollendo. Vide Petrum Ostermannum hic in suis*
7 *rationalib. pag.* 60. *& seq.* Observandum porrò est: Senatusconsultum Claudianum tantum fuisse de mulieribus, non etiam de viris. Nam si liber homo alienæ ancillæ contubernium sequatur: licet ei fuerit denunciatum, ut se abstineret: servus tamen domini mulieris non fit. *l.*
8 *si liber.* 3. *C. de liberali caus.* Ratio, cur de viris nihil caverit Senatusconsultum, hæc esse videtur: quia fœminæ propter sexûs fragilitatem facilè peccant. Solent autem leges & jura iis potissimum casibus occurrere, in quibus crebriùs delinquitur, *argum. l.* 3. *& seqq. ff. de legib. & notat hic Ritterhusius pag.* 393. *verf. deinde observandum,*
9 *&c.* Denique cùm senatusconsultum illud de alieno tantùm servo fuerit: quæri non incommode potest: quid juris fuerit, si fœmina proprio se servo commiscuisset? Et ejus facti pœna ex utraque parte capitalis fuit ex constitutione Imp. Constantini. Namque servus ignibus quidem tradebatur: mulier verò capitali sentententiæ subjugabatur. *l. unic. C. de mulieribus quæ se propriis servis junxerunt. Eâque de re accuratiùs tractat Cujacius d. lib.* 21. *observat. cap.* 16.

DE OBLIGATIONIBUS.

TIT. XIV.

Principium Tituli.

Tunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundùm nostræ civitatis jura.

SUMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli ad præcedentes.*
2 *Obligationes an rectè ad res referantur.*
3 *Obligatio est mater actionis.*
4 *Ex obligatione, & ex dominio qualis actio nascatur.*
5 *Omnis rerum tractatio à definitione proficisci debet.*
6 *Obligationis definitio, ejusque explicatio.*
7 *Bona definitio constat ex genere & differentiâ.*
8 *Obligatio quale vinculum.*
9 *Creditor quis, quis item debitor appelletur.*
10 *Debitum vel in dando, vel faciendo consistit.*
11 *Dare & facere in jure opponuntur.*
12 *Obligationum substantia in quo sit posita.*
13 *Differentia inter acquisitionem & obligationem.*
14 *Obligatio ex alienâ voluntate pendens, non est obligatio.*
15 *Sententia l. sub hac conditione.* 8. *ff. de obligat. & act.*
16 *Initio quod vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.*
17 *Alienatio fundi dotalis à marito facta, quatenus valeat.*
18 *Explicatio l. centesimis.* 46. §. 2. *ff. de verb. obligat.*
19 *Rei verbum generaliter accipiendum.*
20 *Solutio rei quomodo fieri debeat.*
21 *Emptor quatenus venditorem habeat obstrictum, ad rem venditam tradendam.*
22 *Aliud pro alio creditori invito solvi non potest.*
23 *Particularis solutio non admittenda.*
24 *Obligationis definitio de quâ obligatione sit accipienda.*
25 *Obligatio alia civilis sive propria, alia naturalis & impropria.*
26 *Quæ sit inter utramque differentia.*
27 *Exempla naturalis obligationis.*
28 *Intellectus l. naturales.* 10. *ff. de obligat. & act. item, l. fidejussor.* 16. *§. naturales, ff. de fidejussor.*
29 *Naturalis obligationis effectus.*
30 *Definitio, rei definitæ substantiam non complectens, vitiosa.*
31 *Actio quomodo definiatur.*
32 *Definitio, quæ non potest converti cum suo definito, mala.*
33 *Res non secundùm varietatem accidentium definienda.*
34 *Definitio bona non egreditur suum definitum.*
35 *In definitione nullum verbum debet esse superfluum.*
36 *Quæ juris sunt, incorporalia dicuntur.*

Continuatio hujus tituli dependet ex secundo titulo 1
libri secundi. Ibi enim Divus Justinianus Imp. quasdam res corporales, quasdam verò incorporales esse, ut servitutes, hereditates, & obligationes, disertè docuit. Explicatâ itaque hactenus abundè satis servitutum ac hereditatum doctrinâ: reliquum est, ut & de obligationum materiâ, & utili & frequenti, sermo instituatur.
Atque ex succincta hac ordinis demonstratione ad ocu- 2
lum liquet: erroneam eorum esse sententiam, qui obligationes non ad res, sed vel ad personas, *Loriot. de jur. art. tractat.* 17. *de pact. axiom.* 2. *Vultejus hic num.* 8. *& lib.* 1. *disceptat. Scholast. cap.* 4. *&* 16. *& lib.* 1. *Jurisprud. Roman. cap.* 26. vel ad actiones, *Theophilus, Accurs. Nicasius, Angelus Aretin. Joan. de Platea, Nicolaus de Neapolis, Portius, & alii in hoc princip. eosq; laudans Petrus Ricciard. ad rubricam hujus tit. num.* 6. *& seqq.* referunt, hac potissimùm ratione moti; quòd obligatio sit mater actionis. *l. licet in popularibus.* 42. *§. ea obligatio.* 2. *ff. de procuratoribus.* ubi habetur, obligationem parere actionem: & consequenter probatur, illam esse matrem actionis. Etenim ex hac ratione se- 3
queretur: ea etiam, quæ *lib.* 1. *& toto lib.* 2. tractantur, actionibus annumeranda esse: quippe cùm & matrimonium, & tutela, *de quibus in lib.* 1. & dominium, *de quo in lib.* 2. *&* 3. *usq; ad hunc tit. agitur,* mater actionis non inscitè dicatur. Nam quemadmodum ex obligatione actio in personam; ita ex dominio

actio

actio in rem naſcitur. §.1.*infr.de actionib* *us*. Sed & mini-
mè ſequitur: ex obligatione eſt actio in perſonam: igi-
tur eſt jus perſonæ. Longè ſiquidem alia ratione dicitur
actio in perſonam, alia jus perſonæ. Hoc enim ſtatum
& conditionem perſonæ denotat: illa autem verba *in per-*
ſonam circumſtantiam, non ſtatum, ſignificant, ut explica-
tum eſt uberius ſupr.*ad tit.de reb.corporalib.* & *incorp n.*
35. *cum ſeq.* & quoque tradunt D.Arumæus *Exercit. Ju-*
*ſtin.*12.*theſ.*2.& 3.*Jacob Schegk.in delibatis jur. Diſp.*15.
*theſ.*1.& *ſeqq.Reinerus Bachovius hic n.*2. *p.*725. & *lib.*1.
*Diſput. Miſcell. cap.*2. *Forſter junior Diſput.* 2. *ad Inſtit.*
*theſ.*1. *Timæus Faber diſp.*22.*ad Inſtitut. Imperial. th.*1. *Ju-*
*ſtus Schütz exercitation. jur. diſp.*13. *th.* 1. *lit. b.pag.* 193.
*Tobias Nonius hic in rubr.n.*15.*Joan. Zabelius exercit.feud.*
7. *concluſ* 1. *ſub lit. A. Wegner.diſput.*10.*theſ.*1. *ad lit. a.*
Gædd. de contrah.& *committ. ſtipulat. concluſ.*3. *num.*15.
*Fomannus Diſputat.*19. *in continuat. Nigerdin.lib.*3. *Diſp.*
2. *theſ.*1. *quæſt.*1.& 2.*Hilliger. diligens Donelli enucleator.*
*lib.*12.*c.*1.*lit.A.Schickhardus Diſp. ad Inſtit.*12. *theſ.*1. *lit.*
a. & *in reſolut. quæſt.*1. & Valentinus Riemer. *decad.* 9.
quæſt. 1. ubi clumbibus ac plumbeis Vulteji diſſentientis
argumentis abundè ſatisfacit. Cæterùm an & quatenus
obligatio ſit perſona, noviter operosè exponit Eraſm. Un-
gepaur *exerc.Juſt.*10.*quæſt.*1.*pag.*375.& *ſeqq.edit.ult.*

5 Quoniam porrò omnis, quæ à ratione ſuſcipitur, rerum
tractatio à definitione proficiſci debet, ut, quid ſit id, de
quo diſputatur, meliùs intelligi poſſit, *auctore Cicerone*
*lib.*1. *officior.* idcirco haud inconcinne & Juſtinianus hic
de obligationibus verba facturus, earum definitionem
6 præmiſit, hanc nimirum: *Obligatio eſt juris vinculum, quo*
neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ, ſecundum no-
7 *ſtræ civitatis jura.* Verùm cum omnis bona & accurata de-
finitio ex genere & differentiâ conſtet; ut, *poſt Logicos* de-
clarant Bartolus *in l.*1. *n.*2.*ff. de teſtament.* Hieronymus
Cagnolus *in l.omnis definitio* 202. *n.* 28. *ff. de reg. jur.* &
Everhard à Midelburgo *in locis ſuis legalib.loc.à definit. n.*
3. paucis diſpiciendum eſt, an id hac in definitione fuerit
8 obſervatum. Inquit igitur Imperator: *Obligatio eſt vincu-*
lum: quod loco generis poſitum eſt. Omnis namque ob-
ligatio eſt vinculum. *l. ſi fidejuſſor.*59.*ff. de condict.inde-*
bit. At non omne vinculum eſt obligatio: quia funis ſive
reſtis, & aliæ ejuſcemodi res materiales, & copulæ, quibus
vel homines, vel beſtiæ vinciuntur, vincula quidem di-
cuntur, non tamen obligationes ſunt. Ideoque ut iſthæc
excluderentur, vocabulum *juris* eſt adjectum: quòd nimi-
rum obligatio ſit vinculum juris, hoc eſt, vinculum in-
corporale & intellectuale, ſive jus vinciens & ligans, *ut*
*poſt gloſſam hic interpretatur Nonius n.*3. Per obligationis
etenim nexum homo alteri obligatur, & ad præſtandum
id, quod in cōtractum deductum eſt, adſtringitur, *Schneid.*
hic n. 16. Adhæc obligatio potius *vinculum*, quàm vinctio
dicitur: ut non actus obligandi ſignificetur; ſed æquum
quiddam perpetuò durans, dum ab eo nexu abſolvamur:
quemadmodum *ex Barone lib.*1.*de divid oblig.c.*4. notavit
9 Hilliger.*d.lib.*12.*cap.*1.*lit. D.* Cæterum qui iſtiusmodi ju-
ris vinculo alium obſtrictum habet, creditor vocatur: &
qui tali vinculo alligatus tenetur, debitor propriè appelli-
tatur *l.creditores.*10.& *duab.ſeqq.ff.de verb.ſignif.* Ille di-
citur quoq; reus credendi: hic verò reus debendi.*l.*1.*ibique*
Gothofredus ff.de duob. reis conſtituend. l. ſtipulationum. 5.
in princip.verſ.conventionales.ff.de verb.obligat. l. idem eſt.
10.& *l.ſi duo.*16.*in princ.ff.de conſtit.pecun.l.ſi cum dotem*
22. §. *ff. ſolut. matrim. Althuſ.lib.*1. *Diceolog. c.*34. *num.*9.
& *ſeq. pag.*126. Atque illud ipſum, quod vi obligationis
ſolvendum & præſtandum eſt, debitum & deberi propriè
dicitur. *l.*1.§.*debitum.*7.& *ſeq ff.de conſtit.pecun. d.l. cre-*
10 *ditores.*10.& *ſeqq ff.de verbor. ſignificat.* idque in dando,
vel faciendo conſiſtit. *leg. obligationum.*3. *in princip.* & *l.*
actionum 25. *in princ.ff.de oblig.at* & *action. leg.*2.*in prin-*
cip.ff.de verborum obligationib.§.1.*ibi,dare aut facere infr.*
de actionibus. In dando conſiſtit debitum, ſi debitor rem
creditoris facere, hoc eſt, rei debitæ dominium in ipſum
transferre tenetur. *l. ubi autem.*75.§.*fin.ff.de verb.obligat.*
*l.exemplo.*11.§.2 *ibique Gothofred.ff.de actionibus empt.* &
*vend l.*1.*in princ.ff.de rer.permutat. l. non videntur.* 167.
ff.de reg.jur.§. *ſic itaque diſcretis.* 14. *infr. de actionibus.*

In faciendo debitum conſiſtit, ſi debitor obligatus eſt ad
factum, quo dominium in creditorem transferre non co-
gitur. Cùm enim dare & facere in jure opponantur; & 11
dare ſit propriè dominium transferre: *d.* §. *ſic itaque diſ-*
*cretis.*14.*inſ dict.tit.d.l.ubi autem.*75.§.*ult.ff. de verb. obli-*
*gat.l. non videntur.*167. *ff. de reg. jur.* ſequitur inde, fac-
tum propriè eſſe, quo dominium non transfertur *Donell.*
*ad d.l.*2. *n.*6. *ff. de verb. obligat.* & *ibidem Cujacius hoſq;*
*referens D. Collega Bocer. claſſ.*2. *Diſp.*1. *theſ.*5. *ad lit. a.*
edit. 2. & *in hoc tit. n.* 10. *pag.* 114.

Appoſita ſunt definitioni & illa verba: *quo neceſſitate* 12
adſtringimur alicujus rei ſolvendæ. Quæ verba differentiæ
ſpecificæ loco addita, ad ipſam obligationis ſubſtantiam,
finem & effectum pertinere cenſentur. Obligationum
ſiquidem ſubſtantia, *Paulo Juriſconſulto atteſtante*, non in
eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutem no-
ſtram faciat: ſed ut alium nobis ad dandum aliquid, vel
faciendum, vel præſtandum, obſtringat. *d. l. oblig.* 3. *in*
princ.ff.de oblig. & *act.* Unde inſignis inter acquiſitionem 13
& obligationem differentia pateſcit: putà quòd uſus ſive
finis acquiſitionis eſt, ut aliquid noſtrum fiat: obligationis
eſt, ut aliquis ad dandum vel ad faciendum nobis adſtrin-
gatur, *docente hic Giphanio.* Sec & hic jus ſive juris vincu-
lum, ſicuti vim, neceſſitati conferri; & liberæ voluntati ar-
bitrioque opponi, cognoſcimus.§.1.*ſupr. de fideicommiſſ.he-*
redit. Quare obligatio, quæ ex alienâ voluntate, aut alieno 14
arbitrio pendet, obligatio non eſt, *l.ſtipulatio.*17.& *l.a Ti-*
*tio.*108.§ *ult ff.de verb.oblig.l.hæc venditio* 7.*ff.de contrah.*
empt.& *l. in vendentis.* 13. *C. eod.* Verbi gratiâ ſi quis ita
ſtipuletur, *dabis?* & alter reſpondeat; *dabo ſi voluero:* non
contrahitur obligatio. Ratio: quia voluntarium eſt, non
neceſſarium vinculum: vel quia pro non dicto eſt, quod
dare, niſi velis, cogi non poſſis, ut eleganter loquitur
Pomponius *in leg. ſub hac conditione.*8.*ff. de oblig.* & *act.*

Nec quicquam movet in contrarium, quod *in d. modo* 15
*l.*8. ſubjicitur: *heredem promiſſoris ejus, qui nunquam da-*
re voluerit, non teneri: quia hæc conditio in ipſum promiſ-
ſorem nunquam extiterit. Ex quibus verbis colligere
promptum eſt: heredem ejus, qui promiſit dare, *ſi volam*
aut voluero, teneri, ſi conditio in ipſo promiſſore extiterit,
id eſt, ſi promiſſor, priuſquam vitâ excederet, dare volue-
rit. Hæc igitur promiſſio, *dabo, ſi voluero,* vinculum juris
habet, & propterea obligat, neceſſitatemque ſolvendi ad-
fert. Hoc, *inquam*, nihil movet in contrarium: quia promiſ-
ſio hoc modo facta; *dabo, ſi voluero*, ab initio juris vin-
culum non obtinet, planèque nulla eſt. *d.l. ſub hac condi-*
*tione.*8. *in princ. ff.de obligat.* & *action.* Sed ſi promiſſor ex
poſt facto, antequam moreretur, ſuam voluntatem, quòd
dare vellet, declaraverit: tunc utilis eſt ſtipulatio: quoni-
am conditio in ipſo promiſſore extitit: ac proinde heres
ipſius tenetur, *d. l.* 8. *circa finem. ff. eod.* Neque huic 16
reclamat pervulgata regula juris: quod initio vitioſum
eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt. *l. quod ini-*
*tio.*29.& *l.quæ ab initio.*210.*ff.de reg.jur.* Hæc enim regu-
la Catonis eſt, ad legata pertinens & inſtitutiones, non ad
contractus, *ut notavimus ad* §.1. *n.*15. *ſupr. de uſucapion.*
&c. In contractibus ſanè novum haud eſt: ut, quod ab
initio non valet, poſtea vires aſſumat & ſubſiſtat. Hinc 17
ſi maritus fundum alienaverit dotalem, alienatio non te-
net, *per princip.tit.ſupr. quibus alienare lic. vel non.* & *tit.*
ff. de fundo dotali. Si tamen, defunctâ in matrimonio
muliere, dos lucro mariti ceſſerit, alienatio confirmatur.
*l.cum vir.*42.*ff.de uſurpat.* & *uſuc. Joan. Borcholt. in tract.*
de obligat. & *actionib. c.* 1. *n.* 5.

Præterea nihil adverſatur *l.centeſimis* 46.§.2.*ff. de verb.* 18
obligat. ex qua apparet, hanc ſtipulationem ſeu promiſſio-
nem; *dabo cum voluero*, ita demum inutilem eſſe, ſi ante-
quam conſtituam moriar. *Etenim* hæc promiſſio, *cùm*
voluero, diverſa eſt ab illa, *ſi voluero*, illa quippe, *ſi voluero*,
ſtatim ab initio nulla eſt.*d.l.ſub hac condit.* 8. *ff. de obl.* &
act. hæc verò, *cùm voluero*, non item: propterea, quòd his
verbis *ſi volam aut voluero.* expreſsè conditio in meam vo-
luntatem confertur: verbis, *cùm voluero*, tacitè duntaxat.
Itaque illa promiſſio non valet: hæc autem valet: Ex-
preſſa namque nocent; tacita ſive non expreſſa non no-
cent. *l. expreſſa* 195. *ff. de reg. jur. l. nonnunquam.* 52.

ff. de conditionibus. & demonstrat. Borcholt. d. cap. 1 *n.* 6.

19 Planè illis definitionis verbis, *alicujus rei solvendæ*, non solum nummorum solutio; sed omnis liberatio quoquomodo facta, & quælibet præstatio, sive in dando, sive in faciendo posita, continetur. *l. solutionis.* 54. *ff. de solutionibus. l. liberationis* 47. *& l. solutionis.* 176. *ff. de verb. significat.* Rei siquidem verbum ut generale est; ita generaliter latèque accipiendum est. *l. rei appellatio.* 5. *ff. d. t. Accurs. & Heigius hic, n.*4. *Wesenb. n.*4. *Nonnus n.*42 *&* 43. *Donell. lib.* 12. *Comment. de jur. civ. cap.*1 *p.*4. *n.*30.

20 Tandem definitioni addita sunt hæc verba: *secundùm nostræ civitatis jura.* Quæ sanè verba non otiosa, aut minùs necessaria videntur, ut nonnulli suspicantur, *Giphanius hic, & Vultejus n.* 20. sed hoc potiùs important; solutionem rei, quæ in obligatione versatur, non valere: nisi fiat secundùm modum & naturam actionis, à jure civili eo nomine introductæ, sive nisi eo fiat modo, quo jura civilia præcipiunt. *Baldum. Hotoman. Thadeus Piso, & Borcholt. hic n.* 4. *Nicol. Vigel. in Commentar. de oblig.*
21 *cap.* 1. Unde emptor quidem venditorem ad rem venditam tradendam habet obstrictum, habetque eo nomine actionem empti: veruntamen ita, si ille priùs pretium solvat venditori. *l. Julianus.* 13. *§. afferri.* 8. *ff. de actionib. empt.* Item si, fundo vel ædibus venditis, emptor etiam ruta cæsa petat, agit contra jus civile: quia secundum hujus juris præceptum, venditor emptori ad ruta cæsa tradenda non est obstrictus: nisi nominatim de eo convenerit. *l. in vendendo.* 66. *§. ult. ff. de contrah. empt.* Atque ita omnis obligatio, cum nisi actio certum modum à jure civili habet definitum, certosque limites constitutos, ultra quos reus actori non est obligatus, *ut paulo latiùs id explanat Vige-*
22 *lius d. loco.* Quo modo inter cætera quoque comprehenditur: aliud pro alio, item alio loco, aliòve tempore, quàm quo conventum est, invito creditori solvi non posse *l.* 2. *§.* 1. *ff. de reb. credit. l. si solutionis.* 39. *ff. de solutionib.*
23 *& arg. tot. tit. ff. de eo, quod certo loco dari oport.* item particularem solutionem, cum in ea multa incommoda habeat, non esse admittendam. *l. planè.* 3 *l. his consequenter.* 18. *§. Celsus* 4. *ff. famil. ercisc. l. tutor.* 4. *§.* 1. *ff. de usur. l. Julianus.* 13. *§. afferri.* 8. *ff. de act. empt. l. si servus.* 57. *in fin. princ. ff. de ædilic. edict. & effusius demonstrabimus infr. ad princ.*
24 *tit. proximi. n.* 146. *cum seqq.* Quin & hoc inde manifestum evadit: hanc definitionem solummodò de obligatione civili (quam vulgò Interpretes naturalem & civilem simul, seu mixtam, rectiùs tamen civilem tantum, utpotè, quæ nunquam destituitur naturali, nuncupant. *Mynsing. hic n.* 5. *cum seqq. Schneidevvin. n.* 25. *Heigius n.* 6. *cum seqq. Schilbock, & Wolfius quæst.* 4. *Donell. d. lib.* 12. *Commentar. cap.* 2. *pag* 6. *Giphan. in Comment. de divisionib. rer. th.* 56. *& ad l. servi.* 14. *ff. de oblig. & act. n.* 28. *Schegk. in delibat. jurid. Disp.* 15. *th.* 5.) non verò de naturali tantum esse accipiendam, ut docent *Vacon. à Vacuna libr.* 1. *declarat.* 21. *n.* 8. *Æmil. Ferett. ad rubric. ff. de verb. obligat. n.* 10. *Hortens. & Vultejus hic n.* 10. *Duaren. de obligat. & act. c.* 1. *Baro hic, & d. lib.* 1. *de divid. & individ. oblig. c.* 4. *Cujac. tract.* 9. *ad African. in l. frater à fratre.* 38. *ff. de condict. indeb. Parladorius lib.* 2. *rer. quotid. c.* 3. *num.* 19. *hosq; citans Hilliger. in Donello enucleat. l. lib.* 12. *c.* 1. *ad*
25 *lit. E.* Notum enim est, obligationem aliam esse civilem sive veram & propriam; aliam naturalem & impropriam. *§.* 1. *ibi, utrùm civilis, an naturalis sit obligatio. infr. de fidejussorib. l. Græce.* 8. *§. & post litem contestatam.* 3. *l. fidejuss.* 10. *§. fidejussor accipi.* 3. *& §. seq. ff. eod. tit. l.* 1. *ff. de novat. & de legat. d. l. servi.* 14. *ff. de oblig. & act. l. quibus.* 40. *§. dominus.* 3. *ff. de condit. & demonstrat. Wesenb. in paratit. ff. de oblig. & act. n.* 5. *Ant. Matth. & Borcholt. hic n.* 7. *D. Bocer. n.* 17. *pag.* 114. *& d. class.* 2. *disp.* 2. *thes.* 15. *edit.* 2. *Arumaus. Exercitat. Justin.* 12. *thes.* 4 *Pacius in Epitom. jur. Disput.*
26 12. *th.* 2. Civilis obligatio nos necessitate solvendi adstringit: naturalis verò solo æquitatis naturalis vinculo, ex quo non actio, id est, solvendi necessitas oritur, sustinetur. *l. Stichum aut Pamphilum.* 95. *§. naturalis.* 4. *ff. de solutionibus. l. jurisgentium.* 7. *§. sed cum nulla.* 4. *ff. de pact. l. sed si pater-*
27 *familias* 9. *§. ult. & l. seq. ff. ad SC. Maced.* Exempli gratiâ: frater à fratre, cùm in ejusdem patris esset potestate, pecuniam mutuam accipiens, naturaliter tantùm obligatur. *d. l. frater à fratre.* 38 *ff. de condict. indebit. ibique Hortensius, Mercerius & Pacius.* Sic filius patri, & contra pater filio *d. l. frater* 38. *§.* 1. *&* 2. *ibique Gothofred ff. d. tit.* sic servus domino, & contra dominus servo. *d. §.* 1. *infr. de fidejussorib. l. naturaliter.* 13. *ff. de condict. indebit.* Sic denique pupillus, sine tutoris auctoritate promittens, naturaliter tantùm obligari dicitur. *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. de novat. & delegat. l. si pupillus.* 21. *ff. ad leg. Falcid. l. si eius pupilli* 64. *in princ. ff. ad Senatuscons. Trebell. & similibus adductis suprà ad princip. tit. de auctorit. tutor. n.* 6. Porrò illâ de re vide latissimè disputantem Casparum Schifordegherum *lib.* 3. *tract.* 5 *quæst.* 12. *& sequentib.* nec non Erasmum Ungepaur. *d. exercit. Justin.* 10. *quæst.* 2. *pag.* 381. *cum seq. edit. ult.* ubi definitionem obligationis, hoc loco traditam, naturali quoque obligationi convenire, duplici ratione contendit: sed irrito conatu, *ut ex antedictis evidenter satis patescit.* Illud hic addendum: quòd obligatio in genere non malè definiatur, ad aliquid præstandum adstrictio: ut singulæ species, tam obligatio naturalis, quàm civilis, comprehendi possint: *auctore Bachovio hic pag.* 726.

Quod autem modo indicatum est, ex naturali obliga- 28
tione non oriri actionem: ei non obstat *l. naturales.* 10. *ff. de obligat & act. & d. l. fidejussor.* 16. *§. naturales.* 4 *ff. de fidejussorib.* ex quibus perspicuè liquet, non solùm obligationem civilem, sed & naturalem, ad actionem producendam esse efficacem. *Nam* ad has leges rectissimè, meo judicio, respondetur: ex naturali obligatione actionem quidem interdum nasci, non tamen per se, sed propter vim extrinsecam, quam obligatio naturalis ex auctoritate juris civilis accipit. *Verbi gratiâ:* pupillus licèt naturaliter tantùm ex contractu sine tutoris auctoritate celebrato, obligetur, *ut paulò ante ostensum:* ex hac tamen obligatione quantumvis naturali adversus pupillum, si locupletior factus fuerit, utilis actio competit: eò quòd speciali Divi Pii rescripto sit cautum; hanc obligationem, utcunque nullo synallagmate fultam, ad actionem tamen proficere debere. *l. ait prætor.* 3. *§. pupill.* 14. *ff. de neg. gest. l. sed mihi videtur.* 3. *in princ. ff. commodati. l.* 1. *in fine principii. & l. pupillus.* 5. *in princ. ff. de auctorit. & consens. tutor.* Verùm eâ de re variè dissentientes videantur, *Vaconius à Vacuna d. lib.* 1. *declarat.* 21. *n.* 17. *Hotoman. lib.* 3. *observat. cap.* 2. *D. Bocer. in Comment. ad l. contract.* 23. *ff. de reg. jur. c.* 1. *n.* 5. *edit.* 1. *pag.* 23. *Anton. Matthæus hic in suis not. Olemannus ad lib.* 3. *Disput. Giphanii. Disput.* 24. *n.* 16. *Borcholt. d. tract. de obligat. & actionib. cap.* 1. *n.* 10. *Forster. junior in tract. de pact. cap.* 8. *pag.* 205. *cum seq. & Hilliger. in Donello enucleat. lib.* 12. *cap.* 2. *ad lit. E.*

Etsi verò obligatio naturalis actionem non producit: 29
illam tamen alios effectus habere civiles, in aperto est. Etenim soluti repetitionem impedit *d. l. naturaliter.* 13. *l. si pœnæ.* 19. *in princip. l. si non sortem.* 26. *§. libertus.* 12. *l. Julianus.* 60. *in pr. l. si quod dominus.* 64. *ff. de condict. indeb. d. l. naturales.* 10. *ff. de oblig. & act. d. l. fidejussor.* 16. *§. naturales.* 4. *ff. de fidejussorib.* compensationem admittit: *l. etiam quod.* 6. *ff. de compensationib. & exposuimus ad §. in bonæ fidei.* 30. *n.* 5. *infr. de actionib.* ad constituendum prodest. *l.* 1. *§. debitum autem.* 6. *ff. de constitut. pecun.* novationem recipit. *d. l.* 1. *ff. de novationib.* fidejussor ad eam accedere potest. *d. §.* 1. *infr. de fidejussorib. l.* 1. *l. stipulatus.* 6. *cum l. seq. & fidejussor.* 16. *§. fidejussor.* 3. *ff. eod.* nec non ejus nomine pignora perseverare jubentur, *l. quæsitum.* 14. *in fin. ff. de pignorib. & hypoth. l. debitor.* 59. *in princ. vers. remanet ergo. ff. ad Senatuscons. Trebell. Et de istis effectibus latius Jason. & cæteri Dd. in l. ex hoc jure.* 5. *ff. de just. & jur. Donell. d. lib.* 12. *Commentar. de jur. civ. c.* 2. *pag.* 10. *n.* 50. *Pacius in Epitom. jur. Disput.* 12. *thes.* 3. *Schneidevvinus hic sub c. de obligatione naturali tantùm. n.* 23. *& seqq. Nonnus n.* 35. *Bachovius n.* 4. *pag.* 728. *Covarruv. in c. quamvis. part.* 2. *relect. §.* 4. *n.* 5. *de pact. in* 6. *D. Bocer. d. class.* 2. *Disput.* 1. *thesi.* 28. *edit.* 2.

Porrò superiori Justinianeæ definitioni ita explicatæ, 30
quædam argumenta adversari videntur. Et primo quidem contra eam tale afferri solet: Definitio, quæ rei definitæ substantiam non complectitur, vitiosa est. *Accursius, Decius Cagnolus & Dd. communiter in l. omnis definitio.* 202. *ff. de reg. jur. Bartol. in l.* 1. *n.* 2. *ff. de te-*

stam.

ftam. & *qui test. facere poss.* Atqui istæc definitio obligationis substantiam non complectitur. Ergo vitiosa. Minor inde probatur: quia Imperator hic dicit: obligationem esse juris vinculum, quo adstringimur. Jam verò jus, quo adstringimur, non videtur esse obligatio, sed potiùs actio juris: cum obligatio sit jus propter quod adstringimur. *Verum respondetur:* in hac definitione obligationis substantiam poni & contineri, abundè patet *ex prædllegata l. 3 in princ. ff. de obligat. & act.* Quod autem affirmatur, actionem esse jus, quo adstringimur,
31 illud apertè falsum est. Nam actio definitur jus, non quo adstringimur, sed quo persequimur & petimus in judicio, quod virtute obligationis nobis debetur, *initio tit. infr. de actionibus.* Neque debitor rectè adstrictus dicitur actione, quâ creditor in judicio debitum persequitur; sed obligatione, quæ vinculum, substantiam obligationis continens, disertè appellatur. *leg. si fidejussor.* 59. *ff. de condict. indebit.*

32 Secundo contra obligationis definitionem hoc objicitur argumentum: Definitio, quæ non potest converti cum suo definito, est mala, & reprobanda. *l. 1. § dolum 2. ff. de dolmal. Nicol. Everh. à Middelburg. in locis argum. legal. loco à defint. n. 3.* Sed illa definitio non potest converti cum suo definito. Siquidem ex ea obligatione, cui potest opponi exceptio, quis non adstringitur necessitate ad solvendum, *arg. l. nihil interest. 112. & l. non videtur cepisse. 13 ff. de reg. jur.* imo talis obligatio dicitur inanis *l. Stichum. 95. §. additio. 2 ff. de solutionibus.*
33 Dicendum: rem definiri debere, prout est in substantiâ, non secundum varietatem accidentium, ut docet, Bartol. *in l. 1. in princ. n. 6 ff. de acq. vel amitt. poss.* Atqui verò obligatio, cui exceptio opponi potest, in substantiâ efficax est, & necessitatem solvendi ante oppositam habet, *per princ. tit. infr. de exceptionib. De ius in d. l. non videtur. 13. ff. de reg. jur. n. 4. & 5. ubi plures allegat.* Et licet hæc solvendi necessitas postea exceptione impediatur: hoc tamen duntaxat fit per accidens, quod respectu definitionis in consideratione non habemus: sed solum rei substantiam, *ut dictum*, inspicimus.

34 Tertium, quo hæc impugnatur definitio, argumentum tale est: Omnis bona definitio non egreditur suum definitum, *arg. d. l. 1. §. dol. 2. ff. de dol. mal.* At definitio isthæc egreditur suum definitum dum etiam alii rei, quam definitæ congruit. Idque hac ostenditur ratione: quia possessor rei alienæ, si à verò domino rei vindicatione convenatur, rem istam solvere, & restituere necessitate juris adstringitur *l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.* cùm tamen is obligatus nullo modo dicatur §. 1. *inf. de action.* Sed breviter respondendum: actionem quoque in rem quandam præsupponere obligationem *per §. item si in judicio. 5. infr. de except.* Nec obsistit *d. §. 1. infr. de act.* quia hoc saltem innuere videtur, eum, qui convenitur reali actione, principaliter & per se nullo jure esse obligatum: interim tamen ille textus non negat, quin propter istud accidens, quò ipse rem detinet, obligatus censeatur, *d. §. item si in judicio infr. de exceptionib.* Deinde dato, realem actionem nullam præsupponere obligationem: nihilominus tamen is, qui rem possidet alienam, non adstringitur ipso jure ad solvendum: sed judex eum officio suo adstringit, *arg. l. Quintus Mucius. 7. ff. de annuis legat.*

35 Quartum argumentum est ejusmodi: In definitione nullum verbum debet esse superfluum: sed unumquodque suum habere mysterium, ut *post Arnot. c. 5 Topicor. c. 1.* tradunt glossa & Dd. *in prin. super verb. quam jus inst. de action.* In hac autem obligationis definitione quædam verba sunt superflua. Primò enim superfluum est verbum illud *necessitate.* cum subsequens verbum, *adstringimur*, per se necessitatem istam importet, *arg. c. ult. ext. de except.* Deinde abundant & illa verba, *secundum nostræ civitatis jura:* quia eo ipso, quod obligatio juris vinculum dicitur; κατ' ἐξοχήν, & per excellentiam jus Romanum designatur. *§. sed jus quidem civile. 2. supr. de jur. nat. gent. & civ.* Huic argumentationi responderi poterit, negando, superfluum esse, aut absurdum, quod cum verbo *adstringo*, etiam verbum *necessitas* conjungatur: ut non solum ex Marco Tullio, purioris sermonis magistro & parente liquet *l. 1. de natura Deor. pag. mihi* 5. ubi in hæc verba scribit: *Tu autem nolo existimes, me adjutorem huic venisse, sed auditorem & quidem æquum, libero judicio, nullâ ejusmodi adstrictum necessitate, ut mihi, velim, nolim sit certa quædam tuenda sententia:* verum etiam dilucide confirmatur ex *prædicta l. in vendentis. 13. C. de contrah. empt.* ubi augustissimi Impp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt: *in vendentis vel ementis voluntatem collatâ conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.* Ad alteram hujus objectionis partem respondetur: dictionem illam *juris*, in hac definitione non in eâ significatione accipi ut jus aliquod civile, vel gentium significet: sed ut ostendat, vinculum illud *juris* esse, id est, incorporale & in intellectu consistens. Quæ enim juris sunt, incorporalia dicuntur, §. 1. *supr. de reb. corporalib. & incorporalib.* 36
Plura argumenta, quæ contra eandem obligationem definitionis communis Doctorum turba opponere assolet, sufficienter diluit Tobias Nonius *hic n. 4.* cumque passim mordens Petrus Ricciardus *n. 21. & multis seqq.* itemque novissimè Petrus Ostermannus *in suis rationalibus. pag. 61. & seqq.*

§. Omnium autem. 1.

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur. Namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex suâ jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

SUMMARIA.

1 *Obligationes civiles prætoriis opponuntur.*
2 *Civiles quæ, & quotuplices.*
3 *Prætoriæ & quænam quæ.*
4 *Obligationes, constitutionibus Divorum, Principum, Marcianum, &c. introductæ, an prætoriis annumerandæ.*
5 *Ratio nominis obligationum, civiles & prætorias.*
6 *Eundem denominationis & effectu.*

POst definitionem obligationis, duæ ejus divisiones hoc loco percommode adferuntur, Tum quia à confusis ad distincta procedit humana cognitio, *ut philosophi loquuntur.* Tum quia unumquodque tunc perfectè cognoscitur, cùm in se & in suis partibus demonstratur, *ut tradit glossa in principio hujus tit.* Summa ergo & prima ac principalis divisio obligationum, à causa efficiente remotiore petita, hæc est: quòd quædam obligationes sunt civiles: quædam prætoriæ. Obligationes civiles hic strictius aliquantò, quam supra, sumuntur. Prætoriis enim, quæ aliàs comprehenduntur sub civilibus, opponuntur: *ut rectè docent hoc loco Bercholt. Giphanius & Rittershusius pag.* 400. 1
Sunt autem civiles obligationes, quæ aut legibus, id est, quinque juris civilis partibus, lege videlicet, plebiscito, senatusconsulto, principum constitutionibus, prudentum responsis sunt constitutæ; aut certo jure civili comprobatæ, *per hunc §. nostrum.* Obligatio igitur civilis duplex est. Alia namque dicitur legitima, sive absolutè ac merè civilis, utpote ab ipso jure civili inventa & constituta. *Althus. lib. 1. Dicæolog. c. 34. n. 18. p. 126.* Cujus generis sunt obligationes XII. tabular. de pauperie quadrupedum. *l. 1. in princ. ff. si quadrup. pauper. fec. dicatur*, arborum furtim cæsarum, *l. 1. ff. arbor. furtim cæsar.* furti nec manifesti §. *sunt autem. 4. infr. de oblig. quæ ex delict. nasc.* ex lege Aquiliâ, *initio t. infr. de leg. Aquil.* ex stipulatione. *de qua infr. tit. de verbor. obligationib.* ex chirographo, *de qua infr. tit. de literar. obligationib.* ex legitima pactione. *l. legitima. 6. ff. de pact.* & similes. Alia obligatio civilis est jurisgentium, a jure civili non quidem inventa, sed tamen comprobata & confirmata. Hujusque generis sunt obligationes, quæ ex conventionibus sive contractibus juris gentium, ut emptione-venditione, locatione conductione, mutuo, deposito, societate, mandato, &c. descendunt, *l. ex hoc jure. 5. ff. de just. & jur. §. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure gentium. supr. de jur. natur.* 2

gent. & civ. Cæterùm ex confirmatione istâ non oritur nova aliqua obligatio: sed semper nihilominùs una eademque obligatio manet, & unica est semper ejus substantia. Contractus autem ipsos juris gentium, nemo dixerit jure civili confirmari; sed recipi tantùm, aut admitti simpliciter. Ideoque nec juris civilis esse dicuntur. *Mynsinger. hic n.* 1. *in verbo, comprobata.* Neque verò nullius utilitatis est hæc observatio. Nam si hæ conventiones jure civili confirmari dicerentur: jure civilis omninò haberentur. Itaque ab iis arceretur deportatus. *l. sunt quidam.* 17. *in fin. ff. de pœnis.* sed aliter judicatur, si tantum juris gentium esse dicantur, *l. si mandavero tibi.* 22. *§. is, cujus* 5. *ff. mand. & notat hic Bald. Adde Hunn. libr.* 3. *var. resolut. jur. civ. tractat.* 2. *quæst.* 4. *pag.* 822.

3 Prætoriæ obligationes sunt, quas Prætor ex suâ jurisdictione, hoc est, ex edicto constituit, quæ etiam honorariæ vocantur, *hoc §. nostro in fin.* ex eo, quòd totum jus prætorium aliàs dicitur honorarium. *§. Prætorum.* 7. *supr. de jur. natur. gent. & civil. l. si tibi decem.* 17. *§. de pignore.* 2. *ff. de pact. Borcholt. hic n.* 9. Atque hujus generis obligationes in jure, ex delicto quidem sunt innumerabiles; ut ex edicto, nautæ, caupones, stabularii, &c. ut ex furto manifesto, *initio tit. infr. de perpet. & tempor. act.* ut ex rapinâ. *init. tit. infr. de vi bonor. raptor. ibi, prætor introduxit, &c.* ut omnes illæ, quæ actionem in factum pariunt. *l. is, cui.* 42. *in fin. ff. de obligat. & actionib.* ex contractu verò sunt perpaucæ; ut ex constituto. *§. in personam.* 8. *infr. de actionib. l.* 1. *& tot. tit. ff. de constit. pecun.* ut de peculio. *§. actiones autem.* 10. *infr. de actionib.* ut ex pignore sive hypothecâ. *d. l. si tibi decem.* 17. *§. de pignore. ff. de pact. §. item Serviana.* 7. *infr. de actionib.*

4 & si quæ sunt similes. Hisce addunt Interpretes obligationes introductas constitutionibus Ducum, Principum, Marchionum, & Comitum. *Bartol. & Jason. in l. stipulationum.* 5. *in princip. ff. de verb. obligat. Caguol. in rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt. num.* 13. 41. *cum seqq. & Schneidevvinus hic n.* 5. At minùs rectè. Siquidem Duces, & cæteri modò nominati, dignitatem prætoriâ majorem, eamque ipsam ad heredes transmissibilem & perpetuam habent: atque adeò contra jus ipsum civile, pro commodo subditorum suorum, sæpè constituunt, *ut bene animadvertit Wesenbecius in notis ad Schneidevvinum hic d. num.* 5. *& in paratit. ff. de legib. num.* 3. *Heigius hic n.* 25. *cum seqq. & ostendimus in §. sed istæ.* 3. *infr. de actionibus. n.* 15. *& seq.*

5 Ratio porrò hujus divisionis obligationum, in civiles & prætorias, hæc assignari poterit: quia pleraque in jure, vel ipso jure civili, vel à prætore introducta sunt. Unde & ipsum jus Romanum in hæc duo genera diducitur, civile propriè sic dictum, & prætorium. *l. jus autem.* 7. *ff. de justit. & jur.* Hinc & tutela alia civilis est, alia prætoria, *auctore Ulpiano in fragment. Institut. tit.* 12. *in princip.* Sic successio alia est civilis, prætoria alia, quæ bonorum possessio dicitur, *de quâ supr. de bonor. possess.* Sic testamentum aliud civile est, aliud prætorium. *§.* 1. *supr. de testam. ordin.* Sic denique actio alia est civilis, alia prætoria *l. actionum.* 25. *§. ult. ff. de obligat. & actionib.* Vis autem & effectus istius divisionis hic est: quòd civiles obligationes omnes sunt perpetuæ, id est, durant 30. annis. *l. sicut.* 3. *& l. omnes.* 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* prætoriæ verò plerunq; sunt annales, præsertim pœnales: quoniam & ipsius prætoris jurisdictio erat annua, *ut latiùs docebitur ad princip. titul. infr. de perpet. & temporalib. actionib.*

§. Sequens. 2.

Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

SUMMARIA.

1 *Obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, &c.*
2 *Quasi contractus unde nascantur.*
3 *Contractus delictis sunt antiquiores & frequentiores.*
4 *Contractus unde, & quotuplex ejus significatio.*
5 *Contractus definitur.*
6 *Nullus contractus conventione destituitur.*
7 *Unus & idem secum contrahere nequit.*
8 *Pactum legitimum quatenus obligationem & actionem producat.*
9 *Pactum nudum non parit obligationem civilem; licèt moribus aliud sit receptum.*
10 *Proposita contractus definitio contra D. Bocerum defenditur.*
11 *Theophili definitio refertur.*
12 *In re minùs necessariâ nimis scrupulosi esse non debemus.*
13 *In Bocerianam definitionem accuratius inquiritur; eamque multis modis vitiosam esse, ostenditur.*
14 *Omnis obligatio civilis ad agendum efficax est.*
15 *Obligatio perpetuus comes contractus.*
16 *Utrum illi contractus, qui non ex utroque, sed altero tantùm latere obligationem producunt, veri & proprii sint contractus.*
17 *Mutuum, depositum & stipulationem proprios esse contractus firmis rationibus ostenditur.*
18 *Communis loquendi usus verbis proprietatem tradit. Et verba, statuti de contractibus loquentia, de quibus contractibus sint exaudienda.*
19 *Intellectus l. Labeo.* 19. *& l. creditores.* 10. *ff. de verb. sign.*
20 *Contractus alii certi sive nominati, alii incerti sive innominati.*
21 *Plura sunt negotia, quàm negotiorum vocabula.*
22 *Præcipua inter contractus nominatos & innominatos differentia.*
23 *Contractus quidam bonæ fidei, quidam stricti juris.*
24 *In omnibus contractibus exigitur bona fides.*
25 *Contractus alii re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis, nonnulli consensu.*
26 *Census l.* 1. *§.* 1. *& l.* 4. *ff. de obligat. & act. & similium.*
27 *Intellectus l. non figura.* 38. *ff. de obligat. & actionib.*
28 *Sententia l.* 2. *§.* 1. *ff. eod. tit.*
29 *Quatenus olim obligatio literarum in usu fuerit.*
30 *Dictio, olim, quale tempus in hisce Institutionum libris significet.*
31 *Divisio, totum divisum non exhauriens, vitiosa.*
32 *Mixtum sub simplicibus comprehenditur.*
33 *Obligatio quandoq; pro contractu accipitur.*
34 *An & quatenus contractus & obligatio differant.*
35 *Diversa habentia nomina, diversam habent substantiam.*
36 *Obligatio est juris, contractus facti.*
37 *Consideratio l. consilio.* 7. *§. ult. ff. de curat. furioso, &c.*
38 *Leges naturam imitantur.*
39 *Obligatio interdum pro conventione ponitur.*
40 *In dubio à verborum proprietate non recedendum.*
41 *Jura juribus concordanda, utque lex ex aliâ explicanda.*
42 *Interpretatio qualis in dubio facienda.*
43 *Expositio l. omnem.* 20. *ff. de judiciis.*
44 *Contractus est necessarium antecedens ipsius obligationis.*
45 *Consequens qui vult, necessariò vult etiam antecedens.*
46 *Sententia l. an inutilis.* 8. *§. acceptum. ff. de acceptilat.*
47 *Copula & inter diversa poni solet.*
48 *Quæ diversos habent tractatus, diversam etiam substantiam habent.*
49 *Definitione quæ differunt, differunt quoque substantiâ.*
50 *An & quatenus actio ex contractu nascatur.*
51 *Propria & peculiaris dictionis ex natura.*
52 *Dictio ex secundùm subjectam materiam intelligenda.*
53 *In contractibus quædam appellitantur substantialia: quædam naturalia: quædam solennia: quædam accidentalia.*
54 *Substantialia contractuum quæ dicantur.*
55 *Forma dat unicuique rei suum esse.*
56 *Substantia emptionis, societatis, stipulationis quæ.*
57 *Substantialia contrahentium voluntate mutari nequeunt.*
58 *In contrahendis negotiis mens potius, quàm verba, spectanda.*
59 *Verba obscura & ambigua contra quem interpretanda.*
60 *In dubio mos regionis inspiciendus,*
61 *Quæ persona contractum inire nequeant.*
62 *Naturalia contractuum quæ.*
63 *Solennia contractuum quæ: & an rectè contractus solennitas distinguatur à substantiâ contractûs.*
64 *Accidentalia contractûs quæ.*
65 *Dolus unde derivetur.*
66 *Dolus in genere definitur.*
67 *Furtum & rapina sine dolo non committitur.*
68 *Dolus bonus quis.*
69 *Athanasius bono dolo è manibus Juliani Apostatæ evasit.*
70 *Boni doli exempla.*
71 *Appellatione doli simplici dolus malus intelligitur.*
72 *Doli mali definitio, secundùm Labeonem.*
73 *Dolus re ipsa contingens sive negotialis, quis.*
74 *Culpa duplex consideratio; generalis & specialis.*

75 Cul-

75 *Culpa in quo [illegible] dividitur.*
76 *Culpa plerumque [illegible] etiam negligentia censetur.*
77 *[illegible] culpa [illegible] Doctores.*
78 *Tres gradus culpæ [illegible] culpa lata, levis & levissima.*
79 *[illegible] gradus culparum comprehendi nequeunt.*
80 *Lata culpa [illegible].*
81 *Lata culpa dolo comparatur.*
82 *Inter latam culpam & dolum differentia.*
83 *Levis culpa quid.*
84 *Levissima culpa quid.*
85 *Fur num domesticum casibus fortuitis annumeratur.*
86 *Casus fortuitus quid.*
87 *Incendium num casibus fortuitis, an culpæ accensendum.*
88 *Verus intellectus l. 3. §. 4. ff. de offic. præfect. vigil.*
89 *Sententia l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei vend.*
90 *Quid in quovis contractu veniat præstandum.*

1 SEcunda divisio obligationum, à causa efficiente propinquiore sumpta, hæc est: Obligationes aut ex contractu sunt: aut quasi ex contractu: aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Quæ divisio etiam indicatur *in l. 1. in princ. ff. de oblig. & act.* his verbis: *Obligationes aut ex contractu nascuntur: aut ex maleficio: aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Quod ait Cajus JC. *ex var. caus. figuris.* id ad obligationes, quæ sunt quasi ex contractu, & quasi ex maleficio, referendum est. Hæ quippe ex variis causarum figuris promanant. Idque ipsa legum series ostendit. In prima enim lege, itemque *in l. 2.* agitur de obligationibus, quæ sunt ex contractu. In *l. 4.* de obligationibus, quæ sunt ex maleficio. In *l. 5.* de obligationibus, quæ sunt quasi ex contractu, & quasi ex maleficio. *Et ita sentiunt hic Schneidewinus n. 1. Mynsinger. n. 2. Wesenb. n. 2. D. Bocer. n. 2. pag. 125. Theodor. Marcilius. pag. 457. Borcholt. n. 10. & idem Borcholt. in Commentar. de obligat. & act. cap. 1. n. 16.* Quòd verò annectit idem Cajus *in d. l. 1.* hæc verba: *proprio quodam jure:* innuere videtur, obligationes etiam nasci ex jure, quod à puro & vero contractu seu maleficio quidem separatum est: cum eo tamen similitudinem quandam & affinitatem habet. *Hotoman. hic enumerat. 1.*

2 Nam licet quasi contractus non ex conventione & consensu [illegible] nascantur: ex negotiis tamen, in quibus quodammodo intervenit conventio, adeoque consensu tacito & præsumpto oriuntur. *Vulteius in princip. tit. infr. de obligationib. quasi ex contract. n. 5. Gædd. ad l. ut si cui 12. n. 7. ff. de verb. signif. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 17. cap. 14. lit. b.* Ait autem hic Justinianus: se priùs de contractibus & quasi, *ut infrà tit. proximo, usq; ad finem hujus libri,* posterius de delictis &

3 quasi, *ut lib. 4. tit. 1. & 4. seqq.* acturum esse. Ratio hujus ordinis est: tum quia contractus delictis antiquiores videntur: tum quia contractus sunt & frequentiores & magis necessarii, *docente hic Giphanio:* tum quia obligationes ex contractu propiùs contingunt dominii rerum acquisitionem, & earundem commutationem, quàm obligationes ex delicto ortæ. *Wesenbec. hic num. 4.* Porrò tertia obligationum divisio, sive potiùs secundæ istius divisionis subdivisio, à causa instrumentali desumpta, *in fine hujus §.* proponitur illa: Obligationes, quæ ex contractu sunt, aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. *De qua divisione infrà latiùs.*

4 Cæterùm ut ea, quæ de singulis contractibus sub titulis sequentibus exponuntur, cognoscantur planius: pauca quædam de contractibus in genere hoc loco præmittam. Contractus à contrahendo dictus, *arg. l. qui cum alio. 19. ff. de reg. jur.* interdum & commercium appellatus, *l. ex hoc jure. 5. ibiq; gloss. in verb. commercium. ff. de just. & jur.* quanquam commercium potiùs jus quoddam contrahendi est, quàm contractus, *auctore Ulpiano in fragment. tit. 19. [illegible] commercium &c. § non solum. 4. ibi, cujus commercium non est. supr. de legat. l. si in emptione. 34. §. 1. ff. de contrah. empt.* Sed & inde contractus dici videtur, quò post multos tractatus habitos, tandem negotium, quod geritur, in pauca contrahatur, redigatur, seu restringatur, *arg. l. 1. §. 3. ff. de pact. l. si voluntate. 8. C. de rescind. vendit. Philipp. Knipschildt. exercit. [illegible] 1. them. 7.* Eiusque duplex occurrit significatio. Alia lata, omnes omnino obligationes & conventiones comprehendens, etiam eas, quæ propriè non sunt contractus, ut quasi contractus, *l. ex contractibus. 49. ff. de obligationibus & actionibus. l. omnem. 20. ff. de judic. Novell. 69. c. 1. §. 1.* & distractus *l. omnium. 13. ubi DD. C. de omni agro deser.* & transactiones *l. cum te. 5. ibi, de fide contractus. C. de transactionib. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusve caus. &c.* Alia stricta. *hoc §. nostro. l. exigere. 65. ff. de judic. l. verba. 20. ff. de verb. signif. l. contractus. 17. C. de fid. instrumentor.* quæ maxime continet eas conventiones, ex quibus alter alteri obligatur. *l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. Et vide copiosiùs hæc explicantem Wesenbecium in suis lecturis ad tit. C. de reb. credit. & jurejur. circa principium. nec non Christophorum Phil. Richter. in tract. de contr. disp. 1. th. 1. lit. a.*

5 Contractus (omissis aliorum scrupulosis & anxiè admodum confectis definitionibus: de quibus videantur *Mozzius in tract. de contractib. artic. 2. Gæddæus ad d. l. Labeo. 19. n. 17. cum seq. ff. de verb. signif. D. Collega Bocerus in Comment. ad l. Contractus. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 28. edit. 2. Bachovius libr. 1. Disputationum miscell. cap. 3. Wesener. Disput. 10. ad Instit. thes. 2. lit. b. Hunn. Disput. 13. controver. 2. Donell. libr. 12. Commentar. de jure civ. cap. 6. ibiq; Hilliger. in suis notat. Forsterus junior in tractat. de pact. cap. 4. pag. 64. & seq. Wesenbecius loco prææallegato. Stuckius part. 1. exercit. Justin. decad. 9. assert. 3. lit. a. Hunnius disp. 13. thes. 4. & seqq. & lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 2. quæst. 1. pag. 810. & seqq. Tobias Faber disput. 22. ad Instit. Imperial. post thes. 5. §. quid autem. &c. Christianus Radewaldt. in Collegio contract. Disp. 1. th. 3. Matthæus Colerus in hoc §. 2. Knipschildt. d. exercit. 1. quæst. 1. pag. 17. aliiq; per hos citati)* breviter, & fortassis non usque adeò male, hoc modo definitur: *Contractus est conventio duorum pluriumve, per se obligationem civilem producens.*

6 Generis loco verbum *conventio* usurpamus: eò quòd nullus est contractus, qui conventione destituatur. *l. 1. §. conventionis verbum. 3. ff. de pact.* Eoque genere, contractus à quasi contractu & pollicitatione; à delicto item, & quasi delicto secernitur. Etsi enim ex his, sicuti ex contractibus, obligatio oritur: in iis tamen obligatio sine ulla conventione constituitur: cùm in contractibus, conventio sola obligationem pariat.

7 Illa verba, *duorum pluriumve*, ad causam efficientem pertinent. Nam unus & idem secum contrahere nequit: quia nec se sibi obligare, nec secum agere potest. *l. legat. 116. §. 1. ff. de leg. 1. §. item inutilis. 6. infr. de inutil. stip. §. sic itaq; 14. infr. de act.* Est igitur duorum aut plurium conventio. *d. l. 1. §. 2. ibi, duorum pluriumvè. ff. de pact. l. non solum. 31. ibi, ex duorum pluriumve consensu. ff. de obligat. & actionib.* Hæc autem verba, *per se*, adduntur ad differentiam pacti legitimi. Contractus siquidem per se, sine juris adminiculo sive confirmatione, ad obligationem & actionem producendam efficax est: quemadmodum arguunt juris textus, cùm simpliciter dicunt, obligationes esse ex contractu, *hoc §. nostro.* item contractum esse obligationem. *d. l. Labeo. 19. ff. de verb. significat.* item obligationes nasci ex contractu. *l. in princ. ff. de oblig. & actionib.* item contractus parere obligationes. *d. l. juris gent. 7. §. 1. ff. de pactis. cum similibus.*

8 Pactum verò legitimum, licèt obligationem & actionem gignat: non tamen per se propriâque vi ac facultate, sed ex legis civilis confirmatione illam producit. *l. legitima. 6. ubi Cujacius. ff. de pact.* Idque explicatiùs prosequitur. Dn. Bocer. *d. Commentar. ad l. contractus. 13. ff. de reg. jur. c. 1. n. 29. & seqq. edit. 2.*

9 Denique illis verbis (*obligationem civilem producens*) contractus distinguitur à nudo pacto, quod non parit obligationem civilem. Etenim si in conventione dixero: *Dabo tibi Stichum, ut mihi des Pamphilum:* est quidem hæc nuda pactio, sed non est contractus: quippe cum ex hac conventione nulla vera obligatio constituatur. *d. l. jurisgentium. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pactis. l. ex placito. 3. C. de rer. permutat.* Enimverò moribus receptum est; ut hodie ex pactis omnibus, etiam nudis, seriò & deliberate initis, actio detur: veluti, *post Baldum, Salicetum & Jasonem à se allegatos,* testatur Wesenbecius *in paratit. ff. de pact. n. 10.* Idem nominatim quoque cautum extat jure municipali Würtembergico, tam veteri quam renovato. *Alt Landrecht. part. 2. tit. welcher bedechtlich zusagt. pagin. 222. Ernewert Landrecht. part. 2. tit. 33. pag. 311.*

Cæte-

10 Cæterùm propositam contractûs definitionem acerbè quidem exagitat clarissimus Dn. Collega Bocerus *hic n. 63. pag.* 130. sed inique sicuti mox patebit. Nam dicit, me voci *conventio* ineptè addidisse verba, *duorum vel plurium:* siquidem nomen *conventio* isthæc verba per se complectatur. Verum ignoras, mi D. Bocere, quot quantique Jurisconsulti, cum quibus tute vix, ac ne vix quidem comparandus es, hæc verba suis definitionibus addiderint. His namq; verbis utuntur Jacobus Ungarellus *in addit. ad Summist as quosdam*, eumque refens Petrus Nicolaus Mozzius *in tr. de contract. art. 2. n. 2. & 7.* Gerardus Tuningius, & Joan. Borcholt. *n. 12.* & Conradus Rittershusius *circa finem hujus tit. p.* 402. Joan. Schneidewin. *hic n. 2.* Marc. Anton. Peregrin. *in tract. de pact. & convent. n. 47. vers. demum considero, &c.* Cujacius *ad l. 1. circa finem. ff. de pact.* Matthæus Wesenbecius *in prædictis Lectur. ad tit. C. de reb. credit. & jurejur.* item Hugo Donellus (ex quo te pleraque alia desumpsisse constat) *l. 12. Comm. de jur. civ. c. 6. p. 22.*

11 Quin & Theophilo isthæc verba non displicent. Ita enim contractum hoc loco definit: Συνάλλαγμα δ' ἐστὶ δύο, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ συνέλευσις καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συστήσασθαι ἐνοχὴν καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον: i.e. Contractus est duorum pluriumvè in idem conventio & consensus, ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius. Quid igitur Bocere? Num ineptos dicere audes tot tantosque Juris nostri Interpretes, tantùm propter duo vocabula, quæ superflua esse opinaris? An nescis, in jure nostro frequens esse, ut majoris perspicuitatis gratiâ definitionibus quædam vocabula inserantur, quæ alias abesse possent, si rigida Philosophorum præcepta observanda essent, clamitantium: bonam definitionem debere instar numeri se habere, cui nihil addi, neque detrahi
12 queat, quin tota species mutetur? Qua in re laudo veteres Jurisconsultos nostros; veros, non simulatos Philosophos: quòd in re minùs necessariâ nimis scrupulosi non fuerint: sed id unicè operam dederint in suis definitionibus tradendis, *ut res intelligatur*. Verùm novi illi magistri de industriâ solent nonnulla obscurare, tantùm ut aliis *plus sapere* videantur. Sed valeant rigidi istiu modi atque inepti censores, cum ineptis suis ineptiis: quæ cordatioribus non possunt non displicere. Et quid tandem tibi imaginaris, mi D. Bocere, dum alios carpis, etiam in minutissimis; te verò in magnis erroribus notari ægrè fers? Num te tuaque ita comparata esse omninò censes, quibus contradici non possit nec debeat? Erras utique, si id credis, & te
13 ignoras, D. Bocere. In illâ ipsam contractûs definitionem, à te traditam, si quis more tibi consueto scrupulosiùs inquireret: quot vitia deprehenderet? quot supervacua vocabula animadverteret? Nunquid bona & sufficiens mansisset definitio, si his duntaxat verbis usus fuisses: *contractus est conventio, quæ propriâ indole obligationem civilem producit?* Reliqua igitur vocabula omnia superflua sunt, quæ in definitione Boceriana habentur. Abundant vocabula: *ex mente contrahentium.* Nunquid enim conventio, propriâ indole obligationem civilem producens, præsupponit mentem contrahentium? *l. non omnis. 19. in princ. ff. de reb. cred. l. 3. ff. de obl. & act.* Abundat item vocabulum, *suâ.* Quandoquidem vox, *propriâ*, idem planè significat. Quod etenim *suum est*, id & *proprium* est, & vice versâ; ut
14 vel pueris, Latinitati studẽtibus, notissimum est. Abundant quoque in definitione Boceriana verba illa: *ad agendum efficacem.* Nam omnis obligatio civilis ad agendum efficax est. *§. 1. h. t.* & in hoc consistit forma sive differentia specifica, quia civilis obligatio à naturali separatur, fatente ipsomet Bocero *in d. §. 1. n. 46. pag.* 117. Mirum profectò est, nec immeritò mirum: tantum scilicet artificem, tamq; insignem definitionum magistrum, tot supervacua verba suis definitionibus obscurandæ rei gratia inserere, nec pati, ab aliis explicandæ & declarandæ rei gratiâ ullum verbulum, quod ipse superfluum temerè putat, addi. Ita sæpissime, mi D. Bocere, facis; ut nimium intelligendo nihil intelligas: & nimiùm carpendo non videas id manticæ, quod in tergo est. Operosus quidem es in aliorum definitionibus exagitandis, & tuis consarcinandis: sed supervacua est hæcce tua operositas. Haud enim facis operæ curævè pretium, *ut ex inferiùs dicendis suo loco perspicuum evadet.* Falsò insuper tibi persuades: tuas definitiones tales esse, ex quibus alii suas definitiones describant. Si quæ bona in illis continentur: ea non rarò & apud alios auctores longè antiquiores reperiuntur: ac proinde meritò retinentur: quæ verò mala & inconcinna sunt; jure rejiciuntur, repudiantur, eliminantur. Cæterùm haud inconvenienter illud Audœni Poetæ, *quod habet epigrammatum. lib. 3. epigram.* 79. de te pronunciari posse videtur.

Crimina qui cernunt aliorum, nec sua cernunt:
Hi sapiunt aliis, desipiuntq; sibi.

Ut & illud Johannis Stigelii, *quod refertur part. 6. delitiar. Poëtar. Germanor. illustrium. pag.* 565.

Heu commune malum toto jam regnat in Orbe:
Sentiat ut vitii crimina nemo sui.
Cernitur à nullo, quæ pendet mantica tergo:
Et tamen hærentem pectore quisq; videt.

Porrò ex hac sic declaratâ & defensâ definitione, de 15
omnibus conventionibus judicare possumus, num contractus sint, vel non sint. Hoc siquidem duntaxat in hujus rei dijudicatione considerandum est: utrùm ex proposita conventione obligatio nascatur, vel non. Obligatio enim perpetuus comes contractûs est: ita ut posito contractu, necessariò obligatio ponatur: & sublatâ obligatione, contractus etiam sublatus censeatur. Atque hinc ipso meri- 16
die apparet dilucidiùs: eos quoque contractus, qui non ex utroq; sed altero latere tantùm (illi à Græcis συναλλάγματα δίπλευρα, quales sunt emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas; hi verò συναλλάγματα μονόπλευρα, ut sunt mutuum, depositum, stipulatio, &c. vocantur, *Cujac. ad l. 1. in princ. ff. de verb. oblig.*) obligationem producunt, veros & proprios esse contractus: utcunque plerique & veteres & neoterici Interpretes repugnent, *per d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. Accurs. hic super verb. ex contractu. ibiq; Angel. Aretin. Mynsing. n. 3. Schneidevv. n. 5. Thadæus Piso n. 2. & alii. Bartol. in l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusvè caus. gest. sunt. Imola, Romanus & Jason. in l. stipulationum. 5. ff. de verbor. obligationib. Joan. Robertus lib. 2. sentent. jur. c. 12. Cujac. in l. juris gentium. 6. in princip. ff. de pact. Coras. in l. frater. 38. n. 3. ff. de condit. indebit.*
Ac sanè mutuum, depositum & stipulationem proprios 17
esse contractus, evidentissimè probatur *ex præsenti §. juncto principio tit. sequentis. item ex l. 1. §. 2. & seqq. ff. de oblig. & action. d. l. 1. §. 3. ff. de pact. l. certi condictio. 9. §. quoniam. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet.* quibus in locis contractus in eos, qui re fiunt, aut verbis, aut literis, aut consensu, dividuntur: & mutuum & depositum, tanquam species contractuum, qui re contrahuntur, ut & stipulatio, tanquam contractus, qui celebratur verbis, subjicitur. Præterea *infra initio tit. de obligat. quæ qs. ex contract. nasc.* primò hæc verba ponuntur: *Post genera contractuum enumerata, &c.* Quæ certè verba etiam mutuum, depositum & stipulationem complectuntur. Hi siquidem contractus explicati quoque fuerunt titulis superioribus. Deinde statim illa eodem in titulo annectuntur verba: *dispiciamus etiam de iis obligationib. quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, &c.* Hæc profectò verba, ad proximè præcedentia relata, apertissimè ostendunt: titulis præcedentibus obligationes esse expositas, quæ propriè ex contractu sunt: illo verò titulo, *scilicet de obligat. quæ qs. ex contract. nasc.* obligationes, quæ non
sunt propriè ex contractu, explicari. Adhæc communis 18
loquendi usus verbis proprietatem tradit, *arg. l. Labeo. 7. §. 1. vers. nec mirum est. & ibi gloss. ff. de supellectile legat. Alciat. lib. 2. de verb. significat. n. 27. Dd. in rubr. t. ff. de nov. oper. nunciat.* Sed communis Jurisconsultorum usus est; ut isto termino *contractus* promiscuè conventiones, tam ex unâ parte, quam ex utraque obligatoriæ significentur. *d. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. unic. C. ut actiones & ab heredib. & cont. hered. incip. d. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metuvè caus. gest. sunt cum multis similibus;* in quibus mutuum, stipulatio, & alii contractus, qui ultrò citròque obligatorii non sunt, contractus appellantur. Quare terminus iste *contract.* non tantùm conventionib. utrinque sive ex utraq; parte, sed & ex altera tantùm parte obligatoriis, propriè cõvenit.

Proinde

Digitized by Google

Proinde minimè sunt audiendi, qui verba statuti de contractu aliquid disponentia, de solis διπλεύροις, non etiam de μονοπλεύροις contractibus, interpretanda esse opinantur: propterea quod in statutis verborum proprietas exigatur, *arg. l. aut prætor. 3. §. hæc verba. 6. ff. de negot. gest. l. 1. §. hoc autem 20. vers. in re igitur dubia ff. de exercitor. act. Bald. Aretin. & Portius in hoc §.* Etenim cum contractus μονόπλευροι itidem sint veri ac proprii contractus, sicuti modò demonstratum est: nulla utique firma poterit adduci ratio, cur verba statuti de contractibus loquentia, non etiam de his sint accipienda: quemadmodum rectè tradit Iohannes Nonius *hic in vers. prius est &c. n. 7. ad finem*, eumque referens Petrus Heigius *hic n. 2. & seq.*

19 Neque cum his pugnat *prædlegata l. Labeo. 19. & l. creditores. 10. in fine. ff. de verb. signif.* ubi mutuum & stipulatio actus dicuntur, & a contractu separantur, eique opponuntur. *Nam primò ad d. l. creditores. 10. ff. d. tit.* quod attinet, in isto textu, si probe consideretur, Ulpianus nequaquam mutuum contractui opponit: sed potius hoc summatim in toto isto responso innuit: quicunque ab altero invito aliquid extorquere potest, sive id possit civili, aut gentium jure, per ordinariam aliquam vel extraordinariam actionem, vel quolibet alio remedio, civili aut prætorio, eum creditorem dici debere, ut in possessionem mittatur, etiamsi pure id, quod petitur non debeatur, si tamen debitum iri speretur: modò nullâ perpetua exceptione actor ille repelli queat. Quippe non solus ille dicitur creditor, qui mutuam dedit pecuniam, sed & qui alium quemcunque contractum habet: ut non solùm in fine *dict. l. 10.* sed & duabus proxime sequentibus diserte subjicitur, & ubique eleganter explicat Joannes Goddæus. De inde quantum concernit *dictam l. Labeo 19. ff. de verb. significat.* quâ vel maximè dissentientes nituntur: putaverim cum eodem Goddeo *ibidem n. 37.* Ulpianum, quando dicit, *contractum esse ultro citroque obligationem*, nihil aliud velle, quam contractum esse negotium, hinc inde pacto conventum, neque obligandi causa initum. Et quanquam Reinhardus Bachovius *in not. ad Treutler. vol. 1. p. 215. & 741.* hanc Goddei interpretationem vocat contortam, & à mente Jurisconsulti alienam; eò quod ibi mutuum contractui perspicue opponatur: attamen probabilior verior que sententia est existimantium: Ulpianum *in d. l. 19.* haud quaquam mutuum contractui opponere; sed hoc saltem significare voluisse mutuum etiam dici actum, respectu scilicet numerationis, quâ perficitur: sicut & stipulatio ratione promittentis, actus non inscitè appellatur: quemadmodum *post D. Christoph. Besoldum in tract. mutui. c. 2. in fine, à se laudatum*, bene animadvertit D. Matt. Rumelinus *in Disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. si cert. pet. thes. 2. sub lit. b.* De eàdem re videantur quoque *D. Bocer. d. Comment. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 12. cum seqq. edit. 2. Wesenb. in dict. lectur. ad tit. C. de reb. cred. & juncta post princ. And. Gerhard. Exercit. Just. decad. 12. th. 5. & Bronchorst. cent. 1. miscell. contr. assert. 53.* Præterea *in d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif.* non proponitur (*secundum quosdam Interpretes*) vera & adæquata contractûs definitio: sed is tantummodò contractus describitur, qui utrinque obligationem producit: atque ideo mutuum illic, & similes contractus, ex alterâ parte contrahentium obligatorii, haud omnibus in genere contractibus opponuntur, sed illis duntaxat speciebus contractuum, qui ex utraque parte contrahentium obligationem pariunt. *Vid. Hunnium lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 2. pag. 358. Albericum Gentilem in Commentar. ad d. l. 19. & Johannem Kitzelium in exeges. de obligat. mutui. cap. 1. n. 11. cum seqq. & Petrum Ostermannum in suis ratiocinatib. ad principium tituli subjecti. pag. 65.*

20 Divisiones contractûs tres potissimùm in jure reperiuntur. Prima hæc est: quòd alii contractus sunt certi, qui vulgò nominati; alii incerti, qui innominati appellantur *l. 1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. l. 1. ff. de æstimator. act. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. ex uno. 18. in princ. ff. de acceptilat. l. juris gentium 7. §. 1. & 2. ubi Cujacius. ff. de pact. Vultejus ad princ. hujus tit. n. 39. Wegner. Disput. 10. thes. 3. lit. a. Bachovius lib. 1. Disputat. miscell. c. 5. Althusius lib. 1. Jur. Rom. c. 26. Mozzius in tract. de contractib. artic. 4. n. 9. & seqq. Formannus Disp. 19. thes. 4. ad lit. b. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 9. assert. 3. lit. d. pag. 349. Thaddæus C. Schneidewin. 3. Schneidewin. n. 8. & Rittershusius. p. 401.* Certi sive nominati sunt, qui certum, proprium & speciale nomen habent, jure civili proditum, inventum & comprobatum: ut sunt mutuum, depositum, commodatum, emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum, stipulatio, &c. adeoque contractus omnes, qui re, verbis, literis, vel consensu ineuntur, *d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. l. 1. ff. de æstimator. act. Goddæus in Comment. de contract. & committ. stipul. c. 1. n. 50. cum seqq. Althus. lib. 1. Dicæolog. c. 58. n. 4. & seq. pag. 217.* Et de iis singulis agetur explicatius *titulis subsequentibus*. Incerti seu innominati contractus dicuntur, qui speciali & proprio nomine, jure civili imposito, carent: ut sunt do, ut des, do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, *d. l. 5. & l. naturalis. 5. ff. de præscript. verb.* Cum enim per rerum naturam ita 21 sit comparatum, ut plura sint negotia, quam negotiorum vocabula *l. natura 4. ff. d. tit.* fieri non potuit, ut negotia singula singulis appellarentur nominibus: ideoque necesse fuit, nomen commune accommodari speciebus singulis, certum nomen non habentibus: cum nomen commune ejusmodi sit, ut cæteris omnibus, & quidem diversissimis negotiorum speciebus accommodari possit. Et de illis innominatis contractibus (ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, *de qua tot. tit. ff. de præscript. verb. & in fact. actionib.*) consulantur *Donellus in Comment. ad d. tit. ff. de præscript. verb. & l. 12. Commentar. de jur. civ. c. 12. Ferdinand. Vasquez in l. pacta conventa. 72. n. 41. cum seqq. ff. de contrah. empt. Fortunius Garcias in d. l. juris gentium. 7. §. & ideo 2. ff. de pact. pag. 445. cum seqq. Vulteius in §. pen. infr. de mand. n. 12. & seqq. D. Bocer. d. Disp. 13. per tot. edit. 2. Stuck. d. dec. 9. assert. 3. lit. f. & seqq. Forman. Disp. 24. coroll. 1. & 2. Bonacina in tract. de contract. & mut. disp. 3. q. 1. punct. 1. n. 14. p. 332. Mantica in tract. de tac. & ambig. convent. lib. 1. tit. 8. Althus. d. lib. 1. Dicæolog. c. 87. cum seqq. p. 308. & seqq.* Præcipua autem contractus inter nominatos & innominatos differentia hæc vulgo perhibetur: 22 quod in illis regulariter non est locus pœnitentiæ, etiam re integrâ: sunt enim necessarii ex post facto. *l. sicut initio. 5. C. de oblig. & act. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati.* in his verò re integrâ, regulariter pœnitere licet: imò & re non integra ei, qui implevit contractum pro sua parte antequam alter adimpleat, eo etiam invito pœnitere permittitur. *Exempli gratiâ* si tibi decem florenos dedi ut pro me Argentinam eas: eos possum repetere, & datos florenos repetere valeo, priusquam tu veneris Argentinam, interesse tamen soluto. Nam si fortè sumptus ad profectionem necessarios feceris, eorum ratio habebitur: quibus refusis, decem illos florenos condicere potero. *l. si pecuniam. 5. ibique Jason. ff. de condict. caus. data, caus. non secut. Schneidewin. in hoc §. n. 13. & 14. Rittershus. ad princip. tit. infr. quibus. mod. re contrah. obligat. n. 101. pag. 130. Cæsar Schifordegher. lib. 2. tractat. 3. q. 7. Gómez. tom. 2. variar. resol. c. 8. n. 2. & 3. Covarruvias. libr. 1. var. resol. c. 14. n. 15. & 16.* Videantur tamen *Goddæus in d. Commentar. de contrah. & committ. stipul. c. 1. n. 51. & seq. Hunnius Disp. 13. th. 8. item d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quæst. 3. pag. 822. & Wegner. d. Disp. 10. th. 3. lit. a. qui differentiam istam frequentioribus Dd. suffragiis receptam carpunt.*

Secunda contractuum divisio est hæc: quia contractus 23 alii sunt bonæ fidei; alii stricti juris. *l. eum, qui 22. ff. de donationib. l. mora 32. §. in bonæ fidei. ff. de usur. l. in contractibus. 3. C. quib. ex caus. majores in integ. restit. c. cum venerabilis. 6. §. adhæc Episcopus. ibi, cum permutatio inter contractus bonæ fidei computetur. ext. de exceptionib.* Ex quo c. aperte constat; quod jure quoque canonico discrimen hoc inter contractus sit approbatum; *ut latiùs, post Interpretes à nobis adductos, ostendimus in §. actionum autem. 28. n. 49. & seqq. infr. de actionib. Et de ista divisione videatur Bachovius d. lib. 1. Disput. miscell. c. 4.* Bonæ fidei contractus, secundùm veriorem sententiam, dicuntur: non quòd alii contractus sint malæ fidei. In omnibus quippe 24 contractibus bona fides requiritur *l. bonam fidem. 4. C. de obligationibus & actionibus. Ant. Fab. part. 1. de errorib. pragm. decad. 9. error. 1.* Sed quia in horum contractuum

actione

Digitized by Google

actione sive judicio fit condemnatio ex bonâ fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventione expresse ac nominatim fuit actum. §. *conductor autem.* 5. *infr. de locat. & conduct. l. quia tantundem.* 7 *ff. de negoc. gest.* ut sunt emptio, locatio, depositum, & cæteri omnes quorum actiones dicuntur bonæ fidei *in d. §. actionum.* 28. *infr. de actionib.* Stricti juris contractus sunt; quorum in actione strictè fit condemnatio de iis tantùm, de quibus in ipsa conventione nominatim ac disertè fuit dictum, *f. allegatâ l. quia tantundem.* 7. *ff. de negot. gest. l. si ita stipulatus.* 126. §. *Chrysogonus. vers. plerumq; enim in stipulation. ff. de verb. obligat. D. Bocer. in Comment. ad l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. cap.* 2. *num.* 7. *edit.* 2. ut sunt mutuum, stipulatio, & omnes alii, quorum actiones non enumerantur *in d. §. actionum autem.* 28. *infr. de actionib. ubi eâ de re nos explanatiùs.*

25 Tertia divisio contractum *in hoc præsenti §.* hæc adfertur: quòd quidam contractus re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis, quidam consensu. Atque hæc divisio omnium certorum sive nominatorum contractuum species complectitur. Sunt autem numero undecim; videlicet mutuum, indebitum, commodatum, depositum, pignus, stipulatio, contractus literarum, emptio, locatio, societas, & mandatum: *de quibus omnibus in titulis subsequen-*
26 *tibus ordine dicetur.* Cæterum huic divisioni quadrimembri primò opponitur *l.* 1. §. *l. ex maleficio.* 4. *ff. de obligat. & actionib. l. græcè.* 8. §. 1. *ff. de fidejussorib. l.* 1. §. 1. *ff. de novationib. cum similibus*: in quibus Jurisconsulti ex triplici tantummodò causa, nempe aut re, aut verbis, aut consensu obligationem oriri contrahendo scribunt: contractûs autem sive obligationis literarum nusquam meminerunt. *Sed respondetur*: ideo in prædictis legibus obligationis literarum nullam fieri mentionem: quia hæc obligandi ratio Jurisconsultis tempore Digestorum ignota fuit, cùm apud eos exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua esset. Verùm Imperatores posteà exceptionem non numeratæ pecuniæ temporariam fecerunt: atque ita literarum obligationem introduxerunt. *Joh. Borcholt. hic n.* 14. *& in tract. de obligationib. & actionibus. cap.* 5. *n.* 18.

27 Nec huic responsioni, qua dicitur, literarum obligationem tempore juris digestorum fuisse incognitam, obstat *l. non figur.* 38 *ff. de oblig. & act.* ubi traditur, non minùs valere, quod scripturâ, quam quod vocibus linguâ figuratis significabitur. *Nam* quod ibi Paulus JC. ait oratione scripturæ nos obligari, hoc eam vim habet: non ut scriptura per se obliget, sed stipulatio epistolâ sive instrumento comprehensa & probata: *quemadmodum rectè sentiunt Petrus de Bella pertic. Joan. Faber. Wesemb. Vultejus, Ant. Matthæus, & alii inf. tit. de lit. oblig. Nonius hic in vers. prius est n.* 1. *Alciat. in l.* 2. §. *appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. & Schegkius in delibat. jur. Disput.* 17. *ad th.* 13. *Tametsi novissimè aliter doceat Marcilius hic. pag.* 460. *& seq.*

28 Eidem solutioni non repugnat *l.* 2. §. 1 *ff. de oblig. & act.* ubi habetur, ideò obligationes consensu contrahi: quia neque verborum, neq; scripturæ ulla proprietas desideratur. Ex quibus verbis liquet, esse obligationem, quæ desiderat scripturam. Non *inquam*, hæc lex repugnat. Etenim accipienda videtur de illa solùm obligatione quæ olim scripturâ celebrabatur, & jam ætate Justiniani exoleverat, *per princ. tit. infr. de literar. obligat.* non verò de eâ literarum
29 obligatione, de quá nos hîc loquimur. Neque etiam prædictæ responsioni quidquam adversatur, quòd *ex d. princip. infr. de liter. obligat.* nimirum ex voculâ, *olim*, colligere quidam conantur: jure etiam Pandectarum obligationem literarum in usu fuisse. *Quod* enim ibi Justinianus dicit, olim scripturâ obligationem esse factam: hoc ipso non ad jus Digestorum, sed ad jus vetustius, quod ante Digestorum jus viguit, respexit. Idque liquidissimè ex
30 dictione illa, *olim*, probari potest: quæ in hisce 4. Institutionum libris ut-plurimum tempus ante jus Digestorum denotat, *initio tit. supr. de testament. ordinand.* Ubi asserit Imp. duo olim fuisse testamentorum genera: unum, quod calatis comitiis; alterum, quod procinctum appellabatur: & tamen illa duo testandi genera jure Digestorum non obtinuisse, Doctores uno quasi ore omnes fatentur. Idem etiam optime confirmatur *ex princ. tit. supr. de lege Falcid.* Ubi ipsemet Imp. Justin. illam vocem *olim* quodammodo declarare videtur, dum inquit, *olim*, id est, lege XII. Tabul. libera erat legandi potestas, &c. *Sed vide Tobiam Nonium hæc enucleatius prosequent. hic in vers. prius est. n.* 2.

Deinde contra hanc tertiam contractuum divisionem 31
opponi solet tale argumentum: Divisio, quæ divisum totum non exhaurit, est vitiosa. Hæc autem divisio divisum totum non exhaurit: cùm in eâ pars divisi, nempe obligatio, quæ & verbis & re simul contrahitur, omittatur; *de qua est l. certi condictio.* 9. §. *quoniam ff. de reb. credit. si cert. pet. & l. obligantur.* 25. *ff. de oblig. & act.* Sed dicendum: eo ipso, quòd hic ponitur contractus sive obligatio, quæ re contrahitur, & quæ contrahitur verbis, etiam obligatio, quæ re & verbis conjunctim contrahitur, posita intelligitur: cùm mixtum sub simplicibus comprehen- 32
datur, *ut notat glossa frequentiori Dd. calculo recepta, in l.* 2. *ff. de verb. obligat. eamq; referens Nonius d. loco. n.* 3. *p.* 388.

Illud hoc loco admonendum: quòd licèt obligatio 33
quandoque pro contractu sumatur. *l. credito.* 23. *in fin. ff. de pignorib. & hypothec.* ubi verbum *obligatur* positum est pro *contrahitur. & l. cum mota.* 6. *circa finem Cod. de transaction.* ubi Imp. Alexander quod stipulationem appellaverat, statim verborum obligationem nuncupat: tamen si cujusque indoles & natura aliquantò penitius introspiciatur, ingens inter ista duo, ut & inter obligationem & actionem, differentia deprehenditur; *ut ut hic oggannat Nicolaus Bellonus.* Et quidem obligationem ex contractu nasci, definitio contractûs superiùs exposita ostendit. Cùm enim 34
homines contrahunt, promittunt, emunt, vendunt, locant, conducunt, &c. ex hujusmodi factis quoddam jus, quod obligationem nominamus, oritur. Nam nisi mihi promisisses: utique obligatus mihi non esses. Contractus ergo sunt facti. *d. consilio.* 7. §. *fin. ff. de curatorib. furioso, & aliis ext. minor. dand.* & producunt obligationes, quæ juris sunt: hæque rursus actiones pariunt. Actionum igitur causa remota sunt contractus: propinqua verò sunt obligationes. Vel significantiùs: contractus est pater: obligatio filia: actio neptis, ut *Dd. nostri loquuntur.* Planè quod contractus & obligatio differant, probatur argumento *l. si idem* 7. *C. de codicillis.* ex quâ ea, quæ diversa habent nomina, diversam etiam habeant substantiam. At contractum 35
& obligationem diversa habere nomina, unicuique patet. Præterea jus & factum diversa sunt, imò ferè contraria *d. l. consilio.* 7. §. *ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis, &c.* Sed 36
obligatio juris est. §. 1. *supr. de rebus corporal. & incorporalibus.* contractus verò facti, *ut paulò ante dictum.* Nec 37
quicquam ad rem facit, quod regeritur à dissentientibus, dictam *l. consilio.* 7. §. *ultim. ff. de curat. furioso, &c.* non loqui in contractu, sed in negotio, quod geritur ad celebrandum contractum, quod bene est facti. *Loquitur* namque verè in contractu. Siquidem textus apertè ait: quòd solutio & venditio facti magis, quàm juris sint. Atqui venditio non est negotium, quod ante contractum geritur; sed ipse contractus, ipsaq; conventio. *l. juris gentium.* 7. §. 1. *de pact. l. Labeo.* 19. *vers. contractum. ff. de verb. signif.* Ergo contractus est ille, qui facti esse dicitur. Ad hæc per re- 38
rum naturam, adeoque etiam per leges, quæ naturam imitantur. § *minor.* 4. *supr. de adopt. l. adopt.* 16. *ff. eod.* fieri non potest, ut una eademque res se ipsam producat. Jam verò ex contractu nasci ac produci obligationem, certo certius est. *l.* 2. *in princ. ff. mandati.* Ergo ἀδύνατον est, & in rerum naturâ non positum, ut idem sint contractus & obligatio.

Cui non obstat *d. l. Labeo.* 19. *vers. contractum. ff. de ver-* 39
bor. signif. ubi dicitur, contractum esse ultrò citròque obligationem. *Respondetur* enim: causatum ibi poni pro suâ causa, id est, obligationem pro conventione: quod in jure non infrequens est, aut novum. *l. hoc jure.* 19. §. *non potest. & ibi Castrensis. ff. de donationib.* Nec hanc solutio- 40
nem infringit *l. non aliter.* 69. *ff. de legat.* 3. ubi Marcellus ait, in dubio à verborum proprietate non esse recedendum. *Etenim* jura juribus sunt concordanda. *c. cùm expediat.* 29. 41
ext. de electione. in 6. & una lex ex aliâ explicanda. *l.*
non est novum. 26. *ff. de legib.* nec non in dubio ea facien- 42
da est interpretatio, quæ vitio caret aliisque legibus non repugnat. *l. in ambigua.* 19. *ff. eod. tit.* Ast aliæ possunt adduci leges in quibus obligationem ex contractu oriri, ex-

Digitized by Google

expressè disponitur. d. l. 2. ff. mandati. & hoc §. nostro. Quare necessario dicendum est: obligationem in d. l. Labeo 19. ff. de verb. signif pro conventione esse accipiendam: ut sit sensus, contractum esse ultrò citroque obligatoriam conventionem. Nonius hic in vers. prim est, num. 9. pag. 395. Paul. Berens in Dissertationib. Acad. Disp. 9. them. 1. quæst. 1.

43 Neque obloquitur l. omnem. 20. ff. de judiciis, & ubi quisque agere, &c. ubi Paulus IC. docet, omnem obligationem pro contractu habendam esse. Nam facilis ad eam est responsio: cùm IC. non dicat, contractum obligationem esse, sed obligationem pro contractu habendam. Diversum autem est tale, ab eo, quod pro tali habetur, arg. l. mercis appellatione. 207. ff de verb signif. Proinde ut & ipsa obligatio à contractu diversa sit, necesse est. Deinde illa lex ad alteram partem istius tituli, ubi sc. quisque agere, vel conveniri debeat, est referenda: ut apertè Rubrica sive inscriptio tituli demonstrat. Et quidem reus conveniendus est, vel ubi domicilium habet, vel ubi contraxit, si contra eum ex contractu aliquo agatur. l. heres absens 19. ubi multa sunt exempla de contractu & domicilio. ff. de judic. Sed quæritur: quomodo nomen contractus hic sit accipiendum? Et respondet Paulus in d. l. omnem. 20. ff d. tit. omnem obligationem pro contractu haberi debere: ut ubicunque aliquis obligetur, ibidem contraxisse quoque videatur. Et sic non tantùm proprium contractum, sed etiam quasi contractum, ut ex negotiis gestis, vel ex tutela itemq; delictum, & quasi delictum Jurisconsultus intelligit: & significat, aliquem, in quocunque loco vel proprie contraxit, vel quasi contraxit: vel deliquit, aut quasi deliquit, in eodem etiam conveniri posse. Atque ita nomen contractus in ea lege latiùs & improprie pro quacunque obligationis causa accipitur: non verò contractum, ipsam obligationem esse affirmatur: & per consequens nostræ sententiæ nihil officit. Et sic, post Duaren. ad d. tit. de judic. cap. de foro competenti circa medium, dictam l. omnem exaudit D. Colleg. Bocer. d Comm. ad l. contract. 23. cap. 1. n. 2. ff. de reg. jur. Vide eandem fusius explicantem Donellum lib. 17 Comment. de jur civ. 14. pag. 59.

44 Nihil item movet, quòd leges his vocabulis, deductum est in obligationem, deductum est in contractum, promiscue utantur, adeoque tacitè indicare videantur, quòd contractus & obligatio sint unum ac idem. l ubi autem. 75 §. 1. ff. de verb. oblig Quia cùm contractus sit necessarium antecedens ipsius obligationis: rectè dicitur, & infallibiliter sequitur: omne illud, quod deductum est in obligationem,
45 etiam deductum esse in contractum: quippe cùm is, qui velit consequens, necessario velit etiam antecedens. l. ad
46 rem mobilem. 56. & l. ad legatum 62. ff. de procuratorib.
Nihil denique ponderis habet, quod affertur ex l. an inutilis. 8. §. acceptum. 3. ff de acceptilat. Ubi quod Ulpianus in princip. istius §. obligatum esse dixerat, mox in fine contractum esse dicit. Quandoquidem hoc non ideò fit, quod obligatio & contractus idem sint: sed quòd contractus ipsius obligationis causa intelligatur. Quocirca qui aliquid esse contractum, asserit: necessariò etiam obligationem, quæ effectus est ipsius contractus, præsupponit, d. l. 2. ff. mandati Nonius hic d. vers. prim est. num 9. p. 396. Paul Berens d. Disp. 9. them. 1. quæst 1. pag. 199 edit. 2.

47 Quòd autem similiter obligatio & actio differant, ad hoc præter primum & ultimum fundamentum, supra ad confirmandum inter contractum, & obligationem discrimen, in medium adductum, etiam hæc ponderari possunt. Primùm copula & inter diversa poni solet, gloss. in rub. tit. ff. de jur. & fact. ignor. Ast inter obligationem & actionem
48 hæc copula ponitur, in rubr. ff. de oblig & actionib. Deinde, quæ diversos habent tractatus, diversam quoque habent substantiam, arg. l. 2. §. quartus autem locus. 5. C. de vet. jur. enucleand. Atqui obligatio & actio diversos tractatus habent, ut ex hoc Institutionum volumine perspicu-
49 um est. Insuper, quæ differunt definitione, differunt etiam substantia: quia definitio rei definitæ substantiam complectitur, secundum gloss & Dd. in l. omnis definitio. 202. ff de reg jur. Sed obligatio & actio definitione differunt, ut constat ex principio hujus tit. & princip. tit. infr. de actionib. Ergo & substantia differre concludendum est. Unde Doctores plerique eleganter dicunt: quòd obligatio sit mater actionis, & contra actio sit filia obligationis: cùm nulla detur actio, nisi præcedat obligatio, arg. l. licèt 42. §. 2. ff. de procuratorib. Vincent. in bibliothec. mundi tom. 2. lib. 3. c. 3. Bernh. Diaz. reg. 501. Bartol. in l. 1. col. 1. vers. item nota. ff. de pecul. Cothman. vol. 5. resp. 26. num. 38. & resp. 46. num. 8. eosque referens David Dering. in biblioth. Jurisconsult. in verb. actio. num. 98. fol. 237.

Non his resistit §. 1. infr. tit. proximo. l. juris gent. 7. 50
ff. de pact. l. actionum 25. §. 1. ff. de oblig. & actionib. l. unic. C. si servus extero se emi mandaverit. Ex quibus locis quidam ita ratiocinantur: In his legibus, & innumeris aliis, rotundè dicitur, actionem ex contractu nasci, & contractum actionem parere. Jam verò obligatio etiam ex contractu nascitur, præallegata l. 2. ff. mandati. Ergo actio & obligatio non differunt: sed unum ac idem sunt. Non resistit, inquam, hæc ratiocinatio. Nam dupliciter ad eam responderi potest: Primò quidem negando consequentiam. Haud enim sequitur: ex contractu nascitur actio: ex eodem etiam nascitur obligatio. Ergo actio & obligatio sunt idem. Etenim non absurdum est, aut insolens; ex una eademque causa diversos nasci, quoad substantiam, effectus, ut videre est in patre, ex quo uno eodemque plures nascuntur filii; & tamen illi non sunt iidem respectu substantiæ, sed diversi; ut omnibus notissimum est. Secundò dici & hoc non ineptè poterit: contractus parere & producere actiones, non quia ipsi vere & immediatè eas producunt: sed quia produxerunt obligationes, ex quibus postea natæ sunt actiones, d. l. licet 42 §. ex obligatio. 2. ff. de procurat. l. plura. 53. ff de oblig. & action. Atque ita actiones oriuntur ex contractibus, mediantibus sc. obligationibus.

Neque huic solutioni negotium facessit, quòd propria 51
& peculiaris hujus dictionis ex sit natura, ut causam immediatam & proximam significet. l. eo tempore. 50. in fin. ff. de pecul. l. non dubium. 5. ubi Dd. C. de legib. Expressè autem in allegatis legibus dicatur, ex contractu actionem nasci: ac proinde causa immediata & proxima actionis contractus, non verò obligatio censeatur. Nam huic instantiæ respondendum est: dictionem ex in præcitatis juribus nequaquam significare causam immediatam, sed potiùs mediatam, quemadmodum etiam accipitur in l. 1. §. ex incend. 2. ff. de incend. ruin. naufr. & §. 1. vers. sancitum etenim a nobis est. supr. per quas person. cuique acquirit. Ut ita actionis causa quidem sit contractus, media tamen obligatione, tanquam actionis propinquiori causa.

Nec quicquam stringit, si rursus qui urgens objiciat: 52
proprietatem hujus voculæ ex esse, ut designet causam immediatam ac proximam, sicuti autumat Bartolus in d. l. 1. §. ex incendio. ff. de incend ruin. naufrag. nec in dubio præsumendum esse, quòd aliter, quàm propriè, tot Jurisconsulti ea dictione usi fuerint, argum. d. l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. Ei namque hoc responso occurrere possumus: dictionem istam ex secundùm subjectam materiam esse intelligendam: ut modò mediatam sive remotam, modò immediatam seu proximam causam significet, ut notant Dd. in Auth. ex causa. C. de liberis præterit. At vero subjecta materia in proposito suadet & exigit, ut duntaxat causam mediatam & remotam denotet. Cùm enim hinc inde possint adduci leges, quæ tam ex contractu, quàm ex obligatione actionem nasci, clarè disponant: propinquior autem actioni sit obligatio, quàm contractus, cùm ex eo obligatio oriatur. d. l. 2. ff. mandati, necessarium est consequens, quòd in illis legibus, in quibus actio dicitur oriri ex contractu, præpositio ex causam mediatam importet: ut nimirum ex contractu actio, media tamen obligatione, nascatur: cùm ex contractu obligatio, ut jam superiùs dictum, quæ actionem procreat, proficiscatur, d. l. licet. 42. §. ea obligatio. ff. de procuratorib. & d. l. plura. 53. ff. de obligat. & actionib. Nonius hic in d. vers. prim est. num 10 pag. 397.

Sanè & illud hic non ignorandum: quòd in contracti- 53
bus quædam vocentur à Doctoribus substantialia: quædam naturalia: quædam solennia: quædam accidentalia, arg. l. pacta conventa. 72. in fin. princip. ff. de contrah. empt. ibique Bald. & Mudæus. l. Julianus. 9. §. sed si quis. 3. ibi, mutata

mutata forma prope interemit substantiam rei. ff. ad exhibend. l. obligationum. 3. in princip. ff. de oblig. & actionib. §. adeo. 3. vers. sed talis, ibi, contractus propriam statuit naturam infr. de locat. & conduct. l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. 2. ad finem. ff. de pact. l. naturalis. 5. §. sed si facio. 4. vers. & potest mandatum. ibi, naturam suam excedere. ff. de praescript. verb. &c. Bellon. lib. 1. supputation. jur. c. 5. Mozzius in tract. de contractib. artic. 5. & seqq. Zasius in singul. resp. c. 12. Schneidevvin. hoc §. nostro. n. 20. cum seqq. ibidemque Thadaeus Piso num. 8. & seqq. Hotoman. illustr. quaest. 36. & 37. Corasius lib. 3. miscellan. jur. civ. c. 10. Connan. lib. 5. Comment. jur. civ. c. 2. n. 9. D. Bocer. in hoc tit. n. 115. cum seqq. pag. 135. & in tract. de investitur. feud. c. 5. num. 24. & seqq. Giphan. in Comment. de divisionib. jur. thes. 61. & seqq. Pacius in Epit. iur. Disp. 12. thes. 7. Schegk in delibat. jur. Disput. 15. thes. 24. cum seqq. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 15. c. 1. ad lit. A. Scipio Gentilis in tract. de solennitatibus, quatenus in quocunque actu intervenire debeant, &c. c. 1. & seqq.

54 Substantialia contractuum illa dicuntur, quae ita formam & essentiam uniuscujusque contractus constituunt, ut sine iis talis contractus consistere non possit. *per text. & gloss. in d. l. pacta conventa. 72. super verb. nova emptio. & ibi Bald.*
55 *ff. de contrah. emp.* Forma siquidem dat unicuique rei suum esse: hoc est, id, quod est. *d. l. Julianus. 9. §. sed si quis. 3. in pri. ff. ad exhibend. l. cum hi. 8. in princ. & §. si praetor. 17. ff. de transact.* Exempli gratia: substantia, quam DD. substantialia appellitant, emptionis & venditionis est,
56 pretium, merx, consensus. Sine hisce enim emptio consistere nequit. *l. 8. . . 1. l. nec emptio. ff. eod. tit.* Sic substantia societatis est, communio. *l. 1. § 1. & l. 2. ff. pro soc.* Sic substantia stipulationis est, praecedens interrogatio & sequens responsio, actu continuo facta. *l. 1. §. 1. & l. conti-*
57 *nuus. 137. ff. de verb. obligationib.* Adeò autem substantialia ista speciem cujusque contractus constituunt, ut contrahentium voluntate sive pacto ea mutari non possint. *l. cum precario. 12. ff. de precario. Alciat. ad l. pen. num. 22. C. de pact. & ad l. 3. num. 1. ff. de reb. cred. eumque laudans Richter. d. tract. de contract. disp. 1. th. 6. & 8.* Quare si inter nos convenerit, ut emptionem contrahamus: etsi emptionem appellemus illud, quod gerimus, tamen si pretium in eo non versetur, non est emptio. Veluti, si domum tibi vendidi, ut tu aliam domum mihi venderes: Neratius respondit, nullam esse venditionem: quia scilicet pretium quod in nummis consistit, hic deest: sed civili intentione incerti agendum esse, ut hoc est, actione praescriptis verbis, quae nascitur ex incerto sive innominato contractu. *l. insulam. 6. ff. de praescript. verb. Scipio Gentil. d. cap. 1.*
58 Caeterum in omnibus negotiis contrahendis consensum, sive tacitum, sive expressum, necessario desiderari, tralatitium est, *l. 1. §. conventionis. 3. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de oblig. et action.* Hinc in conventionibus contrahentium voluntatem ac mentem potius, quam verba spectari placuit. *l. in conventionibus. 219. ubi Alciat. & Gothofr. ff. de verb. significat. l. 3. §. conditio. ff. de adimend. vel transf. legat. l. fin. C. quae res pignori oblig. poss.* Si verò mens non appareat: tunc contrahentium verba considerantur: neque ab iis, modo clara sint, temere recedi debet. *l. si quis stipulatus. 112. ibi, respiciendus critsermo. ff. de verb. oblig. l. si operas. 20. ibi, pacti tenor. C. de solutionib. l. ult. ibi, pro tenore communis militantium placiti. C. de*
59 *pignorib. l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Sin obscura sint, & ambigua verba: eorum interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, aut alium, cui liberum fuit legem apertius dicere contractui, facienda est, *l. veterib. 39. ff. de pact. l. Labeo. 21. ff. de contrah. empt. l. cum quaeritur. 26. ubi Donell. ff. de reb. dub. l. stipulatio. 38. §. in stipulationib. 18. ff. de verb. obligat. l. in contrahenda. 172. ff. de reg. iur. Bronchorst. cent. 1. assert. 40. edit. 2. D. Besold. in delibat. jur. & lib. 18. ff. quaest. 5.*
60 *pag. 16. & seq.* Quod si omnino non liqueat, quid actum est: in dubio id, quod in regione frequentatur: quod si ne mos quidem regionis appareat, id, quod minimum est, sequimur. *l. semper in obscuris. 9. & semper in stipulationib.*
61 *34. & l. in obscuris. 114. ff. de reg. jur. & similib.* Cum autem omnis contractus in se consensum habeat, *d. l. 1. §. conventionis. in fin. ff. de pact.* inde perspicuum fit: infantes, furiosos, & caeteros, qui consentire nequeunt, nec contrahere posse. *§. furiosus. 8. & seqq. infr. de inutilib. stipulat. l. in negotiis. 5. ff. de reg. jur.* Verùm de personis, quae contractum inire, obligarique possunt, explicatius agunt *D. Vultejus in hoc §. nostro num. 7. & multis seqq. Joan. Borcholt. in tract. de obligat. & actionib. cap. 2. & Wesenbec. in lectur. in tit. C. de reb. cred. & jurejur. pag. 357. & seq.*

Naturalia contractuum sunt ea, quae contractui tacitè insunt, si expressa non sint: sed pacto mutari vel tolli, citra ipsius contractus corruptionem, queunt. *Mozzius d. tract. de contractib. art. 6. num. 1. Jul. Pac. d. Epit. jur. Disput. 12. thes. 7. Thad. Piso hic num. 9. Schrader. in tract. feud. part. 2. cap. 2. num. 48.* Exempli gratia: secundum naturam venditionis obligatur venditor de evictione, etiamsi hoc non sit expressè actum. *l. ex empto, 11. §. 1. & l. 2. ff. de action. empt.* & tamen in contrarium, salvo venditionis contractu, partes inter se pacisci possunt, ne venditor de evictione teneatur, *d. l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. d. tit. latè Covarruv. lib. 3. var. resol. cap. 17. num. 2.* Sic secundum naturam locationis est, ut locator teneatur ad ea omnia, quae ex aequo & bono veniunt: veluti, ut fenestrae fiant, ostia refarciantur, &c. sed haec pacto tolli posse, manente nihilominus eodem contractu, exploratum est, *gloss. & Bald. in d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. Jason. in l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. Richter. d. Disp. 1. ad th. 8.* Et talia naturalia videtur Papinianus vocare adminicula contractus. *d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. Scipio Gentil. d. tract. de solennitatibus, de cap. 2.* 62

Solennia contractuum nuncupantur, quae jure ad validitatem contractus, praeter substantialia & naturalia, requiruntur, *juxta Baldum in l. ad exactionem. 6. num. 3. C. de dotis promiss. & in repetit. l. 1. in 4. notab. C. de sacrosanct. Eccles. quem refert hic Schneidevvin. num. 21.* Verbi gratia: si pupillus, aut minor, sine tutoris auctoritate & decreto judicis, rem immobilem alienet sive vendat: licet haec venditio omnia sua substantialia habere videatur: si tamen in ea non interveniat tutoris auctoritas, & decretum judicis, iste contractus minimè subsistit. *l. obligari. 9. in princ. ff. de auctorit. & consens. tutor. l. non solum. 4. l. minorum. 6. l. si minor. 5. l. si praedium. 16. & tot. tit. Cod. de praediis, & al. reb. minor. sine decr. non alienand.* quantumvis tamen utilis fuerit. *l. fin. ibi, donandi causa & ibi, nisi ex magna utilitate. & ff. de curatoribus, furioso & aliis, & C. d. tit. 5. §. 1. ibi, adito praetore l. ait Praetor. 7. §. ult. ibi, praetor aditus. ff. de jur. delib. l. magis puto. 5. §. si aes alienum. 14. & l. si fundus. 13. ff. de reb. eor. qui sub tutela & c. & l. ex. quae tutores 22. circa finem. Cod. de administrat. tut. Fachin. lib. 3. controvers. jur. cap. 3. Simonce l. in tract. de Decret. lib. 3. tit. 8. inspect. 17. num. 125. & docuimus in §. 1. num. 24. infr. de iis, per quos agere possumus.* Etsi verò plerique Doctores dicto modo inter substantiam & solennia contractus distingunt: quia tamen contractus, de praediis minoris sine praedicta solennitate decreti judicis facta, ipso jure est nullus. *d. tot. tit. C. de praed. & aliis reb. minor. sine decret. non alien. & d. tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. &c.* consequens utique est, solennitatem illam esse de substantia contractus, quo res minorum alienantur. Unde perperam asseritur, quod venditio illarum rerum, sine judicis decreto celebrata, omnia sua substantialia habere censeatur. Si enim id verum esset: constitueretur isthac venditione firma obligatio, tametsi judicis decretum non intervenerit: quod tamen verè & jure dici nequit. Substantia quippe rei non consistit, si quid desit, quod rem ipsam subsistere facit. *d. l. Julian. 9. §. sed si quis. 3. vers. nam mutata forma. ff. ad exhibend.* Non est ergo à substantia contractus separanda atque distinguenda solennitas contractus, *ut diserte hic docet D. Col. ep. Bocer. num. 120. & seqq. pag. 135.* Eaque de re exquisitiùs differtat Scipio Gentil. *d. tract. de solennitatib. &c. cap. 5. & seqq.* 63

Accidentalia contractus appellantur, quae contractui, praeter ejus naturam, pacto contrahentium accedunt. *Accurs. & Bald. in d. l. pacta conventa. 27. ff. de contrah. empt. Thadaeus Piso. hic n. 13. & Schneidevvin. num. 23. Zasius* 64

Zasius in Epitom. feud. part. 1. *num.* 8 *Menoch. conf.* 37 *n.* 99. *lib.* 1. Veluti, si convenerit inter contrahentes, ut depositarius culpam quoque levem præstet *l.* 1. §. *si convenit.* 6. *ff. depositi.* vel si ille, qui vendit domum, cum emptore paciscatur, ut domum emptam sibi pro tali pretio usque ad tantum tempus liceat. *l. fun. h partem.* 79 *ff. de contrah. empt.* vel si adjiciatur lex commissoria, addictio in diem, pactum de retrovendendo, &c. Et huc pertinet trita illa regula: Pacta dant legem vel formam contractui, vel formam contractum, *l. contractus.* 23. *vers. sed hæc ita. ff. de reg. jur. l. in conventionalib.* 52. *in princ. ff. de verb. oblig.* Sed videatur Olsvald. Hilliger. *in prædicto Donelli enucl. lib.* 15. *cap.* 1. *ad literam A ubi quadruplicem contractus formam subtilius declarat.* Adde Corasium *lib.* 3 *Miscel. jur. civil. cap.* 10. *n.* 5 *& seq.*

65 Quia porrò in contractibus sæpe de dolo, culpa, & casu fortuito quæri solet: ideò antequam ad particularem illorum expositionem deveniam hæc singula paucis explicare, operæ pretium esse arbitror. A voce itaque Græca δόλος, dictus est Latinè dolus: eaque vox derivatur vel à verbo δέω, quod ligare, vincire, adstringere significat; propterea quod homines dolo inducti sæpe ligentur sive adstringantur, obligationem aliquam suscipientes, unde facilè extricari nequeant: vel à verbo δέλω, quòd significat allicere, & veluti esca quadam capere. Capiuntur etenim, qui dolo decipiuntur: proindeque capti dicuntur, qui dolo circumveniuntur. *l. denique* 3. §. *ergo* 5. *l. verum.* 11. §. *sciendum.* 3. *ff. de minorib. l. quæro.* 39. *ibi, ne alioquin emptor capiatur. ff. de actionib. empt.* Cel. *us Bargalius in tract. de dolo. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 15. Quo pertinet illud Virgil. *lib.* 2. *Æneidos.*

Talibus insidiis, perjurique arte Sinonis
Credita res: captique dolis lacrymisque coacti.
& illud Ovidii *Epistol.* 10.
Verba, quid exultas, tua si mihi verba dederint?
Sumque parum prudens capta puella dolis?

66 Cùm autem dolus sit nomen generis, sicut adoptio, cognatio, & jurisdictio, boni malique doli species continens. *l.* 1. §. 3. *ibi, veteres dolum etiam bonum dicebant. ff. de dol. mal.* in eo sensu acceptus, uti que simpliciter consideratus non ineptè ita definiri posse videtur: Dolus est juvandi nocendique causa adhibita simulatio. Genus est *simulatio*: cætera definitioni inserta verba formam seu differentiam specificam constituunt. Nullus siquidem est dolus, qui aut juvandi causa, cujusmodi est dolus bonus; aut nocendi, qualis est dolus malus, non adhibeatur. *Bargalius. d. lib.* 1. *cap.* 1. *num* 21. Nec movet objectio Labeonis existimantis, dolum reperiri etiam absque simulatione, *dict. l.* 1. §. 2 *ff. de dol. mal.* ut in furto & rapina, *juxta d. ut num. ibid. super verb. & sine simulatione* Nam dolus hic accipitur, prout in edicto Prætoris, quo scilicet non cadat in speciale nomen delicti, nec specialem actionem producat. *dict. l.* 1. §. *ibi, si de his rebus alia actio non erit, &c.* In quo dolo innominato semper inesse simulationem, certum est. Etsi enim in furto, rapina, & similibus dolus insit, adeo, ut sine dolo non committantur. *l.* 1. *ff. de furt.* §. 1. *instr. de oblig. quæ ex del. nasc.* tamen furtum, aut rapinam non esse dolum, constat. Adde, quòd in furto saltem occulto simulatio inest: item in eo, quod non a delicto, sed à contractu incipit: velut, si depositarius, aut commodatarius, ad alium usum, quàm acceperit, re commodata utatur: negari simulatio nequit: cum simulet, se ad unum usum rem accipere, & convertat in alium. *l. si pignore.* 54. *C. qui re illi commodat.* 1. 76. *l. fallo.* 82. *ff. de furt.* Cui consequens est, Servium Sulpitium immeritò reprehensum à Labeone in ea parte, quòd detur dolus sine simulatione. Sulpitius etenim definivit dolum, prout edicto Prætoris continetur: & vera est reprehensio isthæc in alia parte tantùm, quòd reperiatur simulatio absque dolo malo, nempe cùm dolum bonum facimus, rem nostram, vel alterius defendentes. *d. l.* §. *ibi quid per ejusmodi dissimulationem tuentur vel sua, vel aliena. ff de dol. mal.* Quare cùm suprà posita definitio utrumque dolum comprehendat, (in utroque quippe adest simulatio) eam amplecti debemus, maximè cum nemo ex juris Auctoribus dolum, ita in genere sumptum, definiverit, docente Bargalio *d. lib.* 1. *c.* 1. *n.* 20.

67

& *seq.* Verum de definitione doli plura novissimè eleganter tradidit Dn. Collega Besold. *in delibat. jur. ex lib.* 4. *Pand. tit.* 3. *pag.* 324. *& seq.*

Definitioni doli proxima est divisio, quæ in duas deducitur species. Aut enim bonus dolus est, aut malus. *d. l.* 1. §. 3 *ff. de dol. mal.* Dolus bonus est, se ipsum, vel alterum, proprias res, vel alienas juvandi, inventa simulatio: qui dolus pro solertia & industria accipitur. *d. l.* 1. §. 2. *ibi, tuentur vel sua, vel aliena.* & §. 3. *ibi, pro solertia ff. eod.* Quemadmodum de B. Athanasio traditur: qui, cùm à Juliani Apostatæ satellitibus conquireretur ad necem, cùm fugeret navicula conversa in contrarium flumenis partem his, qui se insequebantur, ex industria occurrit: & quærentibus, nunquid de Athanasio sciret? respondit: se non longè illum navi euntem vidisse. Atque ita sicarios illos contrarium cursum tenentes, effugit: bonoque dolo mala mortem exclusit: *ut ex Paris. consil.* 67. *num.* 58. *vol.* 3. *refert Bargalius d. tractat. de dol. lib.* 1. *cap.* 2. *num* 6. Hinc rectè quid in doli boni speciem, ut utrumque esse scribunt, fallaciter ex hostium potestate evadere, *l. nihil interest.* 26. *ff. de captiv.* & *postlim reverf.* Hotom. *lib.* 4. *observ.* 4. vectigalia injusta & illicita fraudare. *Barbat & Roman. in l. vectigalia* 10. *ff de publican & vectig. lib. Bald. in l. cùm proponas.* 3. *Cod. de nautico fœn.* & *in l.* 1. *in princip. col.* 1. *C. de caduc. toll. and Tiraquell. du retraict. Lignagier in præfat. num* 69. *ubi plures citat* custodes carceris, cui injustè quis mancipatus est, fallere. *Decian. in tract. crimin. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 16. *Albanus in additionib. ad Bartol. in l. relegati.* 4. *in princip. lit. b ff. de pœnis. aliique per hunc allegati.* in causa justa cavillationibus & fraudibus uti. *l. cùm pater.* 77. § *Titio* 31 *in fin. ff de legat.* 2 *gl. in c. cupientes.* 16. *in princip super verb. multiplicantium de electiion. in* 6. *Tiraquell. in d. præfat. num.* 71. hostem actu, insidiis & stratagematibus circumvenire: modo sub ea specie fides data non fallatur, aut belli jura violentur. *Hotoman. illustr. quæst.* 7. *Vaud lib.* 1. *quæst.* 51. *Muret. lib.* 18. *var. lect. cap.* 4. *Antimachiavel i instor lib.* 3. *theorem.* 12. *Waremund. de Erenk Medztam. pro feder. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 60. & 69. *Elias. Reusner lib.* 2. *art stratagemat. cap.* 5. *hosque referens Hilliger. in Donell enucleat. lib.* 15. *c.* 40 *sub lit C. pag.* 1. 2. *ubi plures doli boni exempla recenset, ut & Borcholt. in tractat de pact. c.* 6. *num.* 5. & *Bargalius d. lib.* 1. *c.* 3. & *seqq. qui præ cæteris hanc materiam subtilissime explicat.* Cæterùm de isto dolo in hoc & *seq. titulis* non agitur. Siquidem & alias dolum simpliciter cum dicimus, dolum malum utplurimùm intelligimus. *l. si dolo.* 5. & *l. dolus emptoris.* 10. *C. de rescind. vend. l. dolo.* 5. *C de inutil. stipul l. dolum.* 3. *C de peric.* & *commod. rei vend cum similib. Cagnol. in l. omnis definitio* 202. *num.* 68 *ff. de reg jur. Aut. Delr. ad l. contractus.* 23 *ff. de reg. jur. cap.* 1. *latè Bargal. d. lib.* 1. *cap.* 9 *per tot.*

68
69
70
71

Dolus malus ex *Labeonis sententia*, definitur omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. *d. l.* 1. §. 2. *in fin ff de dol mal* Quam definitionem verbis duntaxat non verò re ipsa à Servii definitione differre, non omninò insulsè quis dixerit. Etenim utraque habet loco generis machinationem: utraque continet simulationem, ad fallendum, decipiendumque alterum adhibitam. Nam tantundem important illa Labeonis verba, *calliditatem, fallaciam ad circumveniendum*, quantum illa Servii Sulpitii, *cum aliud agitur aliud simulatur*. Calliditas quippe vel fallacia sine simulatione esse nequit: quoniam si aperta fronte machinatio adhiberetur, calliditas, vel fallacia dici non posset. *Sed vide utramque istam definitionem ingeniosè contra alios, defendentem Cæsium Bargalium sæpe allegato tractat. de dol. lib.* 2. *cap.* 1. *ubi num.* 3. *plures diversorum interpretum denotione refert* Sanè & alius perhibetur dolus, re ipsa contingens, absque fraudulentia machinatione, & citra simulationem, quem negotialem indigitat Jacob. Gurtius ad *d. l.* 2. *C. de rescind. vend pag.* 88 quo contrahentibus se circumscribere concessum est naturaliter, id est, ex natura contractus, *re ipsa* sive negotiative. *l. in causa.* 16. §. *penult. de minor l. cùm si* 22 §. *ult. ff. loc. in Novell* 97. *c.* 1. propter substantiam contractus, & votû contr h ijû.

72
73

Petr. Fab. ad l. 226. *ff. de reg. iur. pag.* 786. vel re ipsa ac facto, citra personalem circumscriptionem. *Anton. Fab. lib.* 8. *conie. c. cap.* 5. Qui tamen dolus, propriè bonus minus recte statuitur: sed nec doli mali species est. Cæterùm vocatur ita ob similitudinem, vere non est: & cum dolo vero, bono malove, convenit genere non synonymo, sed homonymo; *docente Hilligero d. lib.* 15. *cap.* 40. *lit. C. pag.* 1392. *Huncque referantur, quæ annotavimus ad §.* 1. *n.* 18. *& seqq. infr. de emt. & vendit.* De multiplici autem doli mali specie consulatur Bargalius *d. lib.* 2. *cap.* 1. *& aliquot seqq.*

74 Culpam dupliciter accipi & considerari; in genere, & in specie, non obscurum est. In genere consideratur dolum & quodcunque factum iniustum complectitur *l. in stipulatione.* 91. *ff. de verb. oblig. l. magna.* 226. *ff. de verb. signific. Alciat. in l. latæ culpæ,* 223. *num.* 1. *ff. eod. t. Judoc Mejer. in Commentatione, de culpa in contractibus tractanda th.* 3. *& seqq.* Et de hac nobis sermo non est: sed in speciali: & res perpetuò dolum à culpa separat, *ut in l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. l. si, ut certo* 5. § 2. *ff. commodati. l. procuratorem.* 11. *& l. a procuratore* 13. *C. mandati, cum*

75 *multis similibus.* In speciali significatione culpa sic commodè describitur: ut sit imprudentia, qua homines circa res alienas, vel negligunt, quod fieri oportet; vel faciunt, quod omitti debet. *Coras. lib.* 4. *miscellan. jur. civ. cap.* 1. *num.* 9. *Ant. Faber ad l. contractus* 23. *ff. de reg. jur. cap.* 1. Generis enim proximi, *imprudentiæ*. Quia si quippiam à summè prudentibusque fiat, istud haud nominat culpam, quam infantes & mente capti dum rem contrahunt, dici possit, sed in dolum inciderit. *d. l.* 1. § 2. *ff. de dol. mal.* Additur, *circa res alienas.* Quoniam in rerum propriarum administratione culpa propriè non consideratur, nec punitur. *l. etiam si* 18. § 1. *ff.* ... nisi in nimium rei suæ ... § 2. ... *de his, qui sui, vel al. jur. sunt l.* 2. *ff. ... re* 213. *§. ultim. num.* 1. *ff. de verb. signific.* Dicitur,

76 *negligunt quod fieri oportet.* Quia culpa plerumque in desidia & negligentia consistit, & unde nomen, quam negligentia censetur. *Praeterea & l.* 3. *infr. tit. proximo. d. l. si, ut certo* 5. § 2. *ff. commodati. l. socius* ... 72 *ff. pro socio.* § *ult. infra de societat. d. l. magna.* 226. *ff. de verb. signif. D. Bocer. in d. l. contractus.* 23 *ff. de reg. jur. cap.* 1. *num.* 4. Adjicitur quoque, *vel faciunt, quod omitti debet.* Quandoquidem culpa non in desidia tantum & negligentia, sed quandoque etiam in facto versatur *l. si putator.* 31. *ff. ad leg. Aquil. l. si servus* 9 ... *ff. de reb. cred. Coras. d. lib.* 4. *miscellan. cap.* 1. *num.* 9. *in fine.* Plures culpæ definitiones ex Doctoribus refert Bargalius *d. tract. de dolo lib.* 5. *cap.* 1. *num.* 11. *& seqq.* item Hilliger. *in Donello enucleat. lib.* 16. *c.* 7. *lit.* A.

77 Quanquam autem Bartolus & alii qui Dd. *in l. quod Nerva* 32. *ff. depositi* quinque culpæ species constituunt; latissimam, latiorem, latam, levem & levissimam: & quanquam etiam Donellus *ad l. praecipimus* ... *num.* 18. *cum seqq. C. mandati. & lib.* 16 *Comment. de iure civil. cap.* 7. *pag.* 620. latam duntaxat & levem culpam agnoscat; aliique aliter culpam distinguunt, *ut apparet ex notatis Gothofredi ad d. l. quod Nerva* 32 *ff depositi & Bargalio d. lib.* 5. *c.* 1. *num.* 15 *& seqq* verior tamen est sententia eorum, qui culpæ nullas species, siquidem majus & minus non constituunt diversas species. *l. ut ff. de injuriis, & injurum legat. l. ir, cui via.* 11. *ff. quemadm. servit. amitt. l. aut damnum.* 8. *§. inter cos.* 6. *ff. de pœnis.* Zasius *lib.* 1. *sing. respons. cap.*

78 2. *num.* 1. *Georg. Everhard. cons.* 24 *num.* 61. ... *et. cons. que laudans. D. Mundius in Comment. de diffinitat. cap.* 2. *num.* 70.) tres verò gradus, nimirum culpam latam, levem, & levissimam, fecimus. Quot sunt enim sunt gradus diligentiæ: totidem etiam esse gradus culpæ seu negligentiæ necessariò consequitur. Istæc namque duo, culpam & negligentiam, idem valere, paulo ante ostensum est, ex d. §. *ult. infr. de societat. d. l. magna.* 226. *ff. de verb. significat. & similib.* Atqui in jure diligentia reperitur summa sive exactissima, & diligentia mediocris, sive media & diligentia exigua sive minima. *l. regula.* 9. §. *sed facti.* 2. *ff. de jur. & fact. ignorant. l. in rebus* 18. *in princ. ff. commod. tit. §. ultim. infr. de societat.* Est ergo & negligentia sive culpa summa, vel (quod idem est) lata culpa. *d. l. regula* 9 § 2 *ff. de jur. & fact. ignorant. l. cedere diem* 213. *& l. latæ culpæ.* 223 *ff. de verb sig* Est & negligentia sive culpa levis. *l. homo liber.* 54. §. 2. *ff. de acquir. rer. dom. l. cum res.* 47. *ff. cu'pa.* 5. *ff. de legat.* 1. *l. tutori.* 20. *C. de negot. gest.* Est item negligentia sive culpa minima, quæ levissima dicitur. *l. in lege.* 44. *ff. ad l. Aquil.* Et exactissima diligentia, culpæ levissimæ, media diligentia, levi culpæ; minima diligentia, latæ culpæ opponitur. Atque hi tres culpæ gradus manifestè colliguntur *ex d. l cum res.* 47. *§. culpa.* 5. *ff de leg.* 1 ubi fit mentio culpæ latæ, levis, & diligentiæ, per quam ex opposito significari culpam levissimam, non dubitandum est. Idem perspicuè confirmatur *ex l. contractus* 23 *ff. de reg. jur* Cum enim Ulpianus ibi dixisset, esse quosdam contractus, qui dolum & culpam recipiant: quosdam, qui dolum & culpam levem: tandem subjicit, esse quosdam ex numeratis, qui præter dolum & culpam levem, recipiant etiam diligentiam, id est, culpam levissimam. Nisi enim diligentia, pro exactissima diligentia acciperetur: vana & nullius momenti esset evidens culpæ & diligentiæ separatio ab Ulpiano facta, *in l. si, ut certo* 5 §. *nunc videndum.* 2 *in pr. ff commodati.* vana quoque & ridicula esset ejusdem Jurisconsulti repetitio, *in d. l. contractus* 23 *ff. de reg jur.* Atque illam inter culpam latam, levem & levissimam distinctionem, ut verissimam, approbant *Wesenbecius & Hotoman. in d. §. præterea. infr. tit. proximo. Coras. d. lib* 4 *Miscell. jur. civ. cap.* 1. *num.* 11. *Duarenus in tract. de in lit jur. num.* 33. *& ad tit. C. de commodato. cap.* 8. *& ad l. si mora.* 9. *vers. non etiam culpam ff. solut. matrim. Borcholt in tract. de pact. c.* 5. *num.* 11. *D. Collega Bocerus in d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. cap.* 3. *num.* 10. *& seqq. edit.* 2. *Schegk. in delibat. jur. Disput.* 15 *thes.* 43. *ad lit. B. Stuckius part.* 1. *Exercit. Justin. decad.* 9. *assert.* 4. *lit. l. pag.* 357 *Petr. Gregor. lib.* 21. *syntagm. c.* 11. *num.* 4. *Hoppenus lib.* 1. ... *pag.* 29. *Charond. lib.* 3. *verisim. cap.* 9. *Gregor. Lopez lib. singul. animadvers. jur civ. c.* 17. *num.* 3. *&* 4. *Jacob. Curt. lib* 2 *coniectur. ad fratr. c.* 28 *Lyckluma lib.* 5 *Membran.* 34. *Decian. lib* 1 *practic. criminal. c.* 6. *num.* 8, *hocque citans Hilligerus in Donello enucleat. lib.* 16. *c.* 7. *ad lit* F *Tinaeus Faber disp.* 22. *ad Instit Imperial. th.* 12. *lit.* B *Hotman. lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract* 3. *part.* 3. *quæst* 3 *pag.* 924 *Joh. Leonhardus Breitschwert. in tractat. de calibus fortuit. part* 1 *c.* 1. *sect.* 3. *& Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restit disp* 3 *q.* 1. *punct.* 6 *n.* 1 *pag.* 267.

Etsi verò (*attestantibus Corasio & Duareno locis proxime allegatis*) certissima juris definitione culparum gradus comprehendi nequeant; sed potius Judicis arbitrio relinqui debeant: ut is pro re nata gravitatem, & magnitudinem culpæ, ex circumstantiis diligenter æstimet; &, quæ culpa censeatur commissa, prudenter decernat. *l. semper.* 15. §. *culpam. ff. quod vi aut clam. l. mora.* 32. *ff. de usur.* nobis tamen hæc qualiscunque ex fundamentis deprompta descriptio sufficiat. Itaque lata culpa non inepte definitur prætermissio minimæ diligentiæ, id est, ejus diligentiæ, quæ non curiosum & industrium hominem requirit: sed quam natura ultrò unicuique regulariter suppeditat, *auctore D. Bocero d. cap.* 3. *num.* 11. Vel, lata culpa est, non intelligere id, quod omnes homines (sani scilicet intellectus, & qui sensu non carent) intelligunt. *d. l latæ.* 223. *& d. l. cedere diem.* 213. *§. fin. ff. de verb. sig. Ricciard. in §. item is, cui.* 2. *infr. quib. mod. re contrahit. oblig. num* 17. *& seq pag.* 185. *Joan. Matienzo & Petr. junior in repetit. l. contractus.* 24. *ff de reg jur. num.* 44. *& seqq. fol.* 142. Veluti, si quis rem commodatam in publica via nocturno tempore reliquerit, & cautum sit, ne quis putasset, quenquam ablaturum esse: aut si quis prætendat, se ignorasse, quod loco & edicto publico præscriptum erat, aut quodvis aliud, quod cæteri omnes sciunt. *l. sed si pupil.* ... 11. §. 2. *ff. de institor. action. d. l regula* 9. §. *sed facti.* 2. *ff. de jur. & fact. ignor.* Hinc est, quòd lata culpa passim in jure dolo proxima, atque ideo dolo comparari, propè fraudem accedere, & aliquando etiam absolutè dolus dicatur. *L.* 1. §. 1. *ff. si mensor fals. mod. dix d. l. quod Nerva.* 32 *ff. deposit. l. si fidejussor.* 29. *in princ. ff. mandat.* *l. imm-*

79

80

81

Digitized by Google

l. impuberibus. 7. §. si fraus. 1. ff. de suspect. tutor. d. l. cùm res 47 §. culpa. 5. ff. de legat. 1. l. si fortuitò 11. ff. de incend. ruin. naufrag. l. mulier. 22. §. sed enim. 3. ff. ad SC Trebell. l. quæsitum. 8. §. eum quoque. 3. ff. de precario l. 1. §. 2. vers. culpa. ff. si is, qui testam. liber esse jussus erit. &c. d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. l. is, cui. §. dolum. 15. ff. ut. in possess. legator. &c. Enimverò propriè loquendo

82 lata culpa longè à dolo differt. Nam dolus est fraus certa. culpa lata propè fraudem accedit, vel quasi fraus est, sive fraus intellecta & præsumpta. *c. 2. in princ. ext. de deposito, Coras. d. l. 4. miscell. jur. civ. cap. 1. n. 13. latè Bargalius præallegato tract. de dolo. lib. 4. cap. 2. n. 20. & seqq.*

83 Levis culpa est prætermissio mediocris diligentiæ. *D. Bocer d. Comment. ad l. contractus. 23. cap. 3. num. 18 ff. de reg. jur. ed. 1.* Vel, levis culpa est, cùm quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias, secundùm communem hominum naturam, præcavere & evitare potuisset. Ei enim opponitur diligentia, qualem bonus paterfamilias suis adhibere rebus solet *l. heredes. 25. § non tantum. ff. famil. ercisc. d. l. mulier. 22. §. sed enim ff. ad SC. Trebell. l. quod sæpe. 25. § si res vendita. ff. de contrah. empt.* Ut, si quis annulum commodatum, aut aliam rem pretiosam, & quæ facilè intercipi poterat, non condiderit in arca, sed in media domo cuivis expositam dimiserit. *Duaren in d. l. si mora. ff. solut. matrimon.* Et hanc culpam in dubio Legislatores intelligunt, quando sine adjectione *culpam* simpliciter exprimunt. *arg. §. præterea. 3. infr. tit. proximo, l. locum. 72. ff. pro socio. l. si mora. 9. ibique Jason num. 8. & l. si filiofamilias 22. §. 1. ff. solut. matrimon.* Quod ita tamen exaudiendum: si materia subjecta aliud non suadeat ut, *post Bartol. in l. in venditione 8. §. si quis fructus. num. 6 ff. de reb. auctorit. jud. possidend. Baldum in l. quæ fortuitis. 6. vers. sed dubitatur. C. de pignorat. act. Zasium respons. lib. 1. consil. 20. num. 17. Alciatum in d. l. magna 226. num. 5. ff. de verb. signif. Decium Cagnolum & alios in d. l. contractus 23 ff. de reg. jur.* pluribus ostendit Bargalius *d. tract. de dol. lib. 5 cap. 3. num. 18 & seqq.*

84 Levissima culpa est prætermissio summæ diligentiæ, *tradente D. Bocero d. Commentar. ad l. contractus 23 cap. 3. num. 22. ff. de reg. jur.* Vel, levissima culpa dicitur: cùm quis mediocrem diligentiam in re custodienda adhibet: sed culpam tamen admittit, in quam vir diligentissimus & sagacissimus non incidisset. *l. in rebus. 18 in princ. ff. commodati l. 1. §. & ille quidem 4. ff. de oblig. & action.* Exempli gratiâ: si quis gemmam sibi commodatam inclusit in arca, & ei fur arte aliqua illam abstulerit & surripuerit. Hic sanè casus cùm ab homine diligentissimo prævideri potuerit, casibus fortuitis non annumeratur, licet quàm-proximè ad eos accedat, *l. cùm duob. 52. § damna. 3. ff. pro socio l. nauta 5. §. 1. ff. nautæ. caupon.*

85 *stabularii, &c.* Excipitur furtum domesticum: idque non sine magna ratione: quia solet numerari inter casus fortuitos: cùm furtum domesticum hominis etiam sagacissimi & prudentissimi, consilio prævideri non possit. *arg. l. eum, qui. 14. §. idem scribit. 6. ff. de furt. Schneidevvin. ad princ. infr. tit. prox. num. 3. Duaren. ad prædictum tit. C. de commodato. cap. 8. Farinacius part. 7. praxis criminal. tit. 17. de furt. quæst. 169 num. 21. ubi plures citat.* Et ea de re vide diversimodè sentientes *Wesenbecium part. 1. consil. 36. num. 18 & 29. Andream Cludium in tract. de condict. furtiv. cap. 2. ad fin. Jasonem in §. sed ista. num. 46. infr. de actionibus. & l. 1. C. deposit. Riminaldum consil. 164. & seq. num. 216. Romanum. consil. 413. num. 11. & Bossium in pract. criminal. tit. de remiss. merced. num. 75. hosque referentem Struchium. part. 1. Exercit. Justin. decad. 9. assert. 4. lit. K pag. 358.*

86 Est igitur casus fortuitus nihil aliud, quàm inopinatus eventus, quem nullum consilium humanum prævidere potest. *l. 2. § sieo tempore. 7. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertinent. d. l. quæ fortuitis 6. Cod. de pignorat. act.* aut, cui præviso etiam humana diligentia & cura resistere nequit. *l. ex conducto 15. §. 2. ff. locati. l. in reb. 18. ff. commodati. d. l. 1 §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & action. l. in judicio. 28 Cod. de locato. Donell lib. 16. Commentar. de jur. civil. cap. 6. pag. 617. num. 30. P. Gregor. lib. 21. syntagm. cap. 12. num. 1. Sebastian. Medic. De fortuit. cas. part. 1. quæst. 12. Menoch. de recuper. poss. remed. 12. num. 23. Delrio ad l. contractus. 23. ff de reg. jur cap. 1. sub finem & ibidem D. Bocerus cap. 3. num. 20. cum seq. Breitschvverdt d. tract. de casib. fortuit. c. 2. sect. 2 Ricciard. in d. §. item is, cui. 2. infr. quib. mod. re contrahit. oblig. num. 24. & seqq. ubi multa fortuitorum casuum exempla recenset* De incendio, nunquid casibus for- 87
tuitis, an culpæ, sit accensendum, controvertitur? Et illud inter casus fortuitos numerandum, apertè evincit *d. l. contractus. 23. in fin. ff de reg. jur d. l. si, ut certo. 5. §. quod vero 4. & d. l. in rebus. 18. ff. commodati cum similibus. 1. & §. 88.* Quibus non repugnat *l. 3. § ut curam. 4 ff de* 88
offic. præfect. vigil ubi dicitur, incendia oriri negligentia seu culpa inhabitantium. Nam dum Paulus JC. in ea lege incendium culpa inquilinorum accidere posse affirmat, eo ipso præsupponit, incendium aliquando etiam citra inhabitantium culpam fieri. Proinde rectè statuitur; incendium non simpliciter culpæ adscribendum; sed interdum casum fortuitum esse, nimirum à fulmine, vel à pravis hominibus & incendiariis excitatum. *Delrio ad d. l. 23. ff. de reg. jur c. 26.* Similiter non obstat *l. si vendita. 11 ff de* 89
peric. & commod. rei vend. cujus in principio expressè asseritur, incendium sine culpa inhabitantium fieri non posse. *Etenim* in quæstione loco rationis dubitandi adducta hoc quidem dicitur in responsione verò longè aliud deciditur. In ea siquidem Jurisconsultus dubitandi rationem removendo clarè disponit: incendium etiam sine patrisfamilias culpa, adeoque casu quodam exoriri posse, Verùm hac de re consulantur *Cujacius lib. 17. observat. cap. 20. in fine Pacius centur. 1. ... quæst. 45. Virgil. Pingiz. cap. 2. illustr. quæst. Sax. 23. num. 7. & seqq. Hotoman. lib. 5. observ. 10. Modestin. Pistoris part. 1. quæst. 25. Sebast. Medic. de fortuit. cas. part. 2. quæst. 7 Joan Lublerus in tract. de incend. hosque referens Hilligerus in Donell. enucleat. lib. 16. cap. 6. ad lit. K. item Nicolaus Suderius lib. 2. Disput. juris civil. sub tit. de incendio ædium. pag. 141. cum seqq. Gail. lib. 2 observat. 22. Mynsinger. cent. 6. observat. 88. Paul. Berens Disput. 9. them. 2. quæst. 5. Vincentius Carocius in tract. locati & conduct. part. 2. tit. de incendio, &c. pag. 166. cum seqq & Hackelman. illustrium quæstion. Disput. 9. thes. 3. sub lit. A.* Cæterùm an & quatenus dominus seu paterfamilias ex incendio, culpa suæ familiæ sive domesticorum causato, teneatur, explicatiùs exequuntur *Andreas Rauchbar. quæst. jur. 10. part. 2. Farinac. in prax. crimin. part. 3. quæst. 110 Berlichius part. 4. conclusionum practicabil. concl. 25. Breitschvverdt. d. tract. de casib. fortuit. cap. 5 sect. 11.* D. *Collega Besold. in delibat. jur. ex lib. 1. Pandect. num. 48. pag. 154. cum seqq. item ex lib. 9. Pand. n. 5. pag. 574. & seq. aliique plures, per eos citati.*

Quibus omnibus ita distinctis ac explicatis, quæri potest 90
non inconvenienter: quid in quolibet contractu veniat præstandum? Et pro regula breviter observandum est: quòd contractus alii unius tantùm causa, sive ad unius utilitatem fiant; ut commodatum, ut depositum: alii utriusque gratia celebrentur; ut emptio, locatio, pignus, societas, &c. Ubi utriusque contrahentis utilitas vertitur: ibi dolus, lata & levis culpa præstatur. Ubi verò alterius tantùm vertitur utilitas; siquidem accipientis, ut in commodato; dolus, lata, levis & levissima; sin dantis, dolus & lata duntaxat culpa, ut in deposito, præstatur. Nulli autem istorum contractuum sui natura casum fortuitum admittunt. *d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati d. l. contractus 23. ff de reg. jur. ibique D. Bocerus cap. 3. Breitschvverdt d. tract. de casib. fortuit. cap. 1. sect. 4. Lopez. d. lib. singul. animadvers. jur. civ. cap. 17. num. 7. Timæus Faber. d. disp. 22. th. 12. sub lit. b. Bonacina d. tract. de contract. disp. 3. quæst. 1. punct. 6. num. 5. cum seqq. pag. 367. & seq.* Et nos (volente domino) in titulis sequentibus de singulis contractibus exponemus accuratiùs. Num porrò in contractibus, vel quasi, sit præstanda culpa levissima, fusissimè explicat Erasmus Ungepaur *exercit. Justin. 12. quæst. 7 pag. 461 & aliquot seqq.* De prædictis videatur etiam Everhard. Bronchorst. *cent. 2. ... assert. 33. pag. 255. & seq. edit. 2.* nec non Justus Mejer. *in d. Comment. de culpa in contract. præstanda. th. 18. cum multis seqq.* ubi Donelli, levissimam culpam planè rejicientis, singula argumenta solidè refutat.

Digitized by Google

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

TIT. XV.

Principium Tituli.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurâ constant: veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur: inde etiam mutuum appellatum est; quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur condictio.

SUMMARIA.

1 *[illegible] accidente.*
2 *[illegible]*
3 *[illegible] proque per- [illegible]*
4 *[illegible]*
5 *[illegible]*
6 *[illegible]*
7 *Mutui definitio, [illegible] diligens explicatio.*
8 *[illegible]*
9 *[illegible], quando [illegible]*
10 *[illegible]*
11 *[illegible]*
12 *[illegible]*
13 *[illegible]*
14 *[illegible] & [illegible].*
15 *[illegible]*
16 *[illegible] inter [illegible]*
17 *[illegible]*
18 *[illegible]*
19 *[illegible]*
20 *[illegible]*
21 *[illegible]*
22 *[illegible]*
23 *[illegible]*
24 *[illegible]*
25 *[illegible] necessarius.*
26 *[illegible]*
27 *Ex [illegible] conditionem [illegible] D. [illegible] & alios, defenditur.*
28 *[illegible] 81. ff. [illegible]*
29 *[illegible]*
30 *[illegible] contractum celebrare prohibentur.*
31 *Omnes [illegible] ad certam [illegible] speciem [illegible].*
32 *Intellectus l. [illegible] 34. ff. de reb. credit.*
33 *Quatenus [illegible] nostri temporis, contractus cum [illegible] [illegible]*
34 *Intellectus l. [illegible] C. de his, qui public. rationib. &c.*
35 *Magistratibus [illegible] mutuam pecuniam accipere licet.*
36 *Intellectus l. [illegible] 16. C. si cert. petatur.*
37 *Intellectus l. [illegible] 8. C. de numerariis, &c.*
38 *[illegible] mutuo dantes, patris, & domini voluntate id facere censentur.*
39 *[illegible] pecuniam dare nemo potest.*
40 *[illegible] negotio regulariter obligatur.*
41 *An & quatenus [illegible] mutuam pecuniam, sine tutore suo, [illegible] obligetur.*
42 *Quatenus minor 25. annis, curatorem habens, ex mutuo, sine illius consensu obligari possit.*
43 *An & quatenus civitas, accipiendo mutuam pecuniam, obstringi queat.*
44 *Sine lege nihil affirmandum.*
45 *Civitas consensum, ad obligandum sufficientem, interponere potest.*
46 *Prælatus Ecclesiæ unà cum capitulo mutuam accipiens pecuniam, ad eam reddendam obligatur.*
47 *Explicatio l. civitas. 27. ff. de reb. credit.*
48 *[illegible], nisi tota lege perspecta, judicare vel respondere.*
49 *[illegible] administratores vel syndici, civitatis nomine contrahentes, quatenus & quà [illegible] teneantur.*
50 *Nemo [illegible] cum alterius detrimento [illegible].*
51 *[illegible] in utilitatem civitatis [illegible] esse, quomodo [illegible]*
52 *Sententia l. [illegible] ff. de exercit. act.*
53 *[illegible] in integrum implorare possit.*
54 *[illegible] suo pecuniam mutuavit, ejus [illegible] conditionem habeat.*
55 *[illegible]*
56 *[illegible]*
57 *[illegible]*
58 *Lupus est homini homo.*
59 *[illegible] consistat.*
60 *[illegible] solvi nequit.*
61 *[illegible] grex ad numerum mutuò dari queat.*
62 *[illegible] &c. an mutuo dari possint.*
63 *[illegible] mutuo dati reddantur.*
64 *[illegible] non immutant.*
65 *[illegible] spectandum.*
66 *[illegible]*
67 *Consideratio l. 2. in princip. ff. de reb. credit.*
68 *[illegible]*
69 *[illegible] accipiendi mutuum quid concernat.*
70 *[illegible] dandi modus quis.*
71 *[illegible] l. si [illegible] 18. in princ. ff. de reb. credit. cum l. cùm [illegible] 36. ff. de acquir. rer. domin.*
72 *D. Boceri instantia [illegible].*
73 *[illegible] reddas, an obligatio [illegible]*
74 *[illegible] ex pacto non debentur.*
75 *[illegible] voluntate non contrahitur.*
76 *[illegible], non valet.*
77 *[illegible] dandi modus.*
78 *Per liberam personam, juri nostro non subjectam, dominium non acquiritur.*
79 *Ratihabitio ad tempus contractus retrotrahitur.*
80 *[illegible] modus.*
81 *Sensus l. quod si. 16. ff. de reb. credit.*
82 *[illegible] mutuum dandi [illegible].*
83 *l. [illegible] 15. ff. de reb. credit. conciliatur cum l. qui negotia. 34. ff. mandati.*
84 *Nulla in [illegible] contrarietas, quæ [illegible] nequeat.*
85 *Instantia [illegible].*
86 *[illegible] ad [illegible] instantiam.*
87 *[illegible] epistolæ [illegible].*
88 *[illegible] tendendum.*
89 *[illegible] mutuum [illegible] receptus.*
90 *[illegible] l. [illegible] 19. in princ. ff. de præscript. verb.*
91 *[illegible] 34. in princ. [illegible] ff. mandati cum l. [illegible] 11. in princip. ff. de reb. credit.*
92 *[illegible] mutuum, [illegible] mutui [illegible]*
93 *[illegible]*
94 *[illegible] præstet usuras.*
95 *Mutuum contrahitur [illegible], vel ad certum diem vel sub conditione.*
96 *An [illegible] pecuniam pure, cum statim [illegible] restituere teneatur.*
97 *Contractus [illegible] sint [illegible].*
98 *Homines [illegible] non decipi.*
99 *Consideratio l. cum, qui Calendis. 41. §. ff. de verbor. obligat.*
100 *[illegible] leges interpretandæ sint.*
101 *[illegible] quod [illegible], creditori [illegible] ante diem rectè [illegible]*
102 *Quodnam rectè solvi posse dicatur.*
103 *Quando à propria significatione verborum recedi oporteat.*
104 *Quid dicatur [illegible] liberum esse.*
105 *Matrimonia debent [illegible] libera.*
106 *Dies [illegible] pro reo sive debitore.*
107 *[illegible] beneficium, pro se introductum, contemnere.*
108 *Summa l. cum, qui [illegible] 15. ff. de [illegible] legat.*
109 *Sententia l. [illegible] 39. [illegible] ff. de solutionib.*
110 *Intellectus l. [illegible] 102. in princ. ff. de solutionibus.*
111 *[illegible]*
112 *Sensus l. 2. §. [illegible] Julianus. & l. is, qui certo. 9. ff. de eo, quod certo loco, &c.*
113 *[illegible] l. item illa. 18. in princ. ff. de constit. pecun.*
114 *Sententia l. sed etsi ante. 10. ff. ad Senatusconsult. Trebell.*
115 *Explicatio l. qui Romæ. 122. in princ. ff. de verb. obligat.*
116 *D. Boceri reclamantis objectiones referuntur & improbantur.*
117 *An eadem ratio solutionis faciendæ certo tempore, quæ est solutionis certo loco præstandæ*
118 *Consideratio l. rescriptum. 12. in principio. ff. de distract. pignor.*

119 Quis

Digitized by Google

119 *Quis non posse dicatur.*
120 *Quid dicatur propriè, vel impropriè liberum.*
121 *Quid verbum (liberi) importet.*
122 *Consideratio l. stipulatio ista. 38. §. 16. de verb. oblig. & l. quod certa. 99. ff. de solutionib.*
123 *Ad alium Boceri militantiam respondetur.*
124 *An, si mutuam pecuniam mihi purè promittas, & eandem in stu meo sub conditione promittas alteri, pendente conditione pecuniam illam à te petere possim.*
125 *Javolenus cum Paulo conciliatur.*
126 *Cur stipulator conditionalis, pendente conditione, sit creditor.*
127 *Actio, ex mutuo descendens, quomodo appelletur.*
128 *Certi condictio duplex: specialis & generalis, secundum Dd.*
129 *Actionis nomen hodie in libello exprimi non solet.*
130 *Unicam duntaxat generalem certi condictionem esse demonstratur.*
131 *Omne cui dicit, nihil excludit.*
132 *An & quatenus genus in speciem transeat.*
133 *Diversitas & identitas actionum ex medio concludendi cognoscitur.*
134 *Julianus in fine hujus principii quomodo exaudiendus.*
135 *Intellectus l. 1. in princ. ff. de condict. triticiar.*
136 *Effectus suæ causæ commensurari debet.*
137 *Eodem modo contrahitur mutuum, quo indebitum.*
138 *Quatenus provisio generalis non excludat specialem.*
139 *Mutuatarius rem creditam quomodo restituere teneatur.*
140 *Num liceat invito creditori reddere melius, quàm id, quod datum est.*
141 *Aliud pro alio invito creditori solvi nequit.*
142 *Minor numerus majori inesse dicitur.*
143 *Jura debitoribus favent in dissolvendâ obligatione.*
144 *Præcedentium limitatio*
145 *Conventione effici potest, ut pro mutuo vino veteri reddatur novum*
146 *An debitor partem debiti, etiam invito creditori solvere queat.*
147 *Explicatur l. tutor. 41. § Lucius. ff. de usur.*
148 *Pœna facit stipulationem individuam.*
149 *Summa l. Julianus. 13. §. offerri 8. ff. de actionibus empt.*
150 *Actio pignoratitia quando sortiatur locum.*
151 *Summa l. cum fundus. 31. ff de reb. credit.*
152 *Summa l. si servus. 57. in princ. ff. de ædilit. edict.*
153 *Summa l. si pater. 8. in fin. C. de actionib. empt.*
154 *Sortem sine usuris quis recipere non cogitur.*
155 *Quo quid modo contractum est, eodem etiam modo dissolvitur, & n. 173. & 181.*
156 *Natura conventionis quæ.*
157 *Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet.*
158 *Particularis solutio magna incommoda habet.*
159 *Mens & sententia l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit.*
160 *In confitentem nullæ sunt partes judicantis.*
161 *Prætor lites minuere debet.*
162 *Intellectus l. cum heres. 4. §. item si decem. 6. ff. de statu liber.*
163 *In favorem libertatis multa specialia recepta.*
164 *Ratione legis cessante, cessat & ipsa legis dispositio.*
165 *Argumentum à contrario sensu legis regulariter validum.*
166 *Intellectus l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionibus.*
167 *Compensationis definitio.*
168 *Interest nostra, potius non solvere, quàm solutum repetere.*
169 *Dolo facit, qui petit, quod restituere tenetur.*
170 *Explicatur l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat.*
171 *Cui quid præstitum esse dicatur.*
172 *Declaratio §. 1. instr. quib. mod. tollit. obligat.*
173 *Acceptilationis natura.*
174 *Quando solutio fiat.*
175 *Permissum est singulis debitoris heredibus, partem debiti hereditarii solvere creditori invito.*
176 *Æs alienum defuncti lege XII. tabb. inter singulos heredes pro portione hereditaria dividitur.*
177 *Lex illa XII tabb. neque iniqua est, neque damnosa.*
178 *Consideratio l. placuit. 4. C. de collatione fundor. patrimonial.*
179 *Consideratio l. in commodato. 17. § duob. 4. ff. commodati.*
180 *Nemo creditoris sui, aut alterius cujusquam conditionem potest facere deteriorem.*
181 *Exponitur l. ultim. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.*
182 *An pro vino vel frumento mutuato, debitor æstimationem invito creditori solvere possit.*
183 *Aliud merx, aliud pretium.*
184 *Aliud pro alio, creditori invito solvi nequit. & n. 200.*
185 *Enodatur l. vinum 22. ff. de reb. credit.*
186 *Perpenditur l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de solutionibus.*
187 *Examinatur l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussoribus.*
188 *Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat.*
189 *Quando æstimatio vice rei fungatur.*
190 *Utrum nummis aureis generaliter mutuo datis, debitor alterius generis nummos solvendo liberetur.*
191 *Pecuniæ bonitas ac substantia in quo consistat.*
192 *Quæ separatio non valeat.*
193 *Summa l. Titia. 35. in princ. ff. de aur. & argent. legat.*
194 *Summa l. unic. C. de collatione æris, &c.*
195 *Nummi rebus incorporalibus accensentur.*
196 *Ex quâ materia nummi cudi soleant.*
197 *Summa l. creditorem 99 ff. de solutionibus.*
198 *In quo creditoris versetur incommodum.*
199 *Ferdinandi Imp. constitutio*
200 *Mutuum eâdem bonitate, quâ datum est, reddi debet.*
201 *In nummis non materia externa, sed valor spectatur.*
202 *Instantia diluitur.*
203 *D. Boceri dissentientis fundamenta destruuntur.*
204 *Consideratio d. l. creditorem. 99. ff. de solutionibus.*
205 *Sensus & consideratio l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verb. obligat.*
206 *Debitor non plus juris habet adversus creditorem privilegiatum, quam non privilegiatum.*
206 *Mutatione monetæ factâ, cujus temporis æstimatio vel quantitas in mutuo reddendo sit spectanda.*
208 *Monetæ mutatio duplex: intrinseca, & extrinseca.*
209 *Quid juris, si intrinseca monetæ bonitas mutata fuerit.*
210 *Quid, si extrinseca monetæ bonitas sit mutata.*
211 *In mutuo quid actum intelligatur.*
212 *In contractibus quæ æstimatio sit inspicienda.*
213 *Omnis obligatio, ex datione pecuniæ descendens, certa.*
214 *Natura mutui quæ.*
215 *Nemini officium suum debet esse damnosum.*
216 *Causa finalis mutui.*
217 *In contractibus ad verisimilem contrahentium mentem recurrendum.*
218 *De verbis non curandum, cùm de mente constat.*
219 *Verba se habent, ut corpus: mens vero, ut spiritus.*
220 *In dubio Cameralibus præjudiciis inhærendum.*
221 *Mens & sententia l. cum aurum. 9. ff. de aur. & arg. legat.*
222 *Aliud res, aliud ejus æstimatio.*
223 *Sensus l. creditorem. 99. ff. de solutionibus.*
224 *Casus fortuiti an & quando à debitore præstentur.*
225 *Cur a mutui actione casus fortuitus debitorem liberare nequeat.*
226 *Genus perire non potest.*
227 *Res domino suo perit.*
228 *Facti species primi consilii Facultatis juridicæ Tubingensis.*
229 *In reluitione redituum num tempus contractus, an solutionis, inspiciendum.*
230 *Pacto contrahentium in qualitate solutionis standum.*
231 *Veræ valuatio sive æstimatio monetæ, tractum temporis successivum requirit.*
232 *Moneta quomodo calculanda ac æstimanda.*
233 *In monetâ perpetua spectari æstimatio debet.*
234 *Non ex momentis temporum pretia constituuntur.*
235 *Cur veteris moneta diu in eodem statu durare nequeat.*
236 *Contrahentium verba in proprio & juridico sensu accipienda.*
237 *Facti species secundi consilii, a Collegio Juridico Tubingensi super re nummaria confecti.*
238 *Quæstiones sex ad consultandum propositæ.*
239 *Rationes dubitandi referuntur.*
240 *Instrumentum facit probationem probatam, diciturque veritas apparens.*
241 *Quatenus contra tenorem instrumenti probatio admittatur.*
242 *Declaratio vel æstimatio pecuniæ, in instrumento expressa, attenditur.*
243 *Principes & publicæ personæ ad fidem servandam imprimis adstringuntur.*
244 *Moneta secundum temporum & regionum morem æstimanda.*
245 *Monetæ mutatio quando non attendatur.*
246 *Tempus mutavit monetam, priorque melior censetur posteriore.*
247 *Bonæ leges, ex malis moribus natæ, raro diuturnationem habent.*
248 *Ex incerto eventu dependens læsio, considerari non debet.*
249 *Incertitudo facit licitum, quod aliàs est illicitum.*
250 *Volenti non fit injuria.*
251 *Recensentur rationes decidendi.*
252 *Mutatione monetæ factâ, solutio facienda secundùm bonitatem, quam habuit tempore contractus.*
253 *Licet solutio secundum conventionem fieri possit de monetâ currente tempore solutionis: valor tamen ejus, qui erat tempore contractus, attendi; & secundum illum solutio fieri debet.*
254 *Ubi moneta facta est deterior in bonitate intrinsecâ, vel in pondere: solutio fieri debet de monetâ antiquâ, vel de novâ ad valorem antiquæ.*
255 *Stante Statuto, quod solutio de certâ monetâ fieri possit: ea ad æstimationem antiquæ reduci debet.*
256 *Si obligatio consistit in libris vel florenis, solvi debent libræ vel floreni in eâ bonitate, quæ fuit tempore contractus.*
257 *Contrariorum eadem ratio & disciplina.*
258 *Natura correlativorum est, ut dispositum in uno, censeatur quoque dispositum in alio.*
259 *Nemo cogitur accipere monetam erosam & novam, vel occasione hujus nova thaleros, & c. nimium auctos.*
260 *Debitor, utpote reus, creditore est favorabilior.*

379 Muta-

Digitized by Google

379 *Mutato rei monetariæ statu, à pactis conventis recedi*tur.
380 *Licet conveniant partes, ut solutio fiat de moneta currente tempore solutionis: nihilominus tamen nova pecunia solvenda est secundùm valorem, antiqua.*
381 *Non solùm quid promissum sit; sed & quid justè exigi possit, considerandum.*
382 *Contractus, usurariam sapiens pravitatem, ne juramento quidem corroboratur.*
383 *Constitutiones Imperii, de usurariis contractibus promulgata, omnibus Judicibus serio injungunt; ne super ejusmodi contractibus sententiam ferant, executionemve faciant.*
384 *Referuntur nova Dn. D. Martini Rumelini circa solutionem faciendam opinio.*
385 *Jure communi barbarica monetarum mutatio incognita, imo reprobata.*
386 *Jure deficiente, id sequendum, quod æquitas suggerit.*

1 CONTINUATUR hic Titulus ad proximè præcedentem ratione sumta *ex § ultim tituli ejusdem* Quia enim Justin. Imp. ibi obligationes, quæ ex contractu oriuntur, aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu contrahi dixerat ideò jam ad singularem specierum enumeratarum interpretationem descendens, priùs eorum contractuum, qui re fiunt, quinque species, mutuum scilicet, indebitum, commodatum, depositum, & pignus ordine explicat.
2 Cur autem hi contractus, quorum hoc titulo fit mentio, re potiùs, quàm consensu, contrahi dicantur, hæc omnium verissima ratio redditur: quia isti contractus ipsa rei traditione seu ipso facto fiunt & substantiam capiunt. *l. obligamur.* 52. §. 1 *ff. de obligat. & actionib l. si tibi decem.* 17. *in princ. ibi, re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit ff de pactis. l contra.* 6. *ibi quia expleta est numeratione substantia obligationis. ff. ad SC. Macedon.* Id siquidem dicitur in jure re fieri, quod alias facto, actu vel ipso opere fieri dicitur. Hinc quod re fit, ei, quod fit verbis, opponitur. *l. peculii.* 4. §. 1. *ibi, re enim, non verbis peculium augendum est. ff. de pecul* ut solutio fit aut re, id est, facto, numeratione videlicet pecuniæ; aut verbis, hoc est, acceptilatione. *l. sub conditione.* 16. *& l. penult. ff. de solutionibus.* Sic societas interdum re fit, interdum verbis. *l. societatem.* 4. *ff. pro socio.* ut & collatio. *l* 1. §. *quamvis* 11 *ff. de collat. bonor.* Sic quoque domicilium re & facto transferri dicitur, non nuda contestatione. *l. domicilium.* 20. *ff. ad municipalem.* Sic & injuriam vel re fieri, vel verbis constat. *l.* 1. §. 1. *ff. de injuriis.* Ita & hoc loco contractus, qui fiunt re, illis, qui fiunt vel verbis tantùm, vel nudo consensu, opponuntur. Hi namque contractus non ex nuda conventione sive nudo consensu, sed ex ipso facto, id est, numeratione & traditione rei perficiuntur & fiunt. Et hoc est, quod ait hic initiò Justinianus, *veluti mutui datione, &c.* Proinde si inter nos convenit, ut mutuò tibi dem decem aureos: per hanc nudam conventionem mutuum haud contractum intelligitur: cum numeratio, sicque factum nondum intervenerit. *l.* 2. §. *creditum.* 3. *vers. item mutuum. & l. qui pecuniam.* 30 *ff. de reb. credit. si cert. pet. l. potior.* 11. *in pr. & §. si colonus.* 2. *ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habeant. l. quia quod vulgo.* 4. *ff. ad Senatuscons. Maced. Giphan Schneidevvin. Bellonus & Vultejus hic num.* 4. *&* 6.
3 Cæterùm in horum contractuum, qui re fiunt, societatem meritò quoque admittitur permutatio. Hæc enim ex re tradita initium obligationi præbet, ut loquitur Paulus *in l.* 1. §. *item emptio.* 2. *ff. de rer. permut.* Sed & contractus incerti sive innominati; do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias; re, id est, facto vel datione interveniente fieri dicuntur. *l. juris gentium.* 7. §. 2. *ff. de pact. l. naturalis.* 5. §. 1. *& seqq ff. de præscript. verbis l. ultim. ff de condict. causa data &c. Donell. lib.* 12. *Commentar. de jur. civil. cap.* 12. *pag.* 44. *& seq. D. Collega Bocer part* 1. *class.* 2. *disput.* 7. *thes.* 3. *& disp.* 13. *th.* 1. *lit. A. edit.* 2.
4 Cur verò tantùm quinque hic exponantur, ratio hæc est: quia in Institutionibus solummodo tractatur de contractibus certis sivè nominatis, ut est mutuum, commodatum, emptio, &c. de innominatis (quorum in numero & permutatio est. *d. l.* 1. §. *item emptio ff. de rer. permut. d. l. naturalis.* 5. §. 1. *ff. de præscriptis verbis. &c. Vaud. lib.* 1. *quæst.* 25.) non agitur, *docente hic Giphanio,* qui subjicit, re fieri non tantùm hos contractus; sed etiam delicta omnia, *per principium tit. infr. de obligationib. quæ ex delicto nascuntur. l. ex maleficio.* 4. *ff. de oblig. & actionib.* Quin & quasi contractus ex re sive ex ipso facto nasci videntur, ut ex communione, ex negotiorum gestione vel administratione, *tot. tit. infr. de obligat. quæ qs. ex contract. nasc & notat Rittershusius hic circa finem pag.* 405.

Porrò mutuum (de quo, utpote contractu celeberri- 5
mo, usuque frequentissimo, priore disserit loco Justinianus) non ex eo solo appellatum est, quòd de meo tuum fiat, ut innuere videtur Paulus *in l* 2. §. *appellata.* 2. *ff. de reb. credit si cert pet.* & Imperator hic *in vers & quoniam &c.* alioqui legati, donationis, venditionis, permutationisvè causa traditum, esset mutuum; cùm in iis, & similibus negotiis id, quod meum est, etiam tuum. fiat, *argum.* §. 1. *supr. de legat. l.* 1. *ff de donationib. d l.* 1 *ff. de rer. permutat l.* 1. *& tot. tit. ff. de contrah. empt.* sed quòd vice versa hoc quoque agatur, ut tuum illud, quod accepisti, rursus meum fiat, in re scilicet ejusdem generis. Inest enim in hoc mutui verbo reciprocatio mei, & tui: id est, hæc vis, ut meum fiat tuum, & vicissim tuum meum. Idque tum Latini sermonis proprietas; tum usus loquendi veterum probat. Nam quæ sunt reciproca, mutua vocamus: ut cùm dicimus mutuum amorem. *l* 1. *ff. de donat. inter vir. & uxor* mutuam pensationem. *l. viro.* 39. *ff. solut. matrimon.* mutuas operas. *apud Terent. in Phorm. act.* 1. *scen.* 5. mutuum animum *apud M Tullium. lib.* 5. *Epistolar. ad familiares. epist.* 2. ubi hæc leguntur verba: *Quòd autem ita scribis. pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cùm par voluntas accipitur, & redditur.* Atque de isthac mutui Etymologia fusiùs disserunt *Donellus in Commentar. ad d. l.* 2. *§ appellata. ff. de reb. credit. & lib* 14. *Comment. de jur. civil. cap.* 1. *pag.* 217. *num.* 40. *Borcholt. in Comment. tit. ff. de reb. cred cap.* 1. *Forster. junior. lib.* 3. *disp.* 15. *thes* 10 *Joan. Kitzelius ad d. tit. ff. de reb. credit. sive in exegesi, de obligat mutui. cap.* 1. *num.* 3. *& seqq. Wegner. disputat.* 10 *ad Institut. th* 4. *lit. c. Stuckius. part.* 1. *Exercit. Justin. decad* 10. *assert.* 1. *lit. b. Feman. disputat.* 20. *th.* 1. *ad lit. b Timæus Faber disput.* 22. *ad Institut. Imperial. th.* 8. *Justus Schutz. disput.* 13. *th.* 6. *lit. b. pag.* 199. *Bachovius & Heigius hic num.* 1. *& Mynsinger. num.* 2. *item Cujacius lib.* 11. *observation. cap.* 37. *& in Commentar.*
in lib. 28. *Pauli ad edict. pag.* 28. ubi prædictam Juris- 6
consultorum nostrorum mutui originationem, ceu Stoicorum imitatione confictam, scitam & concinnam magis esse, quam veram autumat: proindeque ipse mutuum à mutatione potius nomen habere, censet: quòd mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, quòdque consistat in his rebus, quæ facile mutationem & promiscuum usum recipiunt. Et hanc derivationem Cujacianam probat Rittershusius *hic in vers. mutui autem datio pag.* 4 6 Verùm si hæc nominis origo sive notatio esset vera: inde consequeretur, quòd eadem ratione & permutatio mutuum esset, *ut rectè animadvertit D. Bocer. d class* 2 *disputat.* 7. *th.* 7. *ad lit. A. edit.* 2 Deinde Cujacio breviter respondetur: de meo tuum fieri, esse proprium mutui: at mutationem rei non facere mutuum propriè, *sicuti tradidit hic Theodorus Marcilius. pag.* 464. *& D. Besoldus in tractat. de mutuo. cap.* 1. *num.* 3. *Tametsi aliter sentiat Hunnius lib.* 3. *var. resol jur. civ. tract.* 3. *part.* 1. *quæst.* 1. *pag.* 856.

Definitionem nominis sequitur definitio rei, quæ talis ex 7
principio hoc nostro extrui potest: Mutuum, est contractus, re initus, nominatus, jurisque gentium: quo res nostra, quæ in quantitate consistit, datur alicui ea lege, ut eadem ipsa res, non in specie, seu individuo, sed in genere aliquando nobis reddatur. Hancque definitionem haud invitus amplectitur D. Collega Besold *d. tract. de mut. cap.* 14. Et ab ea non multum abludit Althusius *lib* 1. *Dicæolog. cap.* 68. *num.* 18 *pag.* 238. In isthac definitione generis vice funguntur hæc verba: *contractus, re initus, nominatus, jurisque gentium.* Et mutuum 8
(quamvis ex eo ultrò citròque obligatio non nascatur) esse verum ac proprium contractum, clarescit *ex §. fin. supr. t.*

Digitized by Google

supr. t. prox. juncto hoc principio. ubi Imperator mutu-
um, tanquam speciem, contractibus veris ac propriis, qui
re contrahuntur, subjicit. Neque enim improprietas ulla
resultat, si contractus ultrò citròque obligationis συνάλλα-
9 γμα non habeat. Proprietas siquidem vel improprietas
contractuum non est sumenda sive æstimanda ex modo
obligandi, sed ex modo contractum ineundi: ita ut pro-
priè contractus dicatur esse celebratus, quoties negotium
aliquod geritur inter partes consentientes: impropriè,
quando negotium inter partes revera gestum non est: lex
tamen gestum esse fingit, sicque lex inter partes obligatio-
nem ex æquitate inducit, ut apparet ex l. si quis absentis.
5. ff. de obligat. & action. & tot. t. infr. de obligat. quæ
quasi ex contract. nasc. Deinde mutuum vel erit pactum,
vel contractus verus, vel quasi contractus. At non est pa-
ctum: cùm pactum non producat actionem. l. juris gen-
tium. 7. §. sed cùm nulla. 4. & § sed l. divortionis. 45. ff.
de pact. l. legem. 10. l. in bonæ fidei 13 l. cum proponas.
2·. C. eod. Mutuum autem producit actionem; & quidem
propria vi ac virtute. t. tit. ff. & C. de reb. condit. si cert.
pact. & planius explicatur infrà num. 127. & seqq. Ne-
que etiam est quasi contractus; argum. tot. tit. infr. de
obligat. quæ qs. ex contr. nasc. Verus igitur ut sit contra-
ctus, necesse est. Vultej. ad princ. tit. sup. de obligationi-
bus. num. 32. Andr. Gerhard. exercitat. Justin. decad. 12.
quæst. 5. D. Collega Besold. disput. de contract. mutui. th.
3. de anno 1612. & d. tractat. de mutuo. cap. 2. Knip-
schildt exercitat. Acad. 2. quæst. 1. pag. 54. Richter. in
tractat. de contractib. disput. 2. th. 2. lit. b. Idque copio-
sius explicatum est in §. fin. sup. titul. proximo. num. 17.
10 Dixi in definitione, mutuum esse contractum, re ini-
tum: quia rei ipsius datione, adeoque ipso facto substan-
tiam suam capit: & non nisi re à mutuante tradita, & à
mutuatario accepta perficitur, per hoc principium. ibi, mu-
tui datione. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & act. l. 2. §. creditum.
11 3. vers. item mutuum ff. de reb. cred. &c. Addidi, mu-
tuum esse contractum nominatum: quoniam speciale no-
men, & quidem elegantissimum, jure civili proditum ha-
bet, hic & d. l. 2. cum multis similibus. ff. eodem tit. Quod
pluribus ostendit Johan. Kitzel. d. exegesi de obligat. mu-
tui. cap. 1. num. 16. & seqq. Esse autem hunc contractum
juris gentium, perquam luculenter constat ex § sed jus
quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent.
& civ. ubi Justinianus Imp. inter exempla contractuum
juris gentium nominatim mutuum refert. Sed & quæ for-
ma mutui dandi apud Romanos recepta est: eadem etiam
quasvis alias gentes uti, exploratum est, docente Kitzelio
12 in d. exegesi de oblig. mutui cap. 2. num. 16. Adjunxi, res
nostra: quandoquidem mutuans debet esse dominus rei
mutuandæ, aut haberi loco domini, ut servi & filiifamilias:
qui licet nummorum peculiarium domini non sint § 1. &
§. item vobis. 3. infr. per quas person. cuique acquirit. l.
quidquid. 4. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. placet. 79 ff.
de acquir. vel omitt. hered. tamen voluntate viceque pa-
tris & domini nummos istos mutuos facere intelliguntur.
d. l. 2. §. pen. ff. de reb. cred. l. quod servus. 35. ff. de solu-
tionib. & liberat. Mynsinger. hic num. 2. Apposui, quæ in
13 quantitate consistit. Quantitatis nomine non pecunia tan-
tùm numerata sive nummi significantur, ut in l. 1. ff. de pe-
nu legata. l. si ambo. 10. ff. de compensationibus. l. si non
singuli. 5. C. si cert. petatur. l. penult. C. de condict. inde-
bit. & similibus. sed omnes res pondere, numero, mensu-
rave constantes veluti sunt, vinum, oleum, frumentum,
hordeum, triticum, aurum, argentum, & reliquæ res fun-
gibiles, in quibus mutuum consistit, hoc principio & d. l.
2. §. 1. ff. de reb cred. l. 1. §. 2. ff. de oblig. & actionib. Fa-
chin. lib. 2. controv. jur. c. 48 Et de istis rebus infra suo
14 loco agetur explanatius, num. 59. & subseqq. Inserui, da-
tur alicui: ad differentiam commodati, depositi & pigno-
ris: in quibus res ita aliis tradimus, non ut accipientium
fiant, & dominium transferatur, sed ad alium finem, ut in-
15 fra in §§. seqq. explicabitur. In mutuo verò res ita datur
accipienti, ut ejus fiat: alioqui ea uti non posset. Dare
quippe est dominium transferre. §. sic itaque diceretur. 1..
infr. de actionib. l. ubi autem non apparet. 75. §. ult. ff. de
verb. oblig. l. non videntur data. 167. ff. de reg. jur. An-

nexi quoque, ut eadem ipsa non in specie seu individuo, sed
in genere nobis reddatur. Tum ut commodatum & depo- 16
situm excluderetur: in quibus illa ipsa species, quæ tra-
dita est, & non alia ejusdem generis, redditur. Tum ad
differentiam contractus innominati, do ut des. Si enim
non idem genus, sed aliud, puta pro siligine triticum, pro
pecunia frumentum, pro tritico æstimationem reddideris,
& ita inter nos conventum sit: non erit mutuum, sed
contractus innominatus, do ut des. l. fin. ff. de præscript.
verb. Et ita omnes fateri, ait Mynsingerus hic num. 6.
Subjeci denique, aliquando: quia spatium aliquod con-
gruum, arbitrio judicis pro personarum rerumque quali-
tate & varietate statuendum, mutuatario relinquendum
est, intra quod commodè utatur. Adjuvari namque nos 17
non decipi beneficio oportet. l. in commodato. 17. § sicut.
3. in fin. ff. commodat. Bartol. Alexand. & Jason. in l. si
pœnam. 68. ff. de verb. obligat. Molin. in tract. de usur.
quæst. 2. num. 82. Menoch. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2.
cent. 1. cas. 22. num. 4. Heigius hic n. 16. Matth. Steph.
cent. 3. quæst. 26 Fachin. d. l. 2. controvers. jur. c. 51. ubi
plures alleg. Eaque de re latiùs tractabitur infra num. 91.
Species mutui Doctores plerique tres constituunt: vi- 18
delicet quod mutuum aliud sit naturale tantùm, aliud ci-
vile tantùm, aliud mixtum, id est, civile & naturale simul,
Accursius in l. 2. §. ult. in verb. credimus. ibique Decius,
Bartolus, Zazius, & alii ff. de reb. cred. Joan. Petr. de Fer-
rariis in sua Practica, in forma libelli, in actione hypothe-
car. tit. 43 glos. 2. in verb. mutuo, & ex causa mutui. num.
15. & seqq. Mutuum naturale tantùm, quod verum est 19
mutuum, omnibusque nationibus usitatum, ex definitio-
ne modo explicita intelligitur. Civile tantùm sive merè
civile appellitant, in quo natura non cooperatur: veluti,
si quis non donandi animo, sed spe futuræ numerationis,
det alicui chirographum, in quo se centum florenos mu-
tuo accepisse confitetur, quos tamen non accepit. Ex hac,
inquiunt, scriptura oritur mutuum civile, cui natura non
cooperatur: cùm numeratio non secuta sit: sed tantùm
civilis obligatio adsit. Mixtum, secundum illorum opinio-
nem, fit: quando quis per stipulationem promittit alicui
dare mutuo centum; & istam stipulationem in conti-
nenti sequitur numeratio: hic oritur mutuum civile per
stipulationem, quæ est juris civilis, cui natura per nume-
rationem favet & cooperatur. Vide Mozzium in tract. de
mutuo. cap. 2. de divis. mut. Molin. in tract. de usur.
quæst. 84. num. 654. Giphan. in Commentar. de divisioni-
bus jur. thes. 94. Schneidewin hic num. 22 & seqq. Myn-
singer num. 10. & seqq. itemque Stuckium part. 1. Exer-
cit. Justin. decad. 10. assert. 5. lit. L. p. 373. nec non no-
vissime Joannem Flitnerum hic in notis ad Matthæum Co-
ler. pag. 15 & seqq. Sed divisio isthæc juri nostro consen- 20
tanea non censetur: quia unicum duntaxat, quod illi na-
turale indigitant, est mutuum: nec usquam in jure mutui
distinctio reperitur. Omne quippe mutuum naturale si-
ve juris gentium esse, patescit ex prææallegato §. sed jus qui-
dem civile. 2. vers. & ex hoc jure supr. de jur. nat. gent.
& civ. l. juris gentium. 7. § 1. ff. de pact. Et quod isti me-
re civile nuncupant, non est mutuum, sed potius contra-
ctus literarum, de quo infr. t. de literar. obligat. Similiter
quod civile, cui natura cooperatur & adsistit, vocitant:
non mutuum est, sed potius stipulatio, de qua in tit. subse-
quente. Hinc non immeritò istam divisionem phantasti-
cam & inutilem vocant Molin. d. tract. de usur q. 84. num.
654. Dn. Collega Bocerus hic num. 30. pag. 148 & Dn.
Collega Besold in tract. de mutuo. cap. 3. num. 5. Eaque
de re inspiciatur Baldus, Albericus, Jason. Fulgosius. Cur-
tius. Alciatus, Bolognetus, & nonnulli alii in d. l. 2. ff. de
rebus cred. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 22. Nonius hic
num. 3. & Heigius num. 6. Schegk. in delibat. jur. Disput.
15. thes. 72. ad lit. B. & Treutlerus vol. 1. Disput. 20.
thes. 8. lit. D. ibique Bachovius. Sunt præterea nonnulli 21
Interpretes, qui mutuum duplex faciunt: verum sive pro-
prium, & quasi, sive improprium. Illud contrahi existi-
matur, cùm nummi proprii mutuò dantur ab eo, qui dan-
di jus habet. Hoc conciliari sive fieri putatur, cùm num-
mi alieni, vel etiam proprii, ab eo tamen, qui dandi jure
caret, credendi animo traduntur: & demum post con-
sumptionem

Digitized by Google

sumptionem mutuo dari intelliguntur. *l. rogasti.* 11. *§. ult. l. si à furioso.* 12. *in fin. & l. seq. in princ. & §.* 1 *l. non omnis.* 19. *in fin. ff de reb. credit. Althus. lib.* 1. *juris Rom. cap.* 26 *& lib.* 1. *Dicæolog. c* 68 *num.* 24 *cum seqq. pag.* 239 *Borcholt. in Comment. ad tit. ff. de reb. credit. cap.* 2. *D. Besoldus prædicta Disput. de contractu mutui thes.* 5. *& d tract. de mutuo cap.* 7. *D. Bocer hic*
22 *num.* 32. *& seqq aliique plures.* Ast & hæc partitio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Nam quod illi quasi seu improprium dicunt mutuum, nusquam toto jure traditur. Id siquidem tantum in præallegatis & similibus legibus habetur, ex consumptione nasci condictionem: non autè in illis dicitur, nasci sive convalescere mutuum. Jam verò potest esse condictio sine mutuo: ut ex indebito, & variis aliis ex causis condictio quidem nasci solet: ubi tamen mutuum esse nemo affirmaverit. *§.* 1 *infr. hoc tit. l certi condictio* 9. *ff de reb. credit. l.* 1. *ff. de condict. sine caus. Giphan. hic in verbis veluti mutui datione. & Rittershus. in vers. mutui autem datio pag* 406. *ad finem. Hunn. libr.* 3. *variar. resolut. jur. civ. tract.* 3. *part* 1. *quæst.* 2. *pag.* 858 *vers. ad secundum respondetur. Knipschild. d. exercit.* 2. *quæst.* 3. *pag.* 55. *cum seq Schegk. d. Disput.* 15. *thes.* 72. *sub lit.* C. Vel (ut planius res explicetur dicendum est: jura illa, in quibus exprimitur, condictionem dari, nequaquam exaudienda esse de condictione seu actione, quæ ex mutuo competit, sed de alia, vel certe illa condictione, quæ conceditur, ubi res mea apud te est, sine justa causa. *d l.* 1. *ff. de condict. sin ca s.* Et pro hac sententia non malè adduci & considerari potest textus *in l. si quis pro eo* 56. *§. si nummos.* 2 *vers. in omnem ff de fidejussoribus*, ubi hæc leguntur verba: *In omnem enim causam acceptus videtur. quæ ex ea numeratione nasci potest.* Quibus ex verbis perspicuè evincitur: quòd, licet mutuum, non constiterit, & ideo non videatur teneri fidejussor, qui in causam mutui acceptus est: quia tamen in omnem causam acceptus videtur: idcirco tenetur consumptis nummis, quamvis alia ex causa condicantur. *Sed vide ea de re fusius differentem Petrum Augustin. Morla part.* 1. *Emporii jur. tit* 8. *in præmissis num.* 19. *& seqq.*

23 Mutuum contrahere, hoc est, dare vel accipere mutuò possunt omnes, qui consentire queunt: & rerum, quæ mutuo dantur, dominium liberamque administrationem
24 obtinent. *l.* 2. *§ pen ult ff de rebus credit.* Et hujus quidem ratio non obscura est: quia nemo in alium plus juris transferre potest, quàm ipse habet. *l. traditio.* 20 *ff de*
25 *acquir. rer. domin. l nemo plus* 54 *ff de reg. jur.* Illius verò ratio est: quia quemadmodum in quovis contractu, omnium contrahentium consensus est necessarius. *l.* 1. *§. conventionis.* 3 *in fin. ff. de pact l in omnibus rebus.* 55. *ff. de obligat. & act.* ita & in specie ad mutuum contrahendum non sufficit, pecuniam numerare, nisi quoque consensus eius, qui pecuniam dat, & qui accipit, interveniat. *l. non omnis numeratio.* 19. *in princ. & l. si & me, & Titium.* 32 *ff de reb credit. &c.* Itaque neque pupilli *d. l. non omnis.* 19. *§. si pupillus. ff. d tit. l.* 3. *§. in pupillo. ff ad senatuscons. Maced. §. nunc admonendi.* 2. *supra, quibus alien. lic. vel non* neque furiosi, *l. si a furioso.* 12. *ff. de reb. credit. & l. si à furioso.* 24. *ff. de obligat. & act.* neque prodigi mutuum dare possunt. *l certi condictio* 9. *§. sed & si.* 7. *ff. de reb. credit. l furiosi.* 40. *ff. de reg. jur.* Cæterùm notoriè prodigo ipsa lege bonorum administratione interdici, explicatius docuimus in § *furiosi num.*
26 7. *& seqq. supr. de curatorib us.* Sed & fures, aliive rem alicui alienam, citra domini voluntatem, mutuam dando nihil agunt. *l rogasti.* 11 *§ fin. l. nam & si fur.* 13 *in princ. ff. de reb credit.* Sanè si pecunia aliena, vel quam pupillus, furiosus aut prodigus, mutuam dederit, bona fide ab eo, qui accepit, consumpta sit: ex hac consumptione non quidem mutuum (ut vulgò opinantur, *Duaren. ad tit. C. si cert. petat. cap.* 3. *D. Vultejus hic num* 9. *& D. Bocer num.* 60. *cum seqq. item class* 2 *Disput.* 7. *thes.* 13 *edit.* 2. *Treutler vol.* 1. *Disput.* 20. *thes.* 6. *Borcholt. d. Comment. ad tit ff. de rebus credit. cap.* 2. *ibique in Paratitl. Wesenbecius num.* 12. *Kitzelius in exegesi. de obligat. mutui. cap.* 3. *num.* 26. 30. *& seq. Paul. Berens in dissertationibus ad Instit. Disput.* 9. *thes.* 1. *quæst.* 6.) sed condictionem nasci, legibus cautum reperitur. *d. l. rogasti.* 11. *§. fin. d. l. si à furioso.* 12. *in fin. & l. seq in princ. & §.* 1. *d. l. non omnis.* 19. *in fin. ff. de reb. credit. d. l. si quis.* 56. *§. si nummos. ff. de fidejussorib & simil bus.*

Verum huic sententiæ noviter contradicit Dominus Col- 27
lega Bocerus *hic d num.* 60. *& seqq. pag.* 152. Quoniam enim paulo antè dixi, vulgò opinari, Duarenum, Vultejum, D. Bocerum &c. ex consumptione pecuniæ alienæ bona fide facta mutuum nasci: ægre hoc fert Bocerus, & pro piaculo habet, quod ipsius pronunciatum, vulgi opinionem dicere non verear. Sed missam fac iram, mi Bocere. Non voco hoc clarissimorum Jurisconsultorum pronunciatum, vulgi opinionem: sed id tantum dico: vulgo, id est, passim & communiter ita opinari Interpretes. Quidquid sit; Bocerus non vult vulgariter sapere. Igitur operose demonstrare allaborat; ex prædicta consumptione conciliari mutuum, quod initio non fuit mutuum: sed conatu planè irrito. Nam id solum efficiunt rationes ab ipso allatæ; quod ex tali consumptione condictio nascatur; quod nemo unquam negavit. At sæpe locum habet condictio, *ut suprà dixi num.* 22. ubi tamen mutuum
non est. Quod attinet *ad l. pater filiæ.* 81 *ff de jur dot.* 28
ea irrationabiliter à Bocero, ad stabiliendam erroneam sententiam suam adducitur. Quæ enim, quæso, est ratio consequentiæ? Patre alienos nummos in dotem dante, licet tempore dationis dos non sit profectitia; consumptis tamen postea nummis à marito, dos efficitur profectitia. Ergo itidem, si nummi alieni fuerint crediti, licet ab initio non fuerit mutuum; consumptione tamen datorum nummorum mutuum conciliabitur. Nulla, *inquam*, hic subest ratio consequentiæ. Non etenim ut illud; ita & hoc jure nostro cautum reperitur. At sine lege loqui erubesci-
mus, *vulgata Novell.* 18. *cap* 1. Et alias quoque ex sepa- 29
ratis nulla est illatio. *l. Papinianus.* 20. *ff. de minoribus. l. ult. ff. de calumniatorib.* Non est exigua Boceri calumnia, quando scribit *hic num.* 68. me scribere, quod per condictionem, quæ ex consumptione alienorum nummorum mutuo datorum nascitur, significetur condictio sine causa. Non hoc volo: sed hæc mea mens est, quod jura illa, quæ dicunt, ex consumptione ista condictionem nasci, non sint necessario exaudienda de condictione, quæ ex mutuo competit: sed etiam de *alia* condictione intelligi possint. Unde etiam non necessario sequi contendo: Ex consumptione illa oritur condictio. Ergo per consumptionem illam conciliatur mutuum Ex quo facilè apparet, quàm debilis sit Boceri & sequacium argumentatio.

Præsides porro provinciarum licet rerum suarum do- 30
mini sint, & de iis liberam disponendi facultatem habeant: mutui tamen contractum celebrare in tantum prohibentur: ut non solum fœnus exercere, cujusmodi quæstus a magistratus persona alienissimus esse debet: sed etjam ne gratis quidem sine usuris aut fœnore (tametsi quidam dissentiant, *Connanus lib* 7. *Comment. jur. civil. cap.* 2. *num.* 1. *Anton. Matthæus Disput Digestor.* 9. *thes.* 14. *D. Besoldus d. Disputat. de contractu mutui. thes.* 9. *& d. tract. de mutuo cap.* 16. *num.* 2. *Hunnius lib.* 3. *var resolut. jur civ tract.* 3. *part.* 1. *quæst* 14. *pag.* 88.) pecuniam mutuam dare possint, *per textum rotundum in l. principalibus.* 33. *ff de reb. credit* ubi Modestinus ita respondit: *Principalibus constitutionibus cavetur; ne hi, qui provinciam regunt, quive circa eos sunt, negocientur, mutuamvè pecuniam dent, fœnusvè exerceant.* Hac lege perspicuè ostenditur: præsides provinciarum, omnesque eos, qui circa illos sunt, puta consiliarios, assessores comites & ministros, quos secum in provinciam præsides adducunt, mutuam pecuniam dare, fœnusvè exercere omnino prohiberi. Disjunctiva enim locutione Juri consultus utitur; & per mutuam pecuniam intelligit pecuniam, quæ gratis, absque usuris mutuo datur; per fœnus vero intelligit pecuniam, quæ sub fœnore & usuris creditur. Eodem modo Gordianus Imp. disertè ait; *Eos, qui officia administrant neque per se, neque per suppositas personas, tempore officii sui in provincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est. l. eos, qui.* 3. *C. si cert. petatur.* Et Gordianus de agitan-

Digitized by Google

de agitando sive exercendo fœnere solummodò ideò loquitur: quòd de fœnore agitando quæstio tantùm sibi 31 proposita sunt. Omnes quippe leges Codicis ad certam facti speciem sive quæstionem propositam enatæ sunt; ut inscriptiones legum in Codice arguunt, aliquanto fusius edocuimus *in § si quis à non domino. 35. num. 96. & seq. supr. de rer. divis. &c.* Quod igitur Gordiani constitutioni deest, *ex d.l. principalibus. 33. ff. de reb. cred.* supplendum est, *arg. l. non est novum. 26. & l. seq. ff. de legibus. c. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.* Ratio autem, cur Præsides provinciarum, & qui circa eos sunt, mutuam pecuniam dare, fœnusvè exercere nequeant, hæc est: ne forte ob potentiam vel gratiam, qua pollent, à provincialibus aliquid vi extorqueant: aut mutui datione fraudem legi, fœnus prohibenti, faciant: aut quæstus studio à cura provinciæ administrandæ avocentur, *argum. l. milites agrum. 13. ff. de re militari.* Eandem ob caussam illis interdictum est, ne prædia in provincia, quamdiu ibi officium administrant, comparent. *l. non licet. 46. & l. qui officii. 62. ff. de contrah. empt.* aut dona vel munera accipiant. *l. solent. 6. §. ult. ff. de offic. proconsul.* aut domum, navemvè extruant. *l. aufertur. 46. §. quòd a præside. ff. de jure fisc. l. unic. C. de contract. judicum, &c.* aut denique uxorem ducant, vel filio uxorem ducenti consentiant, *l. si quis officium. 38. l. qui in provincia. 57. & l. præfectus. 63. ff. de rit. nuptiar. & uberius expositum in §. sunt & aliæ. 11. num. 5. & seqq. supr. de nupt.*

32 Huic decisioni non obstat *l. præsidis. 34. ff. de reb. credit.* ibi dum Paulus tradit, officialibus præsidum provinciæ licere mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere; dicendum videtur, id multò magis ipsis præsidibus permitti debere. Nam ratio diversitatis inter Præsides provinciarum, & officiales sive apparitores eorum, in ipso textu expressa est: *quia*, inquit Jurisconsultus, *officiales perpetui sunt.* Unde valde durum & inhumanum esset, si iis, qui semper in provincia & officio manent, ac singulis quibusque præsidibus ad tempus parent, *l. ut nullum. 59. C. Theodos. de appellationibus*, in perpetuum commercio mutui, sine quo vita hominum consistere commodè nequit, interdiceretur. Quod similiter non grave aut iniquum censetur in ipsis præsidibus vel magistratibus Romanis: quia ii non sunt perpetui, sed temporales, & tempore officii finito, 33 e provincia excedunt. *l. præses. 3. ff. de officio præsid.* Proinde non idem de magistratibus nostri temporis, utpote qui perpetui sunt, dicendum erit: sed potius illi mutuum dare, cæterosque contractus cum suis subditis inire poterunt: dummodo de illorum impressione seu terrore subditis injecto non appareat, *l. penult. C. de his, quæ vi, metuvè caus. gesta sunt. Donell. & Zasius ad d. l. principalibus. 33. num. 15. ff. de reb. credit. D. Besold. d. tract. de mut. cap. 16. num. 5. D. Bocer. hic num. 74. D. Rumelin. in Disputat. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 11. sub lit. A. Bronchorst. cent. 1. miscell. controvers. assert. 55. in fine. Kitzelius in exegesi de obligat. mutui cap. 3. num. 39. & seqq. Schickhard. Disput. ad Instit. 12. thes. 3. sub. lit. c. & resolut. q. 3.*

34 Neque refragatur *l. 1. Cod. de his, qui ex public. rationib. mutuam pecun. acceper.* ubi officiales mutuam pecuniam dare haud possunt. & ad quadrupli pœnam tenetur, qui fœnebrem pecuniam ab officialibus sumserit. *Etenim* lex ista non de officialibus præsidum provinciæ: sed de officialibus publicarum rationum loquitur. *Deinde* eadem lex non prohibet, ne officiales publicarum rationum propriam pecuniam dent mutuam: sed hoc duntaxat vetat, ne credant [illegible], i.e. publicam pecuniam, ut habetur in synopsi *Basilicωr. lib. 9. t. 5. de debito fiscali.* Sic ex ærario aut thesauro Principis mutuam pecuniam sumere non fas est, inconsulto Principe: Et qui ex thesauro Principis alicui quid commodaverit, aut dederit, capitali sententiæ subjugatur. *l. 2. Cod. de his, qui ex public. rat. mut. pecun. accep. Borcholt. d. Comment. ff. de reb. cred. c. 3. n. 9.* Vide aliter (quoad perpetuos magistratus) sentientem Hunnium *d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 2. part. 1. qu. 12. pag. 178. cum seq. & in resolut. ad Treutler. volum. 1. pag. 124. & seq.* nec non Bachovium *in not. & animadversionib. ad Treut. Disp. 20. th. 4. lit. b. pag. 256. vol. 1.*

Quamquam autem præsides sive magistratus provinciales 35 mutuam pecuniam dare, fœnusve exercere vetantur. *d. l. principal. 33. ff. de reb. cred.* attamen mutuam pecuniam fœnebrem, multoque magis pecuniam mutuam gratuitam rectè accipiunt. *d. l. præsidis. 34. in fin. ff. eod.* Hujusque diversi juris ratio in promptu est: quoniam per mutui dationem aliquis sibi obligationem acquirit; cujus prætextu multa ad sese, cum aliena jactura, transferre poterat: per mutui acceptionem quis res suas minuit: alterius verò auget. Adhæc pecuniam plerunque ille mutuò dat, qui eâ carere potest; accipit verò, qui inopia laborat, & egestate premitur. Ne ergo subsidium inopiæ præsidibus provinciarum auferatur: iis ad sublevandas suas necessitates mutuam pecuniam, vel gratis, vel sub usuris sumere permissum est.

Nec obsistit *l. quisquis. 16. C. si cert. petatur.* ubi judices sive magistratus sub pœna exilii mutuum accipere 36 prohibentur: eaque pœna tam illi, qui mutuum accepit, quam qui dedit, irrogatur. *Præsidibus* namque provinciarum & aliis magistratibus mutuum accipere, vel fœnori pecuniam sumere non licet à litigantibus, seu ab iis, inter quos judicant: ne prætextu mutui judicia corrumpantur, & sententiæ Præsidum venales sint. Ab aliis verò apud se non litigantibus magistratus pecuniam mutuam, vel sub fœnore tutò accipere queunt: siquidem hoc casu corrupti judicii suspicio cessat. Nec huic interpretationi quicquam detrahit generalitas verbi *quisquis* positi *in d. l. 16. C. si cert. pet.* Non enim simpliciter in ea dicitur, *quisquis pecuniam mutuaverit*: sed adjicitur, *judici.* Nemo intelligitur mutuare judici, ut judici: nisi is, qui judicem sibi habet, id est, qui apud eum litigat. Et ita sentiunt *Connan. d. lib. 7. Comment. jur. civ. cap. 2. num. 3. Donell. ad d. l. præsidis. 34. ff. de reb. cred. Pacius ad d. l. 3. num. 9. C. si cert. petat. & cent. 3. [illegible] quæst. 76. Bronchorst. d. cent. 1. miscell. controv. assert. 55. §. adversatur graviter, &c. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 16. num. 4. Hunn. d. lib. 3. tract. 3. quæst. 15. pag. 882.*

Nihil quoque obest *l. scriniarios. 8. C. de numerariis, actuariis, &c. lib. 12.* ubi disponitur; scriniarios ac nume- 37 rarios, qui ministri & officiales erant præfectorum prætorio, mutuam pecuniam sumere non posse. Igitur non insulse inde concludendum videtur: multò minus præsidibus provinciæ mutuam sumere pecuniam licitum esse. Hæc, *inquam*, lex nihil obest: quandoquidem in ea non tractatur, scriniarios & numerarios mutuam pecuniam non posse accipere. sed hoc saltem cavetur: si in publicas necessitates quid sit impendendum, cogi non debere scriniarios ac numerarios, ut eo nomine pecuniam mutuam sumant, aut etiam se obligent: ne inde, deposito officio, periclitentur; damnumve aliquod sentiant. *Borcholt. d. Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 3. num. 46.*

Plane mutui obligationem voluntate etiam dominorum 38 acquiri, non dubium est ullum: cùm nihil intersit, utrum ipsemet dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius. *l. qua ratione. 9. §. nihil autem. 4. ff. de acquir. rer. dom. & § nihil autem interest. 42. supr. de rer. divis. &c.* Hinc filiifamilias & servi nummos peculiares cùm mutuos dant: id patris & domini voluntate facere reputantur. *l. 2. §. penult. ff. de reb. credit. & monitum suprà n. 12.* Ideoque si servus mutuans, unius domini fuerit, uni etiam; sin communis, seu plurium dominorum fuerit: omnibus, pro partibus divisis, obligatio mutui ex numeratione acquisita cedet, *præallegata l. nam & si fur. 13. §. ult. ff. de reb. credit.* Quod itidem in procuratore procedit: qui si cum libera constitutus sit, vel mandatum habeat speciale; instar veri domini, mutuum dare potest. *l. procurator, cui. 58. & l. procurator totorum. 63. ff. de procurat. Jason in d. l. non omnis. 19. § si pupillus. num. 3. ff. de reb. cred. huncque referens Kitzelius in d. exegesi de oblig. mut. cap. 3. num. 24.* Etsi verò filiusfamilias & servus, si libe- 39 ram peculii teneant administrationem, mutuum dare queunt. *d. l. 2. §. penult. & l. rogasti. 11. §. si fugitivus. 2. vers. & quidem si servum. ff. de reb. cred.* filio tamenfamilias regulariter nemo mutuam pecuniam utiliter dare, aut cum eodem alium, in fraudem Senatusconsulti Macedoniani, contractum inire poterit *l. 1. & toto tit. ff. ad Senatus-*

Digitized by Google

ad Senatusconsf. Macedon. Quod si tamen filiusfamilias ab
aliquo mutuatus pecuniam, suo non mutuæ pecuniæ cre-
ditori solverit: patri nummos vindicanti nulla exceptio
objicietur. At si bonâ fide fuerint consumpti à creditore
nummi; cessare condictionem Marcellus ait. *l. si filiusfa-*
milias. 14. *ff. de reb. credit.* Ratio prioris, cur pater pecu-
niam extantem vindicare possit, hæc est: quia filiusfami-
lias pecuniam, utpote quæ in patris venerat dominium.
§. item liberi supr. per quas pers. cuique acquir. alienare
non potuit *l. nemo plus.* 54. *ff. de reg. jur.* adeoque pater
dominus illius pecuniæ mansit: ac propterea eam ex-
tantem vindicare non prohibetur. *l. si quis.* 3. *§. si filius-*
familias. vers. & ideo vindicationem. ff. ad SC. Macedon. l.
in rem. 23. *in princ. ff. de rei vindicat. l. actionum.* 25.
ff. de obligationibus & actionibus. Ratio posterioris, cur
videlicet pater pecuniam bonâ fide consumptam condi-
cere nequeat (præter illam, quæ affertur *in d. l. si filiusfa-*
milias. 14. *ff. de reb. cred.*) hæc reddi potest: quia pater cre-
ditori filii sui de peculio tenetur, hoc scilicet casu nostro,
quo ex alia, quàm pecuniæ mutuæ causa, filiusfamilias il-
li quippiam debet. *§. is quoque, juncto §. quæ diximus de serv.*
inst. quod cum eo, qui in alien. potest. & tot. tit. ff. de pec. & fi-
40 liusfamilias ex omni negotio, excepta mutuæ pecuniæ
causa, efficaciter obligatur. *d. l.* 3. *§. is autem solus.* 3. *ff. ad*
SC. Macedon. l. tam ex contractibus. 57. *ff. de judic. l. filiusfa-*
milias. 39. *ff. de obligat. & actionibus. D. Collega Bocer.*
class. 2. Disput. 7. thes. 16. *lit. B. edit.* 2. *& in bo. princip. n.* 82.
& seqq. pag 156. Verum istam totam Senatusconsulti
Macedoniani materiam plenius prosequuntur *Donellus*
lib. 12. Comment. de jur. civ. cap. 24. & seqq. ibique in suis no-
tat. Hilliger. Borcholt. d. Comment. ad tit. ff. de reb. credit. c. 3.
n. 52. cum seqq. D. Besold. in d. tract. de mutuo. c. 21. & part.
2 *delibator. jur. & lib. 14. Pand. q. 3. & 4. pag. 94. & seq.*
Illustris Baro Enenckel. in tract. de privileg. parent. & liber.
privileg. 12. cap. 1. & seqq. Kitzel. d. exegesi, de oblig. mut.
cap. 4. num. 54. & multis seqq. Et de eadem nos nonnihil
attulimus in *§. illud proprie. 7. inst. titul. quod cum eo, qui*
aliena potestate, &c.

41 De pupillo paucis dispiciendum, an mutuam pecuniam,
sine tutore suo, accipiendo obligetur? Et quidem infantiæ
proximus pupillus ne quidem naturaliter obligatur. *l. quod*
pupillus 41. *ff. de condict. indeb. l. pupillus.* 59 *ff. de obligat. &*
act. l. in causæ cognitione 16. *in prin. ff. de minorib.* nisi lo-
cupletior inde factus probetur, *l. naturaliter.* 13. *in fin. & l.*
seq. ff. de condict. indeb. l. plane. 38. *ff. de petit. heredit. l. jure*
naturæ. 206. *ff. de reg. jur.* Pubertati autem proximus, citra
tutoris sui auctoritatem, mutuos sumendo nummos na-
turaliter tantum obligatur, etiamsi non factus sit locuple-
tior, *l. cum illud.* 25. *§.* 1. *ff. quando dies legator. ced. l.* 1. *in fin.*
ff. de novationib. l. si pupillus. 127. *ff. de verb. oblig. l. Stichum.*
95. *§. aditio ff. de solut. & simil.* at locupletior factus, ex re-
scripto Divi Pii etiam civiliter obligatur *l.* 3. *§. pupillus sane.*
ff. de negot. gest. l. 3. *in princ. ff. commodat. l.* 1. *in fine. princip.*
& l. pupillus. 5. *in princ. ff. de auctor. tutor. D. Bocer. d. class.* 2.
Disput. 7. th. 18. & lit. 2. & in bo. princip. num. 86. cum mul-
tis seqq. pag. 157. & seq. Atque de ista quæstione multifa-
riam disputant Interpretes; *Gœddeus in Commentar. de*
contrah. & committ. stipul. c. 7. concl. 12 n. 212. & seqq. Vul-
tejus disceptat. scholast. cap. 16. Reiner. Bachov. lib 1. miscell.
cap. 12. Valent. Riemer. decad. 3 th. 8. D. Besold. d. tract. de
mutuo. cap. 17. Philippus Matthæus ad l. in negotiis, 5. num.
20. *& seqq. ff. de reg. jur. Andreas Gerhardi Exercitat. Ju-*
stin. decad. 2. quæst. 3. Kitzel. d. cap. 4. num. 32. & subseqq.
aliique plures, quos laudavi suprà *ad princ. tit. de auctorit.*
tutor. num. 30. ubi eandem quæstionem enodavi copiosius.
42 Sanè nec puberem, minorem 25. annis, curatorem haben-
tem, ex mutuo absque illius consensu obligari posse, pro-
babilius est. *l. si curatorem.* 3. *C. de in integr. restit. minor.* nisi
in quantum locupletior factus fuerit, *l.* 1. *&* 2. *C. si adver-*
sus creditor. Atque hanc verissimam sententiam, *post alios*
doctissimos viros, a me allegatos, pluribus tutatus sum *ad §.*
item inutil. 2. *num.* 17. *& seqq. supr. de curatoribus.* Quibus
novissimè adjiciendus est Dn. Collega Besoldus *d. tractat.*
de mutuo. cap. 18 *pag.* 29. *& seq.*
43 De civitate an mutuam pecuniam accipiendo oblige-
tur, dubium aliquod esse videtur? Et si tota civitas, hoc
est, omnes cives, vel majore eorum pars, aut consilium
optimatum, totam repræsentans civitatem, convenerit, &
mutuam pecuniam sumendam esse, communicato con-
silio statuerit: tum civitatem mutuam accipiendo pecu-
niam (forsan per actorem suum, ad hæc nominatim con-
stitutum: siquidem quod quis facit per alium, ipsemet fe-
cisse creditur. *l. ita autem.* 5. *§. quod si quis.* 3 *ff. de admini-*
strat. peric. tut. c. qui facit. 72. *de reg. jur. in* 6.) obligari,
quamvis pecunia in ejus utilitatem conversa non fuerit,
receptius est, & verisimilius. Idque probatur primum ex 44
eo: quòd civitatem, sive universitatem ex mutuo & quo-
vis alio contractu, non minus, ac alios privatos, absolutè
obligari posse, nulla lex, sine quâ nihil affirmandum, pro-
hibeat. *l. illam merito.* 19. *C. de collationibus Novell.* 18. *cap.* 5.
illamque ex delicto, conventu habito, vim faciendo, aliud-
vè contra jura committendo, obligari evidenter pateat *ex*
l. metum. 9. *§. animadvertendum.* 1 *ff. quod met. caus. l. sem-*
per. 15. *§. si in sepulchro.* 2 *ff. quod vi. aut clam. auth. item*
nulla. sub l. 2. C. de episc. & cleric. Deinde civitatem con- 45
sensum, qui omnibus in contractibus necessario exigitur,
l. 1. *§. conventionis. ff. de pact. l. in omnibus.* 55 *ff. de ob-*
ligationibus & actionibus interponere posse, qui ad obli-
gandum sufficiat, vel inde manifestum evadit quod mu-
nicipiis heredibus institutis permissum est hereditatem
acquirere. *l. omnibus.* 26. *ff. ad senatusc. Trebell.* [illegible]
§. 1. *ff. de libert. universitat.* quod utique absque animi &
consensu explicari nequit. *l. pro herede* 20. *in pr.* [illegible]
servum. 47. *& passim. ff. de acquir. vel omitt. hereditat.*
item, quòd illis legem municipalem condere (ad quod
etiam consensum desiderari, evincitur *ex l.* 1. *ff. de* [illegible]
bus) licet. *l. prohibere.* 3. *§. plane* 4. *ff. quod vi, aut clam.* 46
Accedit insuper argumentum à simili. Etenim si præla-
tus Ecclesiæ unà cum Capitulo mutuam acceperit pecu-
niam; ad eam reddendam obligatur; tametsi eandem in
utilitatem ipsius Ecclesiæ fuisse versam, non doceatur, *ut*
colligere est ex c. penult. ext. de fidejussorib. Atque ita sen-
tiunt *Decius, Jason, Hieronymus Butigell. & Donelus ad l.*
civitas. 27. *ff. de reb. credit. Bartol. Alexand. Castrens. Cor-*
neus, Zasius & Ripa in l. si is, qui bona. 11. *ff. de pignorib.*
hosque referens Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 75. *ubi*
dissentientes allegat. Fulgosium & Alciatum. Adde D. Be-
soldum *lib.* 1. *Politic. cap.* 12. *num.* 65. *cum seq. & d. tract.*
de mutuo cap. 20. *&* Wolfgangum Jacobum Sadtler. *de*
jure universitatum. conclus. 12. *&* 13. *itemq.* D. Rümelinum,
in Disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. cred. th. 19.

Huic decisioni non obstat *d. l. civitas.* 27. *ff. de reb. cre-* 47
dit. ibi dum expressum est, civitatem mutui datione ob-
ligari posse, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sint: in-
de à contrario sensu colligi videtur; si pecuniæ in utilita-
tem civitatis non sint conversæ, civitatem ex mutuo
haud obligari posse. Nam, *auctore Celso*, incivile est; 48
nisi tota lege perspectâ, unâ aliquâ particula ejus proposi-
ta, judicare vel respondere. *l. incivile.* 24. *ff. de legib.* Proin-
de sequentibus *dictæ legis* 27. verbis illis (*alioquin ipsi so-*
li, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur) cum præce-
dentibus conjunctis, quivis facile animadvertet; Ulpia-
num superiorem nostram sententiam magis adjuvare,
quàm impugnare. Cum enim dicat (*alioquin ipsi, soli,*
non civitas, tenebuntur) eo perspicuè satis ostendit: se
non de eo mutuo, quod ipsa met civitas contraxit, sed
de eo, quod alii (nempe Administratores, Syndici vel
Consules) illius nomine contraxerunt, respondisse:
quorum contractus non obligat civitatem, nisi creditor
probet, pecuniam in civitatis utilitatem conversam es-
se. Unde argumentatione à contrario sensu sumpta,
sic rectè concluditur: Ergo si civitas suo facto, seu ipsa-
met contraxerit, ea absolutè, citra hanc conditionem, *si*
pecunia in ejus utilitatem conversa sit, obligabitur. Alioquin
enim generaliter Ulpianus dixisset: *civitas non tenebitur.*
Sed vide latius hæc explicantem Johannem Kitzelium *in*
suprà dicta exegesi. de obligation. mut. cap. 4. *num.* 16.
cum seqq. & Hunnium *lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 3.
part. 1. quæst. 18. pag. 887. & in resolut. disputat. Trentler.
18. *th. 5. quæst. 27. cum seqq. volum. 1. pag.* 1249. [illegible]
Si igitur civitatis Administratores, Syndici, vel alii, pe- 49
cuniam, aliamve rem fungibilem nomine civitatis mu-

Digitized by Google

tuò acceperint: dùm demum conveniri poterit civitas, si rem in ejus utilitatem versam esse, à creditore probatum fuerit. *d.l.civitas.27. ff.de reb.credit. Novell.*120. *cap.* 6. §. 3.*in fine. Bachov. in not. ad Treutler. volum.*1. *pag.*757. Re autem in commodum sive usum civitatis non versâ, civitas minimè obligabitur: sed soli Administratores, Magistratus sive Syndici, qui contraxerunt, & mutuam pecuniam civitatis nomine acceperunt, tenebuntur, *d. l.civitas.* 27. *ff. de reb. credit.* Idque propterea ita cautum est: ne civitates passim administratorum culpâ damnum subeant: & ut vigilantiores reddantur, qui civitatum nomine pecuniam mutuam accipiunt; scientes, in ipsorum perniciem redundare, pecuniâ in utilitatem civitatum non conversâ, *argument. l. ultim. C. de vendendis reb. civitat.* Sed quânam actione conveniri à creditore possint administratores, si non convertant in commodum civitatis pecuniam, nomine civitatis mutuò acceptam, quæstionis non est omnino expeditæ? Et quamvis plerique existiment, illos condictione certi, quæ ex mutuo nascitur, conveniri posse: quam opinionem etiam sequitur Bachovius *in prædictis notis ad Treutler. volum.* 1. *pag.* 758. *lit. E.* attamen magis est, ut statuatur: creditori in casu proposito, adversus administratores, competere condictionem causâ datâ, causâ non secutâ. Nam creditor mutuum dans administratoribus civitatis, quos tales esse non ignorat, utique ipsius civitatis contemplatione mutuum dedisse intelligitur, in hunc finem: ut in usus civitatis ab administratoribus convertatur. Quo non facto; meritò, tanquam cessante causâ, propter quam mutuum datum fuit, condictio ista locum sibi vindicabit. Nec huic obest, quod *in d. l. civitas.* 27. *ff. de reb. credit.* Ulpianus asserit: ipsos teneri, *qui contraxerunt* Etenim qui aliquid ob causam accipiunt: hoc ipso, cum eo, à quo accipiunt, aliquid negotii contrahere reputantur: hoc nimirum, ut causâ non secutâ, quod acceptum est, reddant. *l. si extraneus.* 6. *ff. de condict. caus. datâ, causâ non secutâ.* Atque ita, *post Donellum*, tradunt & sentiunt Hieronymus Treutler. *disputat.* 18. *de mutuo.th.*5. *lit.e. vol.*1. ibique Hunnius *in resolut. quæst.*30. *pag.*1251. D. Besold.*in d.tract.mutui.c.*20.*n.*4.*pag.*33. & novissimè D. Martin. Rümelin. *ad tit.*1. *lib.*13.*ff.de reb.credit.th.*9.*sub lit.E.* Cæterùm quando pecunia in utilitatem civitatis est conversa: tunc, ipsâ naturali æquitate suadente, haud immeritò ad restitutionem civitas obstringitur: & res ejusdem, eo nomine, validè oppignorari possunt. *l.si ii, qui bona.*

50 11.*in princ.ff.de pignorib.* & *hypothec.* cum jure naturæ æquum sit, neminem cum alterius detrimento locupletari. *l.nam hoc natura.*14. *ff.de condict.in.deb.l.jure naturæ.*206. *ff.de reg.jur.c.locupletari.*48.*eod.in* 6. Huicque sententiæ subscripserunt *Hartmannus Pistoris lib.*1.*quæstionum juris. q.*37.*n.*23. & *seqq. Borcholt.in Commentar.ad tit.ff.de reb. credit.cap.*3.*num.*47. *Pinel.ad l.*2. *C.de rescind. vendit.part.* 2. *c. fin. num.*32. *Gæddeus ad l. inter publica.*17.*num.*22. *ff.de verb.signif. Wesenbec.consil.*53.*part.*2. *Colerus de processib.execut.part.*2.*c.*3.*n.*347. *Pet.Frid. Mindan.de mandat.Judic.lib.*2.*c.*62.*num.*8. *Treutler.d.vol.*1. *Disp.*20.*th.*5. *Hackelm. Disp.illustr.*9.*th.*5. *lit.b. Nigerdin. lib.*3. *Disp.* 2. *th.*2.*q.*3. & *seqq. Paul.Berens Disp.*9.*th.*1.*quæst.*4. *Stuckius part.*1.*Exercit. Justin.decad.*10.*assert.*2.*lit. C.pag.*377.

51 Pecuniam porrò in utilitatem civitatis conversam fuisse, conjecturis & præsumptionibus nonnulli probari existimant: putà si doceatur tantùm; administratorem fuisse hominem fidum, industrium & diligentem: pecuniam in conspectu decurionum fuisse numeratam: civitatemque eâ indiguisse, quo tempore accepit. *Glossa in auth.hoc jus porrectum..in fin.ad verb. probat. Cod.de sacrosanct. Eccles. ibiq. Cynus num.*8. *Castrens. ad l.*1. §. *non autem.*7. & *ad l.ult.ff.de exercitor.act. Ruinus consil.*76.*col.*4. *in fin.lib.*4. *Bald. Decius* & *Riminald.ad d.l. civit.* 26.*ff. de reb. credit.* Sed verius eorum est dogma, qui tradunt; quòd testibus vel instrumentis demonstrari oporteat, pecuniam reverà in civitatis usum fuisse consumptam, seu conversam: putà si in refectionem, aut extructionem rerum civitatis, vel in prædiorum emptionem erogata fuerit. Siquidem jura absolutè probationem versionis in utilitatem civitatis vel Ecclesiæ requirunt. *d. l. civitas.* 27. *ff. eod. d. c. penult. ext. de fidejussor.* Nulla verò lex est, quæ versionem probari ex eo decernat; quòd civitas vel Ecclesia indiguerit pecuniâ: tum quia fieri potest, ut indiguerit; & tamen in ejus usum exposita non fuerit: tum quia raró contingit, ut mutuò pecunia sine necessitate accipiatur. Quare aut nunquam, aut certè rarissimè is succumberet, qui conversionem factam allegaret: quia probationem paratam ferè semper haberet. *Vide Philipp. Knipschildt.ad exerc. Acad.* 2.*quæst.*7.*p.*59. & *seq.*

Nec dissentientium opinionem quidquam juvat *d. l.* 52
ultim. ff.de exercitor. act. in cujus principio exercitor navis obligari dicitur creditori ex mutuo, à magistro navis accepto, si modò doceatur, navem refectione indiguisse. *Etenim* & legum tenor, & rubricarum, sub quibus collocatæ sunt, diversitas satis arguit: id ipsum de privatis personis, qualis exercitor navis est, ita cautum esse: quod ad obligationem civitatis vel Reipublicæ non est producendum: quippe in quâ nominatim exigatur, pecuniam in utilitatem ejus erogatam esse, *d. l. civitas.* 27. *ff.de reb. credit. ibiq. Alexand.* & *Jason. num.*18. *Bartol.in d.l. ult. ff. de exercit. act. Angel. consil.*245. *Imola in cap.* 1. *num.* 17. *ext.de deposito. Ripa in d.l. si ii, qui bona.*11. *num.*10. *ff. de pignorib. Fachin. d. lib.* 2. *controvers. jur. cap.* 76. *Kitzel. d. exegesi. de obligat. mut. cap.*4. *num.* 24. & *seq.* Tametsi non desint, qui hanc controversiam judicis arbitrio relinquendam censent: ut prudenter cognoscat, an probabiliter pecunia mutuatitia in civitatis vel Ecclesiæ utilitatem sit versa, nec ne. *Alciat.in d. l. civitas.* 27. *ff.de reb.credit. Menoch. in tract. de arbitrar.jud. quæst.lib.* 2.*cent.*5.*cas.*432. *n.*35. *Mascardus in tractat. de probationib.vol.*3.*conclus.*116. *num.*10. *Dn.Besold. d. tract.de mutuo. cap.*20. *circa finem.* Etsi verò Civitas seu Respublica 53
ex mutuo, quod ipsa contraxit, firmiter & efficaciter obligetur, *ut jam suprà ostensum*: eam tamen restitutionem in integrum, exemplo minorum, implorare posse, constat *ex l. penult.C. quib.ex caus.majores in integr.restituunt.* & *l.penult.C.de jure Reipubl.* & *latiùs explanat Hunnius d. lib.*3.*var.resol.tractat.*3.*part.*1.*quæst.*19.*p.*888. & *seq.*

Ludicra & lubrica, haud tamen inelegans, est quæstio: 54
an, si ludens secum ludenti pecuniam mutuavit, ejus exactionem sive condictionem habeat? Et non habere, veritati æquitatique magis consentaneum puto. *l. alearum usus.* 3. *Cod.de aleatorib.glos.in l.*1.§.*penult.super verbo, simpliciter. ff.d.tit. junctâ l.ex ea parte.*121.§.1.*ff.de verb.obligat item glos.in l.si quis cùm sciret.*8.*in verb.luxurioso.ff.de usuc.pro empt.* & *in l.quod si minor.*24.§.*restitut.sup.verb.non omnimodo ff.de minorib.* & *c.Salicet.in l.ult num.*6.*C.de relig.* & *sumpt.fun. Matth. Coler.decis.*173. *incip.ludus alearum.n.*9.
Francisc. Pfeil. consil. 28. *n.*6. Cùm enim lusus prodiga- 55
litatis instrumentum, vitiumque detestandum censeatur, asserente Patricio, *lib.*3.*de regn.tit.*40. facilè intellectu est, collusorem mutuò dantem, non solum nihil repetere posse. *d.l.*3. *C. de aleatorib.* sed etiam extra ordinem coercendum esse, uti tradiderunt *Paris de Put.in tract.de ludo.num.* 15 17. & 45. *Caccialupus in tract. de ludo. artic.*6.*n.*1. *Angel.in tract. de malefic.in verb. Metidore de mali dadi.n.*15. *Albert.de Gandino in tract.de malefic.tit.de ludo,* &*c. n.*15. *Parladorius lib.*2. *rer. quotid. cap.*7. *num.*14. *Frid. Tilemannus Disput. Pand.* 19. *part.* 1. *thes.*19. *Forster. junior. lib.*2. *Disput.*5.*thes.*3.*ad lit.b. Jul.Clarus lib.*5.*sentent.* §. *ludus.num.*6. ubi subjicit *num.*8. quicquid sit de jure; contrarium tamen in practica & de consuetudine servari. Cui adstipulantur D. Bocerus *hic num.* 106. & D.Besoldus *d. tract.de mutuo. cap.*22. & *in Commentar.ad Ordinationes Politic.inclyti Ducatus Würtembergici.tit. vom Spielen und Wetten. num.*6. *pag.* 387. Sane si aliquis est ludus con-
cessus: latrunculorum seu Schacchorum lusum (*das* 56
Schachspiel, sedecim quo ludimus scrupis, geminâ acie utrinque directis: in quibus duo sunt reges invicem contendentes, duæ reginæ, quatuor equites, sedecim pedites, quatuor satellites, totidem centuriones) cæteris esse præferendum, non sine evidenti ratione quidam existimant, *argum. d. l. alearum usus.* 3. *Cod. de aleatorib.* & *l.solent.* 2. *in fine. cum l. seq. ff. eod. Clarus in d.* §. *ludus. num.* 2. *ubi ad hæc citat Rosellum de Rosell. inter consilia crimina-*
lia

Digitized by Google

lia diverso. consil. 46. *num.* 5. *lib.* 1. *Claudius in Commentar. de condict. indebit. cap.*6.*num.*55. *pag.*309. Etenim
exercet & acuit ingenium: nec fraudibus, nec cœcæ fortunæ locum relinquit: venustam Imperiorum exhibet
theoriam, dum ostendit, non modò subditos à Principe, neque Principem à solis potentioribus; sed ipsum etiam
interdum regem ab abjecto rustico incolumem conservari. Et quòd iste latrunculorum ludus sit tum jure Cæsareo, tum Pontificio, non modò laicis, sed clericis etiam
permissus, attestantur *Accursius in auth. interdicimus. in verb. ad tabulas. C. de episc. & cleric. Innocent. in c. lator præsentium. 9. de homicid. Joan. Andreæ, Abbas & cæteri in c. penult. de vita & honest. cleric. Stephan. Costa in tract. de ludo. 2. artic. princip. num.* 28. *& seqq. hosque laudans Joannes Matienzus in tract. de referendarior. & advocator. offic. part.* 1. *cap.* 1. *num.* 9. *Bartholomæus Ugolinus in tract. de officio & potestate episcopi. c.* 13. §. 25. *fol.* 98. Eandem Schachiam elegantissimo carmine descripsit Hieronymus Vida, & Lucas Wrelius *in suis Comment. ad Vidam.* Verum neque istum Schachium Ludum (quem Palamedes in castris Trojanis Græcorum invenisse proditur)
permitti debere, *post alios*, placet Petro Heigio. *part.* 2. *quæstion.* 10. *num.* 31. *pag.* 103. *cum seq.* Dn. Besoldo & Lindenspür. *in d. Comm. ad Ordinat. Ducat. Würt. d. tit. vom Spielen &c. n.* 3 *pag.* 385. *& seq.* Ludi porrò leges
præscribit sequentes Ludovicus Vives *in suo Colloq. Dialog.*
57 22. I. Quando ludendum. Homo propter res serias est
conditus, non propter nugas & lusus: lusus autem reperti ad reficiendum animum lassum à seriis. Tunc igitur ludendum, cùm animus aut corpus erit defatigatum. II. Cum quibus ludendum. Quemadmodum facturus iter, diligenter dispicis, qui sint futuri comites: sic in ludo animadvertendum, cum quibus ludes: ut sint homines tibi
58 noti. Nam in ignotis magnum est periculum: & verum
proverbium Plauti: Lupus est homini homo, qui qualis sit, non novit. Sint etiam belli, festivi, comes: ne sint blasphemi in Deum, aut dejeratores: ne in dictis spurci, ne quid ex contagione adspergetur tuis moribus pravum, aut flagitiosum: denique sint ii, qui non aliam ad ludum mentem adferant, quam tu: nempe ut labore conquiescat, & levetur animus. III. Quo ludo. Primùm noto: quoniam in ignoratione non potest subesse delectatio, nec ludentis, nec collusorum, nec spectatorum. Deinde quòd simul animum reficiat, & corpus exerceat: si quidem tempus ac valetudo patitur. Sin secus: ludus sit, in quo non omnia possit mera sors: sed ubi peritia casum corrigere valeat. IV. Quâ sponsione. Nec nulla sponsione; quia celerrimè exsatiat: nec ita magnâ, quæ ipsa lusione inquietet animum, & si vincaris, mordeat ac discruciet. Non est hic ludus, sed carnificina. V. Quemadmodum. Ut antequam ad ludendum adsideas, reputes te ad refocillandum animum venire, in cujus aleam conjicias pauculos nummos, hoc est, emas illis refectionem defatigationis: toto prorsum ludo sis comis, hilaris, facetus, jocosus, citra scurrilitatem & petulantiam: ne des significationem ullam fraudis, sordium, aut avaritiæ: in contentione ne sis pertinax; minimè omnium jurato; memor, rem illam totam (etiamsi meliorem causam habeas) non esse tanti, ut nomen Domini adferas in testimonium. Spectatores memineris esse velut judices ludi: si quid illi pronunciarunt, cedito; nullam edens notam improbationis. VI. Quamdiu ludendum. Quoad sentias animum revocatum jam, & reparatum ad laborem, & vocet hora ad negotium serium. Qui secus faxit: improbè factum videtur. Cæterùm de ista & aliis quæstionibus, ad ludi materiam pertinentibus, consulantur Didacus Covarruv. *in c. peccatum. part.* 2. *relict.* §. 4 *de reg. jur.* Paladorius *d. lib.* 2. *cap.* 7. Menochius *lib.* 2. *de arbitr. jud. quæst. cent.* 4. *cas.* 399. *& seqq.* Moria *in emporio jur. tit.* 2. *de aleatorib. quæst.* 1. *& seqq.* Kubachius *cent.* 1. *quæstion. illustr. decur.* 4. *q.* 6. *& seqq.* Ludovicus Carbo *in tractat. de omnium rer. restitut. quæst.* 37. *& aliquot seqq.* Martin. Bonacina *in tract. de contract. & restitut. disput.* 2. *quæst.* 3. *punct* 1. 2. *&* 3. *pag.* 192. *& seqq.* Joan Grivellus *decis. Senatus Dolani.* 57. *fol.* 174. *cum seq.* Besold. & Lindenspür. *d. loco* Franc. Petrarch. *lib.* 1. *de remed. utriusque fortunæ. dial.* 25. *cum sequentib.* Damhouder. *in praxi rerum criminal. cap.* 126. Farinac. *in prax. criminal. part.* 3. *quæst.* 109. *pag.* 631. *cum seqq.* & Berlichius *decis. aur.* 66. *pagin.* 217. *& seqq.* aliique ab his designati. Adde Doringium *in Bibliotheca jurisconsultorum. tom.* 1. *verb. alea. fol.* 1233. *& seqq.*

Mutui datio in quantitate consistit, hoc est, iis in rebus 59
omnibus, quæ pondere, numero & mensura constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numeratâ, ære, argento, auro, & similibus, *hoc principio. l.* 2. §. 1. *ff. de reb. credit. l.* 1. *&* 2. *ff. de obligat. & actionib.* Solæ enim illæ res functionem per solutionem recipiunt, id est, tantundem præstant, cùm pari pondere, numero, vel mensurâ in genere solvuntur, ac si in specie, seu (*ut Dialectici loquuntur*) in individuo restituerentur, *argum. l. certum.* 6. *in fine ff. de reb. creditis, &c.* Quâ de re latè, *post alios à se relatos*, Fachinæus *lib.* 2. *controvers. jur. cap.* 48. *Borcholt. in Commentar. ad tit ff. de reb credit. cap.* 4. *num* 1 *& seqq. Vultejus disceptation. Scholasticar cap.* 14 *Kitzel. in exeges. de obligat. mut. cap.* 5. *num* 5 *cum seqq. Ammon Disp. ff.* 11. *th.* 1. *Ant. Matth. Disp. ff.* 9. *th.* 2. *Jacob. Cramer. Disp. ad Instit* 16. *thes.* 3. *Hunnius lib.* 3. *var. resol. jur. civ. tract.* 3. *part.* 1. *quæst.* 3. *&* 4. *Althusius, de rebus fungibilib num.* 1. *& seqq.* In aliis verò rebus, putà fundis, ædibus, libris, vestibus, equis, ovibus, vasis, & cæteris, ubi ipsa corpora, non quantitas spectatur, mutuum locum habere nequit. Nam etsi res istæ numerari, vel etiam appendi, aut admensurari possint: quia tamen in genere suo functionem non recipiunt, ut ait Paulus *in d. l.* 2. §. 1. *ff. de reb. credit.* hoc est, altera alterius vicem non ita sustinet, non omnino illa ipsa, quæ data quidem, sed non consumpta est, esse censeatur; in mutuum minimè veniunt: siquidem aliud pro alio, invito creditori solvi non potest.
d. l. 2. § 1. *in fin. ff. eod.* Verbi gratiâ: cùm tibi admensuro 60
unum modium frumenti, eoque consumpto, tu mihi reddis alium modium frumenti ejusdem bonitatis: illum ipsum modium, quem tibi dederam, mihi restituisse videris. Non idem est, cùm tibi dedi equum, vel bovem, & tu reddis mihi alium. Frumentum etenim, non itidem equus aut bos, mutuam functionem in genere recipit: quoniam animal licet simile sit aliis animantibus in suo genere: tamen individua ipsa, specie, formâ, qualitate, probitate, usu plurimùm à sese invicem differunt: ut hic verum sit, quod vulgò dici solet: *nullum simile esse idem.* 61
Cùm autem ea sit natura mutui, ut idem omninò reddi debeat, neque aliud pro alio solvi invito creditori queat. *d. l.* 2. §. 1. *ff. d. tit.* evidens fit, quamobrem hæ res, pondere, numero, & mensurâ non constantes, in mutuum non cadant. Atque ita hoc explicant Vultejus *hic num.* 15. Kitzel. *d. cap* 5. *num.* 11. *cum seqq. &* Wesenbec. *in Paratitl. ff. de reb. credit. num.* 11. Ideoque haud admittenda est opinio Jacobi Cujacii *lib.* 11. *observat. cap.* 37. *prope finem.* ejusque asseclarum, nempe D. Boceri *class.* 2. *disputat.* 7. *thes.* 22. *edit.* 2. *pag.* 201. Justi Meieri *ad tit. ff. de reb. credit.* & aliorum quorundam, statuentium: etiam gregem ad numerum mutuò dari posse, ita ut tot reddantur capita, quod data sunt, *argument. l. quod sæpè.* 35. §. *in his.* 5. *cum* §. *seq. ff. de contrah. empt.* Etenim si maximè (*verbi gratiâ*) equi vel oves in pari numero restituerentur, & tot capita, quot data fuerunt, redderentur: manifesta tamen inde emergeret iniquitas: siquidem ejusmodi individua suis peculiaribus formis, propriisque qualitatibus, à sese invicem plurimùm differant, *ut paulo ante monitum*: atque idcirco ejusdem bonitatis (in qua semper mutuum est restituendum. *l. cùm quid.* 3. *ff. de rebus credit.*) ejusdemque pretii esse nequeant. Nec Cujacianam opinionem quicquam juvat textus *in d. l. quod sæpe.* 35. §. *in his.* 5. *juncto* §. *seq. ff. de contrah. empt.* Ibi namque Cajus Jureconsultus hoc tantum habuit propositum, ut doceret; periculum gregis ad numerum venditi, ita demum spectare ad emptorem, quando ipsi gregem venditor adnumeravit: sicut & venditio eorum, quæ pondere, numero, mensurave constant, non prius perfecta censetur, sic ut periculum emptoris sit, quàm si adpensa, adnumerata, vel admensa fuerint. *l.* 1. §. 1. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Licet ergo venditio

gregis, & venditio quantitatis in eo comparentur: non tamen in omnibus conveniunt: nec protinus, sicut quantitas, ita & corpus in mutui contractum deduci potest, *per notata Hunnii d.lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 3. pag. 85. cum seqq. & in resolut. ad Treutler. vol. 1. Disp. 18. quæst. 8. p. 1234. ubi dissentientis Cujacii, adeóq; etiam sequacium opinionem monstrosam esse dicit, & passim ab Interpretibus Juris explosam.* Hunnium refert & sequitur D. Martinus Rümelin. *in Disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 3. sub lit. d.*

62 De panibus, piscibus, carnibus, & ejus generis aliis rebus controvertitur: an mutuò dari possint; Et non posse, opinantur Accursius *in d. l. 2. §. 1. sup. verb. in creditum. ad finem. ff. de rebus cred. ibique illum secuti Jacob. Butrig. Reynar. & Bald. Azo in sua summa C. si cert. petat. num. 18. & novissimè Sebastianus Hornnold. tom. 2. repertor. in verb. mutuum pag. 917.* Sed rectius statuitur, etiam in istis rebus mutuum consistere; si panes certi ponderis mutuo dentur, ut ejusdem ponderis alii panes æque boni reddantur: vel si pisces ad certum dentur pondus, ut alii ejusdem ponderis bonitatisque pisces restituantur: vel denique si carnes in pondus dentur, eâ lege, ut carnes ejusdem ponderis & bonitatis reddantur. Etsi enim panes, pisces, carnes per se quantitates non sunt: attamen cùm ad certum pondus eâ lege dantur, ut ejusdem ponderis & bonitatis panes pisces & carnes restituantur: non amplius pro corporibus, sed pro quantitate hujusmodi res accipiuntur, *arg. l. quod sæpe. 35. §. in his quæ pondere. 5. & §. seq. ff. de contrah. empt. Bartol. Alexand. Angel. Salicet. Paul. Castrens. & alii in d. l. 2. ff. de reb. cred. Cujac. d. lib. 11. observat. cap. 37. circa finem Ricciard. in hoc princip. n. 176. pag. 146. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 4. num. 5. & part. 1. Disput. 2. de reb. credit. proposit. 7. pag. 144. & 199. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 7. thes. 22. lit. b. edit. 2. & in hoc princip. num. 109. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 4. num. 4. Forster. lib. 3. Disputat. 16. thes. 13. Treutler. vol. 1. Disput. 20. thes. 1. sub lit. F. ibique Bachov. Cramer. Disput. 16. thes. 3. ad fin. Stuck. part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 2. lit. d. pag. 377. Schickard. Disput. 12. ad Institut. thes. 3. sub lit. b. & resolut. quæst. 2. Hunnius in d. resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 18. quæst. 9. pag. 1234.*

63 Ambigitur quoque de eo, ecquid mutuum sit, si eosdem nummos, quos tibi mutuò dedi, cum postea iis non indigeres, mihi reddas? Quod licet negare videatur *Azo in d. sua summa C. si cert. pet. num. 16.* tamen id ipsum non sine evidenti ratione affirmat Accursius *in d. l. 2. in princ.*
64 *super verb. speciem. ff. de reb. cred.* Primùm enim accidentia substantiam vel naturam rei non immutant, *arg. l. generaliter. 24. § proinde. 15. ff. de fideicommiss. libert. Menoch.*
65 *cons. 35. n. 19. lib. 1.* Aut ex accidente hoc contingit, quòd iidem nummi redduntur, non ex mente contrahentium. Deinde uniuscujusque contractûs initium, non ejus implementum, est spectandum. *l. si procuratorem. 8. in princip. ff. mandat. l. si tantum 12. ff. ad senatusconsf. Maced. l. 1. §. id Pomponius. 13. & §. si servus. 30. in fin. ff. depos. l. si id, quod. 58. §. 2. ff. pro socio. l. 1. §. divus. 3. ff. ad legem Cornel. de sicar.* Ab initio autem id inter contrahentes actum censetur, ut rei dominium in accipientem transferatur, atque in genere quantitas restituatur: quoniam aliter ab initio mutuum contrahi nequit. *dict. l. 2. in princ. ibi, recepturi non eandem speciem, &c. ff. de reb. cred. & hic in verbis, non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ, &c.* Præterea favore debitoris hoc est receptum, ut nummis mutuò
66 datis uti posset, utque eosdem in genere redderet. Quare si vult, eosdem restituere poterit: cum his, quæ pro se introducta sunt, renunciare cuilibet liceat. *l. penult. C. de pact.* præsertim si hoc fiat sine præjudicio creditoris, *arg. l. pretii. 9. C. de rescind. vendit.*

67 Unde non obstat *d. l. 2. in princ. ff. de reb. cred.* ubi expressè dicitur, quòd non mutuum sit, sed commodatum, aut depositum, si pecunia sic data fuerit, ut eadem species reddatur. *Nam* libenter fatemur, & jam ante diximus, mutuum ab initio sic contrahi non posse, ut eadem res in specie reddatur, *hoc princip. nostro & d. l. 2.* sed tamen interim & hoc constanter asserimus, posse res mutuò ita datas, ut non ipsæ in specie, verum aliæ ejusdem generis præstentur, postea restitui in specie: cùm & aliàs in contractibus propositum & intentio contrahentium, ab initio contractûs inspiciatur; non verò, quid ex post-facto contingat. *d. l. si procuratorem. 8. in princip. ff. mandat. & similibus prææallegatis.* Nihil quoque officit, quòd illud servari debeat, 68
quod actum est. *l. 1. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de const. pecun.* Id autem actum sit inter eos, qui mutuum contraxere, ut non eadem res in specie, sed alia ejusdem generis restituatur. *Propositio* siquidem hujus argumenti non est accipienda de illis, quæ favore alicujus sunt constituta. Hæc quippe contra invitum servari non debent. *d. l. penultim. C. de pact.* At verò dubium non est ullum, quin in favorem debitoris hoc sit constitutum, ut rem non in specie, sed in genere restituat, *ut superius monitum.* Præterea etsi videatur eadem illa res, quæ data fuit: attamen re vera censeri eadem non debet, nec potest. Nam quod dabatur, creditoris erat: quod verò redditur, est mutuatarii debitoris: cum in eum rei datæ dominium sit translatum, *per hoc principium nostrum.* Et huic adstipulantur sententiæ *Donellus num. 5. Zasius num. 9. Viglius num. 10. ad l. 2. ff. de rebus creditis. Borcholt. hic num. 6. Mynsinger. num. 8. Ricciard. num. 179. pag. 147. Schneidewin. num. 12. D. Bocerus num. 31. pag. 161. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 8. num. 5. Arumæus Exercitat. Justin. 12. thes. 9. Treutler. Disputat. 20. thes. 1. lit. g. volum. 1. Rober. Disput. 14. thes. 2. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 23. Hænbnius disputat. 13. controvers. 6. Andr. Gerhard. Decad. 12. quæst. 8. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. cap. 6. num. 49. & seqq. Schickard. d. disputat. 12. thes. 3. lit. d. & resol. quæst. 7. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 7. p. 865. Ungepaur. exercit. Justin. 10. quæst. 5. pag. 385. ed. ult. Richter. in tract. de contractib. disput. 2. th. 2. ad lit. b. pag. 30. Locamer. quæst. juridicar. fascic. 35. quæst. 1. & Knipschild. d. exerc. Acad. 2. quæst. 17. pag. 69.*

Jam de modo dandi & accipiendi mutuum, dispiciendum est. 69
Is autem partim concernit substantiam, partim adjunctam qualitatem mutui. Modus qui mutui substantiam concernit, vel communis perhibetur, vel singularis. *l. singularia. 15. ff. de reb. cred. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 7. thes. 24. edit. 2. & in hoc principio num. 111. & seqq. pag. 160.* Communis mutuum dandi modus est: 70
cùm ipsa pecunia mutua ab ejus domino, ipsam suo nomine dante, rectà ad accipientem mutuatarium proficiscitur. *l. 2. §. creditum. 3. vers. item mutuum non potest. & §. seq. ff. de rebus credit.* Neque verò statim contrahitur mutuum, ubi pecunia à creditore proficiscitur ad debitorem: sed tunc demum, cùm eo animo pecuniam dat creditor, ut mutua fiat, & eâdem opinione debitor accipiat. Hinc cum alia contractûs opinione, quàm dati sunt, quis accipiat nummos: utputà, si ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu quasi mutuam accipias: neque mutuum, neque donatio erit, *auctore Ulpiano in l. si ego pecuniam. 18. in princ. ff. de reb. credit.* Cui legi non contraria est *l. cum in* 71
corpus. 36 ff. de acquir. rer. dom. ubi Julianus disertè respondit: pecuniæ dominium à me in te transire, cùm ex alia causa sive opinione pecuniam tibi do, & tu ex alia eam accipis. *Nam* licet, Ulpianum irreconciliabili inimicitia à Juliano dissentire eique verè adversari, putet Antonius Matthæus *disput. 9. Pandect. thes. 11. Contius lib. 1. disp. jur. civil. c. 9. ante finem.* & alii nonnulli: tamen rectius sentiunt illi, qui dissidium istud ex collatione legum componentes scribunt: Julianum *in dict. l. 36.* loqui de traditione, modo acquirendi dominii: Ulpianum vero *in d. l. 18.* loqui de contractu, modo acquirendæ obligationis: & si de traditione quæratur, an efficax sit, respondendum affirmativè, *dict. l. 36.* si de contractu, an teneat, negativè, *dict. l. 18. D. Gæddeus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. conclus. 2. num. 8. & 9. Vultejus in §. per traditionem. 40. num. 8. supr. de rer. divis. & acq. ips. domin.* ubi non solum nos *n. 23. & seq.* id latiùs exposuimus: verùm etiam plures Interpretes, diversimodè Ulpianum cum Juliano reconciliantes, citavimus. Quibus addendi sunt *Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. c. 2. Zasius & Costalius in d. l. si ego. 18. ff. de reb. credit. Borcholt. ibidem in suis Commentar. cap. 5. num. 7. Giphan. in dict. l. cum in corpus. 36. ff. de acquir.*

Digitized by Google

de acquir.rer.domin. Hilliger.in Donell.enucleat.lib.4.c.18. D.Besoldus d.tract.de mutuo.cap.5 num.1. Justus Reifenberger disp.5.juris civil. renovat.th.24.& Nicolaus de Passeribus a Genoa, in conciliat.leg.pag.231.& aliquot.seqq.edit. 3. ubi septendecim hujus antinomiæ conciliationes adducit.
72 Porrò prædictam conciliationem non recte intelligit D. Collega Bocerus, sicuti ex iis apparet, quæ scripsit hoc loco, *num. 35. pag.* 149. ubi admodum pueriliter monet, in mutuo quoque agi de acquirendo dominio. Quis enim unquam de hoc dubitavit, aut dubitare potuit, cui vel nomen mutui non fuit incognitum? *in fine principii, h. t. l.2.§. appellata.2. & §. in mutui.4. ff. de rebus credit.* Verùm hæc est mea mens; nullam esse pugnam *inter dictam l.18.& d.l.36.* illam siquidem exaudiendam esse de contractu; hanc verò de traditione, seu dominii translatione: adeoque hoc velle Jurisconsultos; quòd error vel dissensus in causa tradendi impediat quidem contractum, sed dominii translationem non item, quemadmodum pluribus docet Gœddeus *d. loco*, aliique supra allegati: quos si legisset D.Bocerus: proculdubio tam pueriles cogitationes de eorum conciliatione non habuisset. At magnam oportet esse hominis, confidentiam dicam, an arrogantiam; aliorum sententiam nec lectam nec intel-
73 lectam damnare non erubescentis. Cæterùm si decem dem, & paciscar, ut undecim reddas: non nascitur obligatio ultra decem, nec mutui, nec usurarum, nec etiam donationis nomine, *l. rogasti.11. §. 1. ff. de reb. credit.* Ratio, cur hoc casu obligatio ultra decem, mutui nomine non nascatur, est perspicua: quia mutuum contractus realis est, *hoc principio nostro*: ac proinde quatenus res non intervenit, eatenus mutui obligatio contrahi non potest. Effectus quippe non debet esse major sua causâ: cum potentior sit causa, quam causatum *Paul de Castro in d. l. 11. §. 1. num. 3.* Nummus itaque, qui superest, quasi creditus deberi nequit: quoniam numeratus non est. *l. si tibi decem.17. in princip. ff. de pact. l. cum ultra. 9. C. de non num. pecun.* Ratio autem, cur obligatio ultra decem non nascatur usurarum nomine, hæc est: quia usuræ pecuniæ creditæ ex pacto, etiam in continenti adjecto, non debentur. *l. quamvis.3.C.de usur. D.Besold. in delibat. jur. & lib. 22. ff. quæst. 2. pag. 55.*
74 *& seqq.* Ratio denique, cur donationis nomine ultra decem non oriatur obligatio, est multiplex; Tum quia non
75 hoc actum est, ut donaretur. Atqui donatio sine utriusque animo & voluntate non contrahitur. *d.l. si ego.18. ff. de reb. credit. l. si tibi 25. ff. de donation. l. in omnibus.*
76 *55. ff. de obligat. & actionib.* Tum quia alia conjectura potest capi, quàm donationis, nempe ut faciliùs impetraretur mutuum, *tradente Costalio ad d. l. 17. ff. de pact.* Tum postremò, quia pactum illud omninò non valet: propterea quòd non solum formam mutui destruat, *ut indicat Gœddeus d. Comment. de contrah. & committ.stipul. c.8.n.82.& seqq.* sed etiam quòd fiat in fraudem legis. *l. non dubium.5.C.de legib.* quæ pacto usuras deberi negat: ut, *post Donellum ad d. l. rogasti. 11. ff. de reb. credit.* docet Andr.Gerhardi *d. decad.12.quæst. ultim.* Adde D. Martinum Rumelin. *in disp.ad tit.1.lib.12.ff.de reb.cred.th.4.*
77 Singularis mutuum dandi modus est: si nummos meos tuo nomine, vel tuos, absente te, & ignorante, alicui tertio, putà Titio, dedero. Quâ mutui datione tibi, non mihi, directam certi condictionem acquiri, apparet *ex l.2.§.penult.vers.id enim tale.& l.certi 9.§.si nummos.8.ibiq; Donellus, & Phil. Matthæus ff.de reb.cred.* Quòd si tamen tu ejusmodi nomen sive contractum reprobes: ipsemet vel mandatis actionibus, vel cessante mandato, utili condictione certi ex mutuo adversus Titium mutuatarium experiri potero. *l.si absentis.4. C.si cert.petat. D. Bocer.d.class.2. Disput.7.thes.27.edit.2.* Iste autem modus ideo singularis dicitur: quòd secundum communis juris regulas, non omnis pecuniæ datio sive numeratio, sed ea duntaxat, quæ ex intentione contrahentium ad mutuum destinata est, obligationem mutui indicat. *l.non omnis.19.in pr.ff.de reb.cred.*
78 quodque per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bonâ fide nobis servit, dominium nobis non acquiratur. *§.ex his itaq; 5.sup.per quas person.cuiq; acquir.* quòd item is, qui alterius nomine contrahit, neque alii, neque sibi obligationem vel actionem acquirere possit. *l.quæcunque gerimus.11. ff.de obligat. & actionib. l.si ita stipulatus.126.§. Chrysogonus vers.per liberam person.ff.de verb.obligat. l. multum interest. 6. vers.si verò ab initio. C.si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, & c.l.si genero.26.ibi. nec sibi, cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure. C.de jure dot.* Quanquam non omnino insulse dicatur: in proposito casu nihil, quod ad constituendum mutuum exigitur, defuisse: sed utrumque ex parte tua, videlicet dominium & voluntatem intervenisse. Dominium quidem: 79
quoniam ego, qui pecuniam meam, non meo, sed tuo nomine Titio numeravi, eo ipso possessione ejus me abdicavi, eamque tibi acquisivi. *l. quod meo.18. in princip. ff. de acq. vel amitt.possess.* ac postea per possessionem, etiam dominium. *l.traditio.20.in fin.ff.de acquir.rer.domin.* Voluntatem verò: quia ut maximè possessio, vel quasi obligationis tibi, quamdiu absens fuisti & ignorasti, acquiri non potuerit. *l.ea, quæ civiliter. 53. ff. d.tit.* attamen ea tibi ita volenti acquisita fuit postmodum; ubi rescivisti, pecuniam tuo nomine Titio à me creditam esse; atque hoc ipsum creditum ratum habuisti, vel saltem non contradixisti: siquidem ratihabitio ad tempus contractûs retrotrahitur; adeò, ut à principio omnia ea, qui ratum habet, præsente ac mandante gesta esse intelligantur, *l.licet. 56.ff.de jud.l.si fundus.16. §.1 ff de pignor. & hypoth.l.ult. C.ad SC.Macedonian.l.donation.25.in fine.C.de donationib. inter vir. & uxor. Kitzel.in exeges.de oblig.mut.cap.6.num. 8. & seqq.*
Est & ille singularis mutuum dandi modus; si pecuniam 80
meam apud te deposuero, posteaque tibi roganti permisero, ut ea utaris ex causa mutui. Hac quippe specie, quantumvis non intervenerit vera traditio: nihilo tamen minus ista permissione & conventione pecunia, etiam antequam loco moveatur, fit mutua: proindeque periculum ejus ad te transit ab eo momento, quo ipsam mutuam impetrasti. *l.certi.9.§.ult.ibi, quasi mutua.ff de rebus credit.l.qui negotia.34.in princ.vers.nec huic simile.ff.mandati.* Simulatque enim usus illius pecuniæ tibi depositario fuit concessus, quamvis non attigeris, eam animo possidere cœpisti: dum hoc animo es, ut eandem pecuniam, jam ante penes te existentem non amplius ex depositi, sed mutui causa, affectuque dominantis obtineas: cujusmodi possessio, cùm in ea animus (dum pecuniam voluntate domini pro tua habere incipis) & corpus (dum eam & antea tenuisti, & adhuc tenes) concurrant, justa & legitima reputatur. *l.possideri.3. §.1.& l.quemadmodum.8. ff.de acq.vel amitt. possess. Knipschild.exercit.Acad.2.quæst.13.pag.65.& seq.*
Nec prædictis magnopere resistit *l.quod si.10.ff.de reb.* 81
credit. ubi pecunia initio deposita, non simplici deponentis permissu ac consensu mutua efficitur: sed eam insuper loco motam esse oportet. *Nam* recte respondetur; legem hanc esse exceptionem *dictæ l.9.§.ult.ff.eod.* ita nimirum, ut depositum quidem in ejusmodi casu, quo usus pecuniæ depositæ purè, sineque ulla conditione depositario roganti conceditur, statim in mutuum convertatur, etiamsi pecunia necdum à depositario loco mota & usurpata fuerit: secus vero res se habet, si deponens motu proprio permittat depositario: ut, si volet, pecunia deposita utatur. Tunc enim depositum non ante convertitur in mutuum, quàm depositarius pecuniam loco moveat, eaque uti incipiat: quoniam (*ut loquitur Ulpian in d.l.10.*) debitum in non est certum: hoc est, nondum liquidò constat, depositarium ista pecunia uti velle, ut ejus debitor constituatur. Atque ita *in causa hujus l.10.* usus pecuniæ depositario non roganti permittitur sub hac conditione, *si volet*: quæ conditio tamdiu obligationem mutui suspendit, donec depositarius pecuniam moverit, hocque ipso se pecuniam istam usurpare velle declaraverit. *arg.l.proinde.8.ff de reb.credit.* Siquidem voluisse haud dicitur, nisi qui facto aliquo suam voluntatem expressit, *argument. l. reprehendenda.5. C.de instit. & substit. Philipp. Matt.ad d.l.quod si.10.ff.de reb.credit. Kitzel.d.cap.6.num.14.& seq. D. Bocer.hic num.40.& seq.pag.150.*
Is quoque perhibetur maximè singularis mutuum dan- 82
di modus: si tibi, roganti mutuum, debitorem meum pecuniam mihi debitam dare jussero: vel, si inter nos conve-

venerit, ut pecuniam, quam ex causa mandati mihi debes, eam crediti nomine retineas, respondente Ulpiano
83 *in l. singularia. 15. ff. de rebus credit.* Sed huic è diametro repugnare videtur Africanus *in l. qui negotia. 34. in princip. ff. mandati.* ubi expressum est: pecunia Lucii Titii apud mandatarium ex negotiorum administratione existente, eaque ipsi postmodum credita sub usuris semissibus, eam creditam seu mutuam non fieri. Jacobus Cujacius *tract. 8. ad African. in d. l. 34. & lib. 8. observat. cap. 8. post Fulgosium & Molinæum*, censet; nullam esse quærendam rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum, eosque nullo pacto posse conciliari. Illos novissimè sequuntur Borcholt. *in Commentar. ad tit. ff. de rebus credit. cap. 5. num. 26.* Philippus Matthæus *ad d. l. singularia. 15. ff. eod.* Ant. Faber. *libr. 3. conjectur. jur. civil. cap. 19.* Georg. Frantzkius *exercitat. jurid. 9. quæst. 6. pag. 222. & Antonius Matthæus Disput. 9 pand. thes. 9.* Quibus additur Nicolaus de Passeribus a Genoa, *in conciliat. leg. par. mihi 205. & aliquot seqq.* ubi octodecim conciliationes affert: quas tamen omnes itidem
84 improbat, concludens. Ulpianum & Africanum revera hac in re à se invicem dissentire, nec ulla probabili ratione conciliari posse. Verum cum Justinianus Imp. nullam in jure antinomiam aut contrarietatem agnoscat, quæ subtili mente, & vera rationis indagine explicari nequeat. *l. 1. § sed et 8. & l. 2. § contrarium 15. C. de vet. jur. enucl.* alii Interpretes rectius existimant: Ulpianum de alia facti specie respondisse *in d. l. 15. ff. de reb. credit.* de alia item Africanum *in d. l. 34. ff. mandati.* Ulpianus namque loquitur agiturque utroque in casu suo de debitore præsente. Si debitor meus sit præsens, & ego eum jubeam tibi dare pecuniam: tunc mutuum contrahitur, & pecunia a debitore meo ad me, & rursus a me ad te profecta videtur: idque singulari jure & benignè receptum est, fictione quadam. Cum enim præsens sit debitor, facile potuit mihi dare pecuniam, & ego illam tibi: ac propterea hoc factum esse fingimus. Sic etiam convenit ut pecuniam, quam mihi ex causa mandati debes, crediti nomine retineas: ea pecunia mutua efficitur: quia cum præsens sis, facile mihi dare pecuniam potuisti, & ego illam tibi: ideoque hoc fingimus esse factum. Utimur fictione brevis (*ut aiunt*) manûs, cum per rerum naturam facile fieri potuerit, ut tu mihi, & ego vicissim tibi pecuniam darem. Africanus contra loquitur, agitque de debitore absente. Quo casu pecunia, ex causa mandati debita, non fit credita sive mutua: quoniam fictione brevis manûs hic uti non possumus. Neque enim per rerum naturam debitor absens mihi potest dare pecuniam, neque ego illam tibi dare possim. Quod vero in casu *dict. l. qui negotia. 34. ff. mandati*, debitor seu procurator fuerit absens, ex eo probatur; quòd dicitur emisisse epistolam ad creditorem, sive dominum, quâ significavit; certam summam ex administratione apud se esse. Atqui ejusmodi epistolam non emitti, nisi ad absentes, in confesso est. Et hanc tanquam omnium plurissimam verissimamque conciliationem adducunt Donellus *in d. l. singularia 16. ff. de reb. credit.* Kitzel. *in exeges. de obligat. mut. cap. 6. num. 30. D. Bocer. hic n. 42. cum seq. pag. 150.* Hunnius *Disput. 14. thes. 5. & lib. 3. var resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 6.* Tametsi alii aliam conciliandi rationem afferant. *Connan. lib. 7. Comm. jur. civ. c. 1. num. 9. Duarenus ad tit. C. si cert pet. c. 2. Corasius lib. 6. Miscellan. jur. cap. 16. Robert. lib. 2. sentent. jur. cap. 4. Pacius centur. 3. ἐναντιοφανῶν. q. 67. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 7. num. 12. cum seq. Keisenbergius d. disp. 1. juris civil. th. 23. & D. Rimel. d. disp. ad tit. 1. lib. 12.*
85 *ff. de reb. credit. th. 5. in fine.* Cæterum prædictæ solutioni non obstat, quod à dissentientibus regeritur: Africanum *in d. l. 34. ff. mandat.* negantem, pecuniam esse creditam, non ponere fundamentum in absentia debitoris, sed in pactione. *Borcholt. d. cap. 5. num. 15. pag. 265.* Nam eo ipso, quòd Africanus sese fundat in nuda pactione, quâ pecunia, ex causa mandati debita, non possit converti in pecuniam creditam, intelligitur se quoque fundare in absentia paciscentium. Siquidem pactio ideo erat nuda: quòd traditio nulla, ac ne ficta quidem, intervenerat: hoc verò idcirco; quia res inter absentes gerebatur, inter quos fingi traditio nullo modo poterat; ut ita absentia sit, maneatque potissima causa, cur in specie *dicta l. 34.* pecunia non fuerit facta credita. *Hunn. d. quæst. 6. vers. cæterum adducta, &c. pag. 864.*

Similiter non obstat, quòd Africanus ibidem speciem 86
illam, cùm tibi debitorem meum jubeo dare pecuniam, objiciens huic speciei, ut pecuniam ex causa mandati debitam, ex crediti causa retineas; & admittens in priori specie, pecuniam fieri creditam, in posteriori non item, nullam aliam diversitatis rationem, quam hanc, assignat: quòd in priori specie receptum sit benignè, ut pecunia sit credita; in posteriori verò non sit receptum: atque ita in absentia debitoris se minimè fundat. Hoc, *inquam*, non obstat. Quandoquidem respondetur: in priori ista specie benignè receptum esse, ut pecunia credita fiat: quia omnes paciscentes fuerunt coram & præsentes, inter quos ex benignitate & fictione brevis manus potuit pecunia facile in creditam converti: in posteriori autem casu pecuniam non fieri creditam: quia scilicet paciscentes fuerunt absentes; ut ita diversitatem illorum casuum præsentia & absentia duntaxat personarum manifeste pariat.

Præterea nihil movet in contrarium: quòd epistola in 87
jure nostro etiam pro cautione & chirographo accipiatur; idque præsenti quoque dari posse, non dubitetur. *l. emptor. 47. §. 1. ff. de pact. l. Titius. 24. ff. de pecun. constit. l. Titius. 34. ff. de pignorat. act.* Etenim verbum epistolæ in jure multoties significare chirographum, non quidem negatur: ast hoc fieri impropriè & abusivè omnibus notum est. A pro- 88
pria vero verbi significatione in dubio recedendum non est. *l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3.* Accedit, quód epistola dicitur ad dominum emissa *in d. l. qui negotia 34. in princip. ff. mandati.* Epistolam autem emittere non dicimur, nisi ad absentes. Eodemque facit, quòd Africanus ibidem ait, procuratorem illâ epistolâ significasse domino, penes se esse pecuniam. Atqui epistolâ significamus & notum facimus aliquid absentibus tantùm. Unde Cicero *lib. 1. Epist. ad Q. Fratrem*, proprium hoc epistolæ esse testatur, ut scribatur de rebus, quas quis ignorat. *Ita explicat D. Hunnius d. quæst. 6. circa finem.*

Porrò & ille mutuum dandi modus singulariter est re- 89
ceptus: si tibi mutuos roganti nummos, lancem vel massam auri argentive, aut aliam quamlibet speciem tradam, ut eam vendas, & nummis ex venditione redactis utaris, tuque eam vendas. *l. rogasti. 11. in princip. de reb. credit.* Lex etenim, celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultat: & me brevi manu pretium ab emptore accepisse, tibique illud credidisse, fingit, *argum. l. hæc ratio. 3. §. sed si debitorem. 12. ff. donat. inter vir. & uxor. l. licet. 43. §. 1. ff. de jure dot.* Nec huic reluctatur. *l. ro-* 90
gasti. 19. in princ. ff. de præscript. verb. ubi ex tali facti specie, quam mutuum inducere modo indicavimus, non condictionem certi, ex mutui contractu nascentem: sed actionem præscriptis verbis ex contractibus innominatis competentem, exoriri respondetur. *Nam* mutuum tunc contrahi censetur, certique condictione, tanquam ex mutuo, agitur; quando is, qui rem vendendam accepit, pretium recepit: idque ex proposita specie *in d. l. 11. ff. de reb. cred.* satis evincitur. Hoc enim actum est, ut rem venderes, & nummis acceptis uterceris: quoniam nisi acceperis, pecunia tibi mutua esse haud potuit: cùm non nisi accepta pecunia uti potueris. Sin autem is, qui rem accepit vendendam, eam nondum vendidit: aut vendidit quidem, sed pretium necdum exegit vel accepit: tunc nondum est mutuum: quia mutuum contractum dici nequit, nisi acceptâ à debitore pecunia: neque species in mutuum cedere potest. *l. 2. §. 1. ff. d. tit.* Ideoque præscriptis verbis hic actio creditori competit: quâ compellere eum accipientem valet, non tam ut actionem sibi adversus emptorem cedat, *arg. l. si socer. 44. §. 1. ff. solut. matrimon.* quam ut rem sive speciem, quam nondum vendidit, restituat; aut si vendidit, ut tum pecuniam ab emptore condictam vel id quod interest exigat, & in vicem speciei datæ sibi reddat: sicut, *post Zasium num. 4 & Alciatum num. 7.* id explicat *Philippus Matthæus ad d. l. rogasti. 11. in princip. ff. de reb. cred. Pacius cent. 3. ἐναντιοφανῶν quæst. 65. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 23. edit. 2.*

Rursus

Digitized by Google

91 Rursus non contrariatur *præallegata l. qui negotia. 34 in princip. versic. his argumentum esse. ff. mandat.* ubi Africanus tradit, pecuniam mutuam non fieri, si tibi, cùm mutuam pecuniam dare vellem, argentum vendendum dedero. *Etenim*, secundùm communem Dd. sententiam, respondetur: hanc legem de ejusmodi casu exaudiendam esse, quando quis mutuum petenti dedit agentum vendendum, non quidem eâ lege, ut accipiens pecuniâ inde redactâ protinus uteretur: sed ut danti prius illam afferret, ac postea illam ab eodem mutuam acciperet. Idque innuere videtur ipse textus his verbis: *cùm mutuam pecuniam dare vellet, &c.* Ergo nondum dedit. Non si quidem convenit expressè, ut accipiens rem vendendam, statim post rem venditam pecuniâ uteretur. Ast *in d. l. rogasti 11. in princ. ff. de reb. credit.* nominatim actum est, ut re venditâ, venditor pretio sive nummis inde redactis uteretur, adeo, ut isti nummi statim post venditionem mutui essent. *Accurs. in d. l. qui negotia. 34. §. 1. ad verb. nihilo magis. ff. mandat. Alciatus & alii in d. l. rogasti. 11. ff. de reb. credit.* Et ab hac solutione non omnino alienus videtur Donellus *ibidem*, & Kitzelius *in d. exegesi, de oblig. mut. c. 6. n. 20.* Deinde & hoc non incommodè dici poterit: Africanum negantem, pecuniam ex lance, vel argento mutui causa vendendo conflatam fieri mutuam, ad strictam juris rationem respexisse: quippe quæ non patitur, ut mutuum, quod re, hoc est, numeratione fieri debeat, nudâ pactione contrahatur. Neque etiam mutui naturæ quæ de meo tuum fieri vult, hoc convenit: ut accipientis pecunia fiat, quæ à mutuante ipsi tradita non est, *hoc pr. nostro. & d. l. 2. §. appellata. 2. ff. de reb. cred.* At verò Ulpianus fictione juris nititur: quasi is, qui mutuum rogavit, hoc casu censeatur pecuniam ex lance redactam brevi manu danti solvisse; ac eandem illico ab ipso recepisse. Mutuum igitur, quod jure stricto valere non poterat, Ulpianus ex benignâ juris ratione sive ex æquo & bono sustinet, propter singularia quædam creditæ pecuniæ præcepta. *d. l. singularia. 15. ff. eod. tit. Jul. Pac. d. cent. 3. quæst. 65. in fin. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 23. ad fin. Philipp. Matth. ad dictam l. 11. ff. de reb. cred. p. 114. Molin. in tract. de usur. quæst. 84. n. 658. p. 653. D. Besold. in tract. de mutuo. c. 7. n. 6. D. Rümelin. d. disp. ad tit. 1. l. 12. ff. de reb. cred. th. 6. lit. b. Knipschild. d. exerc. Acad. 2. q. 15. p. 67.* Atque istam geminam primâ facie pugnantium legum conciliationem, quantumvis divinationis vitio laborare putetur, malo calculo meo comprobare, quàm cum Cajacio *in d. tract. 8. ad African. ad d. l. qui negotia. 34. sub finem. ff. de reb. credit.* ejusque perpetuo asseclâ Borcholten *d. cap. 5. num. 28.* & Anton. Fabro *d. lib. 3. conjectur. cap. 29.* & nonnullis aliis asseverare, ab Ulpiano Africanum verè dissentire, *contra pronunciationem Divi Imp. Justiniani in d. l. §. nulla. 8. & d. l. 2. §. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucl.* Porrò magis divinatorias solutiones qui amat, adeat is D. Bocerum *hic num. 46.* inter verum & quasi mutuum inconsideratè distinguentem, & Hunnium, inter veritatem & fictionem juris distinctionem temerè fingentem. *d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 5. in fine.* itemque Nicolaum de Passeribus à Genoa *in d. concil. leg. pag. 223. & seqq. ubi septem conciliationes refert.*

92 Modus dandi & accipiendi mutuum, adjunctam mutui qualitatem concernens, hic est: quòd mutuum datur aliquando gratis, quandoque verò sub usuris. *l. lecta. 40. ff. de rebus credit.* (quam insignem legem, à paucis hactenus intellectam, omnium accuratissimè rectissimèque noviter explicuisse mihi videtur D. Rümelin. *d. disput. ad tit. lib. 1. 32. ff. de reb. credit. th. 12. & sex seqq.) l. debitor. 7. l. pecunia. 9. Gajus. 11. l. Seja. 12. l. cum quidam. 17. & l. etiam ex nudo. 30. ff. de usur. D. Bocer. d. class. disput. 7. thes. 31. edit. 2.* Suâ equidem naturâ mutuum, utpote ex

93 amicitia & familiaritate profectum, est gratuitum, *arg. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. usura pecuniæ. 121. ff. de verbor. significat.* Verùm stipulatione mutuo adjectâ effi-

94 ci potest, ut propter usum pecuniæ mutuæ licitas usuras mutuarius præstet. *l. quamvis. 3. C. de usur. l. idemq. 10. §. si quis Titio. 4. ff. mandat. l. Titius. 24. ff. de præscript. verb.* Idque receptum est ideo: non, quòd non sit contra naturam & essentialem proprietatem mutui, usuram mutuæ pecuniæ accipere: sed quòd tunc non tam ex mutuo usuræ numerentur, quàm ex stipulatione, cui causam solummodo præbuit mutuum, *docente Gœddeo in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 8. n. 83.* Planè si vinum, oleum, vel frumentum mutuò detur: ob incertum & inconstans frugum pretium, etiam ex nudo pactò usuras præstari, rescriptum extat. *l. frumenti. 12. ibiq. Gothofredus. l. si ea lege. 17. & l. oleo. 23. C. de usur.* Sed & si pecunia à civitate, vel argentariis alicui credatur: usuræ nudo pacto promissæ debentur. *d. l. etiam ex nudo. 30. ff. eod. Novell. 136. cap. 4.* ut & si trajectitia pecunia mutuetur. *l. periculi. 5. §. ultim. & l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fæn.* Aliàs verò nudum pactum mutuo, ut stricti juris negotio, etiam in continenti adjectum, ad actionem jure civili scripto inefficax esse, extra controversiam est. *d. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. rogasti. 11. §. si tibi dedero. ff. de reb. cred. D. Bocer. d. Disp. 7. th. 33. lit. e.*

Est & hic ejusdem generis dandi & accipiendi mutuum 95 modus, quo mutuum datur sive contrahitur vel purè, vel ad certum diem, vel sub conditione. *l. proinde. 8. & d. l. lecta. 50. ff. de reb. credit.* Sed quæri hic potest: an 96 mutuatus pecuniam purè, eam statim reposcenti creditori restituere compellatur? Et quamvis Accursius, Baldus & Angelus *ad l. si penam. 68. ff. de verb. oblig.* affirmative respondeant: ego tamen *cum Doctoribus suprà num. 17. citatis*, contrariam sententiam veriorem judico, adeoque existimo: tantum temporis inter pecuniam acceptam, & eam restituendam intervenire debere, quantum arbitrio judicis debitori, ad convertendam illam in utilitatem suam, sufficere possit. Hujus assertio- 97 nis ratio non obscura est: tum quia contractus idcirco sunt adinventi, ut exinde aliqua utilitas ad contrahentes redundare queat, *argum. l. si, ut certo. 5. §. 2. ff. commod.* Tum quia homines hominum beneficiis juvari oportet, 98 non decipi. *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. in fine ff. d. tit.* At si debitor cogi posset, ut pecuniam mutuò acceptam statim creditori restitueret, deciperetur potiùs, quàm juvaretur. *Idem quoq; cautum reperitur jure Provinciali renovato Würtemb. part. 2. tit. 1. §. Welcher dem andern, &c. pag. 236.*

Nec quicquam refragatur *l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. de* 99 *verb. oblig.* ubi hæc in verba Ulpianus respondit: *Quotiens in obligationibus dies non ponitur, præsenti die pecunia debetur.* Cum quo concordat Pomponius *in l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.* Nam summo quidem jure inspecto, statim debitor à creditore conveniri posse videtur, ut pecuniam acceptam restituat: verùm ut contra juris stricti regulas, multa pro communi utilitate sunt constituta, teste Juliano *in l. ita vulneratus. 51. §. ult. ff. ad leg. Aquil.* sic & in proposita specie communis utilitas & æquitas suadent, ut non statim debitor conveniatur: sed aliquod ei temporis intervallum relinquatur, quo pecuniam mutuo acceptam in necessarium usum erogare valeat. *Fachin. lib. 2. controv. jur. cap. 51.* Benigniùs quippe leges interpretandæ sunt, quo vo- 100 luntas earum conservetur *l. benigniùs. 18. ff. de leg.* Hinc licet & aliàs quodvis debitum purum, cui nulla dies vel conditio apposita est, præsenti die deberi & peti posse dicatur. *l. cedere diem 213. ff. de verb. significat.* nihilominus tamen debitori aliquid adhuc temporis ex æquitate indulgendum præcipitur, quo commodè solvere possit. *l. quod dicimus. 105. ff. de solutionib. & liberationib. l. si ita stipulatus. 14. cum l. seq. 15. l. existimo. 98. §. ult. l. continuus. 137. §. illud inspiciendum. 4. ff. de verb. obligat. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. c. 6. num. 47. Knipschildt. d. exercit. 2. quæst. 21. pag. 72. Richter. d. disp. 2. thes. 8 ad lit. a. pag. 44.*

Illud quoque in quæstionem non inconvenienter hoc 101 loco vocatur: utrùm in diem quod debetur, creditori invito ante diem rectè solvatur? Id quod non levibus rationibus moti negandum putant *Specul. tit. lib. 4. part. 3. tit. de emphyteusi. §. nunc aliqua. num. 44. Bald. in l. item illa. 18. ff. de constit. pecun. in lect. antiq. num. 1. & in addit. nov. ex lectur. antiq. idem, n. 2. ibi, nota quod creditor, &c. Æmilius Ferret. & Cujacius in l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verb. obligat. idem Cujac. lib. 23. observat. cap. 22. Borcholt. in tract. de verb. obligat. cap. 6. num. 33. & D. Collega Bocerus class. 2. Disputat. 7. thes. 35. edit. 2. & infrà ad princip. tit. quibus modis tollit. obligatio. num. 67. & multis*

Digitized by Google

multis ſeqq. pag. 535. & *ſeqq.* Verùm contraria affirmantium ſententia ut crebrioribus votis recepta; ita & veritati magis conſentanea eſt. Eaque inprimis nititur aperto textu *in l. ſtipulatio iſta, habere.* 38. §. *inter* 16. & *l. continuus.* 137. §. 2. *verſ. nam & quod. ff. de verb. obligat. l. quod certa.* 70. *ff. de ſolutionib.* & *l. quod quis.* 50. *ff. de obligat.* & *actionib.* in quibus ſcriptum eſt, quod certâ die promiſſum
102 eſt, vel ſtatim dari & ſolvi poſſe. Rectè autem jureque illud ſolvi poſſe dicitur, quod invito adverſario vel creditore, ſolvi poteſt, *argument. l. quod ſtipulatus.* 10. & *l. ſi quis ſtipulatus fuerit.* 57. §. 1. *ff. de ſolutionib.* & §. *ſi quis alii.* 4. *verſ. planè. infr. de inutilib. ſtipulat.* Nec prædictos textus enervat, quod quidam regerunt: ſæpius aliquem dici, poſſe etiam id, quod poteſt ita demum, ſi adverſarius velit & conſentiat. *l. reſcriptum.* 12. *in princip. ff. de diſtract. pignor. l. invitum.* 11. *C. de contrah. empt. l. nec emere.* 16. *C. de jure deliber. l. invito.* 69. *ff. de*
103 *reg. jur.* & *ſimilib.* Etenim non niſi impropriè dicitur, id quempiam poſſe, quod facere nequit, altero non conſentiente. Aſt propria ſignificatione verborum non aliter recedi oportet, quàm cùm manifeſtum eſt, hoc ſenſiſſe legislatorem. *l. non aliter.* 69. *in princ. ff. de legat.* 3.

104 Proinde pro noſtrâ aſſertione haud parùm facit, quod *in l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *inter.* 16. *ff. de verbor. obligation.* & *in d. l. quod certa.* 70. *ff. de ſolutionib.* traditur: in obligationibus in diem, totum medium tempus ad ſolvendum promiſſori liberum relinqui. Atqui liberum non eſſet debitori tempus ad ſolvendum, ſi ei non liceret ſolvere invito creditori, aut ſi creditor ſolutionem recuſare ante diem jure poſſet. Liberum quippe illud dicitur, quod eſt in poteſtate alicujus ita, ut facere, cum velit, poſſit. Nec quicquam movet, quod à diſſentientibus affertur: illud quoque dici alicui liberum eſſe, ſeu liberum relinqui, quod non ex facientis tantùm, ſed alterius etiam voluntate & conſenſu dependet: ut cùm dicimus, liberum eſſe adoleſcenti cum puellâ matrimonium contrahere: hic liberum
105 non eſt abſolutæ voluntatis. Neque enim adoleſcens, ſi puella nolit, matrimonium cum illâ contrahere poteſt: cum libera debeant eſſe matrimonia, *argument. l. Titia.* 134. *in fine principii. ff. de verbor. obligat.* Nihil, inquam, id movet: quia iſtud impropriè liberum dicitur: in quo ſignificatu verbum hoc *liberum*, Ulpianum *in d. l. ſtipulatio.* 33. §. *inter.* 16. *ff. eod.* & Celſum Jureconſultum *in d. l. quod certa.* 70. *ff. de ſolutionib.* accepiſſe, præſumi non debet, *arg. d. l. non aliter.* 69. *in princ. ff. de legat.* 3.

106 Tertiò huc confert *l. eum, qui Calendis.* 41. §. 1. *in fine. ff. de verbor. obligat. l. intra* 7. *ff. de re judicat. l. cùm tempus.* 17. *in fine. ff. de regul. jur.* & §. *omnis ſtipulatio.* 2. *verſ. quia totus. infr. de verbor. obligat.* in quibus locis diſertè cavetur, quod dici adjectio ſit pro reo ſive debitore, non pro ſtipulatore ſeu creditore. Si igitur dies pro debitore eſt; ei die uti licet, ſi velit: ſi nolit, eique videatur commodum ſtatim ſolvere, licet die non uti: ut ita nihil magis ei dies noceat, quàm ſi omnino adjectus non eſſet: quo caſu ſtatim etiam creditori invito ſolvi poſſe, certum eſt: adeò, ut illo recuſante accipere, ſi pecunia ſolenniter obſignetur, ipſo jure liberatio contingat. *l. obſignatione.* 9. *Cod. de ſolutionib.* Ac ſanè dies, qui pro debitore eſt, ipſi obeſſe minimè debet, *argum. leg. nulla.* 25. *ff. de legib.* ubi Modeſtinus perleganter hunc in modum reſpondit: *Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur: ut quæ ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveritatem.*

107 Quartò, huic ſententiæ robur addit: quòd cuique licitum eſt; beneficio pro ſe tantùm introducto renunciare, idque contemnere. *l. ſi judex.* 41. *ff de minorib.* 25. *an l. ſed & ſi.* 4. §. *quæſitum.* 4. *ff. ſi quis caution. in judic. ſiſtendi cauſ. fact. non obtemp. l. pactum.* 46. *ff. de pact. l. penult. Cod. eod.* Atqui verò dies beneficio debitoris ſeu promiſſoris tantùm in dubio adjectus intelligitur. *dict. l. eum, qui.* 41. §. 1. *in fin. ff. de verb. obl. d. l. cùm tempus.* 17. *ff. de reg. jur.* Ergo illi debitor renunciare, illumque contemnere: & conſequenter etiam ante diem creditori repugnanti ſolvere poterit

108 Quintò, accedit textus *in l. eum, qui rogatus.* 15. *ff. de annuis legat.* ubi dicitur, ſi dies non legatarii, ſed heredis causâ adjectus ſit: tunc ſi ante diem ſolverit heres legatum, ipſum liberatum cenſeri: cùm plus præſtiterit, quam debuerit. Sextò, ſuffragatur jus vetus Provinciale Würtembergicum, *part.* 2. *tit. Wie gelihen Geld und Gut gefordert und bezahlt werden ſoll. p.* 184. ubi hæc habentur verba: *So aber gewiſſe Zihl und Tag geſetzt, ſol der Leiher vor dem Zihl nicht fordern, aber der Schuldner mag vor dem Zihl wol zahlen, wann er will, welches auch der Leiher anzunemmen ſchuldig.* Quæ diſpoſitio cùm jure renovato Würtembergico ſpecialiter non ſit ſublata aut correcta: meritò ei etiamnum ſtandum erit. *l. præcipimus.* 32. §. *ult. Cod. de appellationibus.*

Poſtremò hanc defendunt, probantque ſententiam *Bartol. Jaſon Coraſ.* & *Duaren. in dict. l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *inter.* 16. *ff. de verb. oblig. Donell. in dict. l. eum, qui.* 41. §. 1. *n.* 47. & *ſeqq. ff. eod. Gaddeus ad l. ut ſi cui.* 12. §. *n.* 5. *ff. de verb. ſignif. Gomez. tom.* 2. *var. reſol. c.* 11. *n.* 22. *Anton. Faber. lib.* 1. *conjectur. jur. c.* 1. *Briſſon. lib.* 1. *de ſol pag.* 348. *Broncherſt. centur.* 2. ἐναντιοφανῶν. *aſſert.* 95. *edit.* 1. *Hackelman. Diſp. illuſt. theſ.* 9. *lit. b. Forſter. lib.* 3. *Diſp.* 19. *theſ.* 7. *Arumæus Exerc. Juſtin.* 16. *theſ.* 3. & *in Commentar. de morâ. cap.* 7. *num* 9. *Clud. de condict. indebit. cap.* 2. *num.* 8. *Plebſt. Diſputat.* 2. *de jure topico Ducatus Würtemberg. theſ.* 9. *Hunnius Diſputat.* 16. *theſ.* 31. & *libr.* 3. *variar. reſolut. jur. civ. tract.* 2. *quæſt.* 10. *pag.* 835. & *ſeq. Philipp. Decius in d. l. cùm tempus.* 17. *ff. de reg. jur. num.* 4. *verſ. idem eſt de quolibet*, &c. *Petr. Peck. lib.* 5. *de teſtam. conjug. c.* 28. *n.* 2. *Joan. Zanger. de except. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 218. & *ſeqq. Andr. Gerhard. decad.* 16. *quæſt.* 3. *Hilliger. in Donell. enucl. lib.* 16. *cap.* 11. *ad lit. c. Petrus de Bella Pertica in ſuis quæſtionibus.* & *deciſionibus aureis* & *ſingularib. quæſt.* 41. *Dn. Martin. Rümelin. Exercit.* 16. *ad Inſtit. th.* 8. *ſub lit. e. pag.* 151. *Riemer. decad.* 11. *quæſt. illuſtr.* 9. *Hænon. Diſput.* 17. *controverſ.* 24. *Wegner. Diſputat.* 13. *theſ.* 6. *ad lit. c. Matth. Stephan. cent.* 3. *quæſt.* 96. *lit. a. Petr. Aug. Morla part.* 1. *empor. jur. tit.* 8. *quæſt.* 21. *num.* 4. *aliique ab eo citati.* Atque hanc aſſertionem novè etiam tuetur, & Scabinorum Lipſienſium reſponſo corroborat Matthias Berlichius *deciſ. aur.* 153. *n.* 2. & *ſeqq. pag.* 587. *cum ſeqq.*

Huic ſtabilitæ deciſioni primò non adverſatur *l. ſi ſolutu-* 109
rus. 39. *verſ. quid enim, ſi inopportuno. ff. de ſolut.* ex quâ patet, oblationem & ſolutionem pecuniæ fieri debere opportuno loco & tempore. Opportuno autem tempore non ſolvitur debitum, ſi alio tempore, quàm quo dari debuit, ſicque ante diem adjectum ſolvatur vel offeratur. Non adverſatur, *inquam.* Quia minor propoſitio manifeſtè falſa eſt, nec ullâ lege probari poteſt: quinimò ex majori propoſitione hæc potiùs aſſumptio extrui debet: Aſt opportunum tempus eſt, licèt ante diem conſtitutam debitor ſolvat, *ut oſtenſum eſt ex d. l. eum. qui.* 41. §. *in fine ff. de verb. oblig.* & *ſimilibus præallegatis.*

Deinde non reſiſtit *l. creditor.* 102. *in princ. ff. de ſolut.* 110
ex qua tale ducunt argumentum: Si debitor alio tempore creditori invito poſſet ſolvere: periculum non debitoris eſſet, ſed creditoris, qui pecuniam ſibi oblatam accipere noluit. Creditoris vero non eſſe, ſed debitoris, liquet *ex d. l.* 102. *ff. eod.* Hoc, *inquam*, non reſiſtit: quoniam in ſpecie iſtius legis ideo periculum creditoris non eſſe reſpondetur: quia in opportuno tempore debitor ſolvere voluit: ac proinde creditor pecuniam oblatam, alio die, hoc eſt, ſibi magis opportuno, accepturus, juſta ex cauſa diſtulit. Quod ipſum exemplo tutoris planum & perſpicuum efficitur. Nec enim ita conſtringendus eſt creditor; ut ſi neceſſariis occupationibus diſtentus atque diſtrictus teneatur, iis omiſſis debitorem ſequi neceſſe habeat; ſed potius in alium ſibi magis convenientem & opportunum diem differre ſolutionem poterit: &, ſi interim depoſuerit debitor pecuniam (*qui videtur eſſe caſus dict. leg. cred.* 102.) ſuo, non creditoris, periculo deponet: cum nulla prorſus hic culpa creditori, qui neceſſariis negotiis impe-
ditus oblatum accipere non potuit, imputari queat. Ne- 111
ceſſitatem ſiquidem legi non ſubeſſe, tralatitium eſt, *argum. l.* 2. 3. & 4. *de in jus vocand. l.* 1. §. 1. *cum ibi notat. ff. de offic. conſul. l. alienationes.* 13. *ff. famil. erciſc. l. quæ propter neceſſitatem.* 162. *ibique Decius*, & *Cagnolus. ff. de reg. jur. latè Tiraquell. in tract. de retract. Lignagnier*, §. 26. *gloſſ.* 1. *num.* 19. & *ſequentibus.*

Sic

112 Sic quoque non refragatur *l.2.§.idem Julianum.7.&l.
is, qui certo.9.ff. de eo, quod certo loco. ubi is, qui certo
loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promi-
sit, solvere invito stipulatore potest. Ergo nec alio tem-
pore solvere poterit: cùm locus & tempus comparentur.
d. l. si soluturus.39.ff. de solutionibus. Nam respondetur:
rationem consequentiæ non sat firmam esse: propterea
quòd tempus solius promissoris, non etiam stipulatoris,
gratiâ adjiciatur. *d.l.cum qui.41.§.1.in fin.ff. de verbor.obli-
gat.d.l.cum tempus.17.in fin.ff.de reg jur.& similibus supra
adductis.* locus autem utriusque contrahentis gratiâ appo-
ni soleat. *d.l.2.in princ.ff.de eo, quod cert.loc.* Nec quic-
quam comparatio loci & temporis *in d.l.si soluturus.39.ff.
de solut.* officit, modò eam ratione importunitatis quis-
piam intellexerit, *docente Arumæo locis prææallegatis.*

113 Rursus nihil obstat *l. item illa.18. in princ.ff.de constit.
pecun.* ex qua evincitur: creditorem impune recusare pos-
se ante diem constituti debitam pecuniam accipere. *Ete-
nim* creditor ante diem constituti recusare solutionem po-
test: & nihilominus ei actio de constituta pecunia ad sol-
vendum competit si tempore constituti paratus sit accipe-
re; si scilicet res adhuc sit integra, id est, si promissa res ad-
huc extet. Nam & cæteri omnes creditores, quibus ex aliis
causis debetur, etsi maximè in accipiendo moram fecerint:
nihilominus tamen integras actiones suas retinent, quam-
diu res debita extabit. *argum.l.illud 17.ff de peric.& comm.
rei vend.* Itaque Jureconsultus *in d.l.18.ff.de const.pec* in-
dicans, actori non nocere, si promissum ante diem obla-
tum accipere recusavit, non simpliciter negat nocere: sed
negat nocere ad actionem constitutæ pecuniæ moven-
dam, rebus adhuc integris, si nimirum res promissa adhuc
extet. Unde haud obscurè arguit, aliis in rebus illi noce-
re, quòd ante diem accipere oblatum recusaverit. *Latè
Donell.ad d.l.cum.qui 41.§.1.n.49.ff.de verb.oblig.*

114 Præterea negotii facit nihil *textus in l.sed etsi ante.20.ff.
ad Senatusconf. Trebell.* ubi cum heres, qui ad diem rogatus
erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituat:
inde inferendum videtur, quòd nec debitor ante diem sol-
vendo, creditore invito, liberari queat. *Heres* enim, qui ad
diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur qui-
dem ante diem in fideicommissarium hereditatem trans-
ferre: si tamen eam sponte vult restituere, hoc potest face-
re in sui præjudicium, ut scilicet actiones, quæ heredi con-
tra hereditarios debitores competebant, in fideicommissa-
rium transferantur, *l post mortem.12.& ibi Castrens.Cod.
de fideicommissis. Bronch.d.cent.2.assert.95.ed.1 p.265.*

115 Tandem nostræ conclusioni nihil decerpit *l.qui Romæ.
122 in princ. ff.de verb.obligationib.* ubi traditur, quòd
debitor in diem, ante diem creditori invito non rectè sol-
vat. *Quandoquidem* in istâ lege dies fuit apposita in gra-
tiam creditoris seu stipulatoris: ac proinde ante diem ei
invito solvi nequit: quia utilitas temporis, contrahentium
conventione vel testamento illi semel concessa, invito au-
ferri non debet, *arg.l.si ita relictum.43.§.2.ff. de legat.2.
d.l. cum, qui.15.ff. de annuis legat. l.3.§.3.ff. de usuris.
Gerhard. d. decad.16. quæst.3. in fine.* Cæterùm in
dubio dies semper præsumitur adjectus in gratiam debi-
toris: ideoque is etiam prætmaturè & ante diem solvere
potest: cum cuilibet favori suo renunciare liceat, *d.l.cum,
qui.41.§.1. in fin. ff. de verb. obligat. d. l. cum tempus.
17.ff.de reg. jur.d.l. penult.Cod.de pact.Ant.Gomez.tom.1.
var.resol.cap.15.num.5.& tom.2.cap.11.num.22.huncque
cum aliis citans Petrus Aug.Morla d.part.1. emporii jur.tit.
8.quæst.21.num.4.& 5.*

116 Ex prædictis quilibet, qui non contentionis, quàm
veritatis, amantior est, fateri cogitur: veram esse illo-
rum sententiam, qui statuunt: etiam invito creditori an-
te diem solvi posse, quod in diem debetur. Verum cla-
riss. Dn. Collega Bocerus semel seductus, atque in erro-
neam opinionem adductus, ab ea pro more suo recedere
non vult. *infrà ad princ.d.tit.quib.mod.tollit.oblig.n.68.&
seqq.p.535.* Unde rationes & responsiones modò allatas
eludere conatur: sed frustra. Nam primò impingit in eo,
quòd putat, solum illum diem, in quem promissum est de-
bitum, esse tempus solvendi opportunum. At textus ab
ipso allegati hoc non docent: sed id saltem efficiunt, diem
illum, in quem promissum est debitum, esse tempus sol-
vendi opportunum: quod nemo unquam negavit. Sed
quòd ille solus dies sit tempus solvendi opportunum, ad-
eoque præcisè illo die facienda sit solutio, & ante illum
diem invito creditori solvi nequeat: hoc, *inquam*, nullo
jure cautum reperitur.

Deinde admodum debili argumento, pro corroboran- 117
da sua opinione, utitur: quando putat, eandem esse ratio-
nem solutionis faciendæ certo tempore: quæ est conditio
solutionis certo loco præstandæ: Namque ratio diversita-
tis patet ex iis, quæ in præcedentibus *dicta sunt ad num.
112.* Et licet Dominus Collega Bocerus opinetur: qua-
dam consideratione tempus etiam creditoris gratia ad-
jici dici: tamen id nullo jure comprobare potest. Etenim
legis, si soluturus. 39 ff.de solutionib. quam pro sua opinio-
ne adducit, longe alius est intellectus: sicuti pluribus os-
tendit Arumæus *in d. Comment.de mora.c.7.num 9.& d.
Exercitat. Justin.16.thes 3.* Tertiò, valde ridiculum & sua- 118
vem se præbet D. Bocerus, quando negat, veram esse pro-
positionem illam, quâ dicitur, posse quem etiam invito
alio, quod potest. Nam quando *in d.l.rescriptum.12.in pr.
ff.de distr.pign.* dicitur: creditorem à debitore pignus eme-
re posse: præsupponitur consensus utriusque, ita exigente
negotio, de quo ibi agitur, *arg.t.infr.de oblig.ex consens.* Et
antequam constet de voluntate debitoris, nondum posse
dicitur creditor. Idem etiam ad alterum exemplum, à D.
Bocero allatum, respondendum putamus. Itidem enim,
quando quis dicitur posse alteri donare, præsupponenda
est voluntas ejus, cui quis donare posse dicitur. Hac siqui-
dem deficiente, ei donari non potest. *l.hoc jure.17.§.non po-
test.2.ff.de donation.* Huc facit, quod non dicatur posse, qui
non potest solus. *Angel.consil.61.in fine.vers.nec obstat,&c.*
Idque latè declarat Dominic. Cardinal. Tusch. *tom.6. con- 119
clus.practic.lit.P.concl.460.num.17.& seqq.* Merito ergo
etiam non nisi impropriè posse dicetur, qui tantùm potest
altero volente ac consentiente; sicut, post alios, noviter
quoque sentit Hunnius *d.lib.3.variar.resolut.tractat.2.q.
10.p.836.* Quartò, putat Dn. Collega Bocerus, *ad princ.d. 120
tit.infr.quib.mod.tollit.obligat.num.82.& seq.pag.538.* me
sine ratione negare: propriè dici liberum, quod non ex
unius, sed alterius etiam arbitrio dependet. Verùm fa-
cilè obtinebo apud omnes Jurisconsultos: non nisi impro-
priè dici liberum, quod ab alterius voluntate dependet.
Id vel ex unico illo Impp. Diocletiani & Maximiani re-
scripto patebit, quod est *in l.sicut.5.C.de obligationib.&
actionib.* ubi negatur, esse liberum, quod non nisi consen-
tiente adversario fieri potest. Et quidni? Nam ipsum ver- 121
bum *libere* idem importat, quod importat, sine contractio-
ne, & è converso. *Alexand.consil.214.n.2.& seq.vers. pro
hoc etiam facit. lib.6.* Et lex concedens alicui aliquid fa-
ciendum *liberè*, intelligitur sine requisitione alterius. *Curt.
Junior consil.2.num.3.lib.1.* Verbum namque *liberè*, ex-
cludit omne onus. *Socin.consil.43.num.13.lib.4.* plenam-
que & omnem libertatem importat: ita, ut cesset omne
impedimentum, & non requiratur consensus ejus, cujus
aliàs deberet requiri. *Ruin.consil.219.num.3.lib.1.Roland.
à Valle consil.42.num.19.lib.1.* Hæcque in tantum proce-
dunt, quòd impropriaretur verbum *liberè*, si non impor-
taret libertatem absolutam. *Joan de Anan. consil.62.n.2.*
In quam rem plura adducit Dominicus Card. Tusch. *pract.
conclus.tom.5.lit.L.conclus.335.* Quæ cùm ita unanimi
consensu à Doctoribus nostris tradantur: quis non mi-
retur, solum Bocerum audere tam absonam & à verbo-
rum proprietate abhorrentem interpretationem afferre
dictorum textuum *in l.stipulatio ista.38.§. inter 16.ff.de
verb oblig.& l.quod certa.70.ff.de solutionib.* Quasi verò, 122
dum ibi dicunt Jurisconsulti, in obligationibus in diem
totum tempus medium promissori ad solvendum relin-
qui liberum: quasi, *inquam*, horum verborum nullus alius
sit sensus, quàm quòd medium illud tempus à creditoris
petitione liberum sit. Cur ergo addunt Jurisconsulti *in
dd.legib.* quod in diem debetur, vel statim solvi posse? De-
bitori igitur medium illud tempus ita liberum relin-
quitur, ut vel statim solvere possit, & quidem etiam
invito creditori. Alioquin quæ hæc esset libertas, quæ
ab alterius dependeret voluntate? Aut quis unquam de eo
dubi-

Digitized by Google

dubitasset, quin debitor volenti creditori ante diem solvere posset?

123 Tandem Dn. Collega Bocerus *in d. princip. infr. quib. mod. tollit. obligat. num. 92. pag.* 540. non recte accipit verba mea, quibus dixi *supra n.* 108. prædictæ sententiæ suffragari quoque jus vetus provinciale Würtenbergicum. Neque enim præcise argumentor a jure Würtembergico ad jus commune: cum sciam, hæc jura a se invicem interdum discrepare. Veruntamen cum in plerisque conveniant: utique verisimile est, quòd in proposito quoque consentiant: proindeque sicuti jure Würtembergico; ita & jure communi creditori etiam invito ante diem solvi queat. Nam contrarium jure communi dispositum esse: nullo solido satisque firmo fundamento ostendi potest. Ad reliqua, quæ contra fundamenta nostra, *supra n.* 102. & *seqq.* adducta, afferri solent, tum a D. B[illegible], tum Borcholten *prædictis locis*, solidè respondit Valentinus Riemer. *d. decad.* 11. *quæst.* 9.

124 Non omittenda hoc loco & illa quæstio est: si mutuam mihi pecuniam purè promittas, & eandem [illegible] meo sub conditione promittas alteri, an ego, pendente conditione pecuniam [illegible] a te petere possim? Et negative respondit Javolenus Jurisconsultus *in l. pecuniam.* 36 *ff. de reb. credit.* Cui non contradicit Paulus *in l. pure.* 5. *in princip. ff. de dolo mali & met. exc.* ex qua apparet, heredem, pendente conditione pecuniam, quæ defuncto purè debebatur, & quam defunctus tibi sub conditione legavit, petere posse: dummodo legati nomine caveat, si illud pro stiturum, si conditio extiterit. *Licendum* enim est, Javolenum diserte loqui de stipulatione conditionali: Paulum verò de legato conditionali: inter quæ magnam esse differentiam in propatulo est. Siquidem stipulatorem conditionalem, pendente conditione, creditorem esse [illegible] conditionalem, non item *l. 42. in princ. ff. de obl.* & *act. l. condit. cred.* 54. *ff. de verb. signif.* Quia de causa Javolenus *in d. l. pecuniam* 36. *ff. de reb. cred.* respondit, me, pendente adhuc conditione, [illegible] Attio [illegible] promissa est, pecuniam petere non posse: quia videlicet Attius jam creditor est, cujus pecunia jam debetur. Ast *in d. l. pure.* 5. *in princ. ff. de dol. mal. & met. except.* [illegible], pendente conditione sub qua pecunia est legata, [illegible] petit: quoniam legatarius creditor [illegible], [illegible] pecunia nondum debetur, sed legatarius [illegible] creditor, cujus pecunia [illegible] debebitur, [illegible] existit.

125

126 R[illegible] autem, est stipulator conditionalis, etiam pendente conditione, creditor fit. [illegible] qui stipulatio vires ex præsenti [illegible] *ff. de [illegible]*, hoc est, in stipulatione spectatur tempus, quo contrahitur. *l. si filiusfamilias.* 78 *in princ. ff. de [illegible]* 144. *in fin. ff. de R. I.* atque adeo existente conditione, stipulatio perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio est interposita, purè facta esset. *l. potior.* 11. §. 1. *ff. qui potior. in pignor. habeant.* Atqui si purè contracta fuisset stipulatio: stipulatorem statim ex illo tempore fuisse creditorem, non ambigitur. E contrario legatum vires accipit ex [illegible] conditionis eventu: hoc est, in legato spectatur tempus, quo conditio existit: proindeque existente conditione, legatum perinde habetur, ac si tunc primum purè relictum esset. Ex quo consequitur: pendente conditione, legatarium conditionalem non posse esse creditorem; ut id plane paulò declarat Borcholt. *in Commentar. ad tit. ff. de rebus credit. cap.* 6. *num.* 6. & *subsequentibus.* item Philippus Matthæus *ad d. l. pecuniam.* 36. *ff. de reb. credit.* hisque laudans D. Beroldus *in tract. de mutuo cap.* 7. *num.* 14. & *seq.*

127 Actio, ex mutui contractu quæ nascitur, vocatur certi condictio, *h[illegible] principio infra, in fine.* Appellatur quoque mutui actio, *l. naq. [illegible]* 5 *[illegible] non [illegible] longi temp. præscript.* item actio, si certum petatur. *l.* 1. *in princ. [illegible] triticar.* & actio pecuniæ creditæ. *l. [illegible]* 12. §. 1. *[illegible]* Cæterum de hac certi con-

128 dictione valde [illegible] Doctores. Eam enim plerique duplicem faciunt: alteram specialem, quæ ex solo mutui contractu, sive obligatione emergat: alteram generalem, quæ ex quibuslibet aliis contracti-

bus, ex quibus certum petitur, descendat, eorumque actiones in se [illegible]. *Accursius* & *Bartol. in rubric.* & *in l. certi condictio* 9. *ff. de reb. credit. si cert. pet. Speculator. in tit. de obligat.* & *solut.* §. *sequitur.* & c. [illegible] *Salicet.* & *Bald. ad Rubr. Cod. si cert. pet.* [illegible] *Cujacius in [illegible]* & *Schneidewin. hic num.* 31. & *idem ad* §. *sequens illa* 16 *num.* 7. *seqq. Vultejus num.* 13. *infra de actionibus. Fachin. lib.* 1. *controversiar. jur. cap.* 90. *vers. nec illa est prætermittenda,* & c. *Harprecht. part.* 3. *art.* 1. *Vacon. a Vacuna lib.* 3 *declarat* 47. *n.* 11. *Schück. ad Disput.* 12. *ad Instit. thes.* 3. *ad lit. c.* & *in resolut. q.* 10. Alii verò numero non pauci contendunt: unicam tantum, eamque generalem esse certi condictionem, ex omni causa, omnive contractu seu obligatione, in quâ certum peti potest, adeoque mutui etiam, ex quâ semper certum debetur, competentem. *Zasius, Jason,* & *Donellus in d. l. certi condictio* 9. *ff. de reb. credit. Oldendorp. class.* 4. *action* 17 *num.* 8. *pag.* 626. & *action.* 28. *pag* 746. *Mynsinger. hic num.* 19. *ad fin.* & *in d.* § *sequens* 16. *num.* 8. & *seqq. infr. de actionibus. Hegius hic num.* 36. *Rittershusius pag.* 407. *Nomin. n.* 42. & *seqq. Geddeus in comment. de contrah.* & *committ. stipul. c.* 11. *conclus.* 2. *num.* 9. *cum seqq. Phil. Matth. ad rubr. d. tit. ff. de reb. credit.* & c. *Gilkenius ad rubric. C. si cert. pet. n.* 7. *Hunnius lib.* 3. *var. resol. jur. civ. tract.* 3. *part.* 1. *quæst.* 20. *pag.* 890 *cum seq.* & *in resolut. ad Treutler. disp.* 18. *th.* 10. *lit. A quæst.* 4. *pag.* 12. *c.* & *seq. volum.* 1. *Duaren. ad tit. Cod. si cert. pet. tit. cap.* 6. *Kitzelius in exegesi de obligat. mut. cap.* [illegible] 26. & *seqq. D. Bocer. hic num.* 155. *cum seq.* & *class.* 2. *Disp.* 7. *thes. ult. lit. d. edit* 2. *Treutler. Disput.* 20. *thes.* 10. *volum.* 1. *Richter. d. disput.* 2. *th.* 10. *sub lit. a pag.* 49. & *Ant. Matth. Disp.* 9. *Pandect. th.* 8. Etsi autem inter utram- 129 que opinionem parum intersit in effectu, *ut monet Backovius in tract. de actionib. disp.* 4. *th.* 10. *lit. a. pag.* 130. *cum seq.* & *ad Treutler. d. disput.* 20. *th.* 10. *lit. A. cum quo laudatus Dn. Colega Bocerus d. tract. de mutuo. c.* 23. *num.* 1. atque adeò illa [illegible] controversia (cum hodie actionis nomen in libello exprimi non soleat, sed factum ipsum narretur; sicque actio in id, quod factum est, concipiatur. *c. dilecti.* 6. *ibiq. gloss.* & *Panormitan. ext. de judic. Vinnius Disput.* 6. *de process. judic. thes.* 11. *num.* 51. & *hac de re fusius disputavimus in tract. de process. judic. Decad.* 5. *conclus.* 2. *num.* 5. & *conclus.* 3. *n.* 6. de [illegible] capienda esse; ac proinde ejus decisio nullam, vel certè modicam utilitatem adferre videtur; ut, *post Alciatum* & *Viglium*, refert Philippus Matth. *ad d. Rubric. ff. de reb. credit. in fine,* & Schneidewinus *in d. prædicato*: quia tamen in Scholis, in quibus nos versamur; illa haud rarò ventilari & examinari consuevit, nos quoque exemplo aliorum quorundam Interpretum, eandem sub incudem (*quod ajunt*) revocabimus; eorumque sententiam, qui unicam duntaxat ac generalem certi condictionem statuunt, tanquam veriorem, rationibus non levibus fulciti, defendemus. Nam 130 præterquam, quòd in universo jure (sine cujus auctoritate nihil [illegible] andum, *l. nam merito.* 19. *c. [illegible] bus quidem. Cod. de collationibus. Novell* 18. *cap.* 5.) non duarum vel plurium, sed unius semper condictionis certi fit mentio, & semper numero singulari, non plurali: id etiam evidentissime relucet ex *d. l. certi* 9 *in princ. ff. de reb. credit.* ubi cum Ulpianus dicit, ex omni causa, & omni contractu, quo certum petitur, certi condictionem competere: satis perspicue arguit, eam quoque dari ex mutuo. Qui enim dicit omne: nihil excludere 131 censetur, *argument. l. metum.* §. 1. *ff. quod met. caus. l. de pretio.* 8. *ff. de [illegible]* 68. *in princip. ff. de legat.* 3. Quinimò hanc ipsam certi condictionem, quamm *principio dictæ l.* 9. *ff. de reb. credit.* generaliter ex quavis obligatione competere dixerat Ulpianus, idque in §. 1. 2. & 3. exemplis quibusdam declaraverat; ad mutuum eorum idem Jurisconsultus diserte accommodat. §. 4. 5. 8. & 9. *ejusdem legis* 9 ut sic specialis certi condictio, si quæ esset, nullum prorsus effectum haberet. Præterea idem Ulpianus *in l. si quis certum.* 24. *ff. eod. t.* hanc condictionem certi, quæ datur ex obligatione mutui, ex verborum etiam obligatione, si ex certum petatur, nasci manifestè respondet: quod rursus unitatem istius actionis luculenter ostendit. Sed & 132 nunquam

Digitized by Google

nunquam genus in speciem transit, retento generis nomine: nisi appareat de eius generis specie, aliquid, amplius, quam in genere est, assumente; *sicuti docet Geddeus d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 11. conclus. 2.*
133 *num. 13.* Denique diversitas & identitas actionum ex medio concludendi, sive causa petendi, cognoscitur, *arg. l. non debet. 11. in fin. ibi, ut bonæ fidei. ff de dol. mal. & c. l. literæ. 3. ubi Ant. de Butr. ext. de dilationib.* Atqui unum idemque medium concludendi est in quavis certi condictione, nempe quia certum. Ergo una quoque, nec diversa certi condictio dici aut existimari potest. Neque est, quòd quis regerat, expressionem mutui, per certi condictionem petiti, peculiarem actionis qualitatem inducere, siquidem rem potius expressio ista demonstret, & quid in judicio petatur, manifestum faciat. Et sane si causa, ex qua, & ob quam certum dari fierive petitur, specialem quandam certi condictionem argueret: non profectò una specialis certi condictio, & quidem tantùm ex mutuo foret, *ut dissentientes volunt:* sed tot essent condictiones speciales, quot sunt debendi diversæ causæ, ex quibus certi condictio competit; videlicet ex stipulatione, ex indebito, ex commodato, pignore, deposito, &c. *l. si quis. 4 § penult. & ult. d l. certi. 9 in princ. & §. 1. 2. 3. 4. 5. d. l. si quis certum. 24 ff. de reb. cred. initio tit instr. de verb. obligat. §. appellamus. 15 instr. de actionib. l. actionum. 25. ff. de obligat. & act.*

134 Assertionem nostram, prædictis rationibus munitam, non infringit Justinianus, dum in fine hujus principii ait: ex contractu mutui nasci actionem, quæ certi condictio vocatur: adeòque innuere videtur, condictionem certi, ex obligatione mutui orientem, non esse generalem, sive talem, qualis descendit ex aliis obligationibus: sed potius esse specialem, & propriam soli mutuo convenientem. *Nam* ex isto Justiniani pronunciato minimè consequitur: unam certi condictionem esse specialem, soli mutuo accommodatam; alteram generalem, ex quovis alio contractu paratam. Hoc enim si inde colligeretur: pari ratione per principium *tit. instr. de verb. obligat.* illud efficere liceret: ex stipulatione specialem certi condictionem nasci. Ita siquidem illic Justinianus loquitur: *Ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quàm ex stipulatu, si incerta sit.* Ast hanc collectionem cùm nec ipsimet Interpretes, contrarium sentientes, admittant, *d. l. si quis certum. 24. ff. de reb. credit.* utique nec priorem ex hoc, in quo explicando adhuc immoramur, principio desumptam, nobis invitis obtrudere poterunt. *Gædd. d. c. 11. num. 16. Kniпschildt d. exercit. Acad. 2. quæst. 28. pag. 87.*

135 Similiter non infirmat opinionem nostram textus *in l. 1. in princ ff. de condict. tritic.* ubi cùm ipse Ulpianus condictionem, si certum petatur, à generali condictione triticiaria secernat; consequens esse putatur, condictionem certi aliam esse specialem, ex sola mutui obligatione ortam; & aliam generalem, ex omni alio contractu, & ob rem omnem aliam competentem. *Hæc namq;* consequentia ex antecedente neutiquam elicitur: quandoquidem *in ista l. 1.* haud opponitur una certi condictio alteri certi condictioni; ac si illa sit specialis, hæc generalis: sed certi condictioni opponitur condictio incerti, quæ triticiaria appellatur: idque ex verbis textus satis clarescit, dum in eo condictio, si certum petatur, dicitur competere petenti pecuniâ certam: condictio verò triticiaria tribuitur ei, qui alias res petit. *Kitzel. d. c. 7. de oblig. mutui. n. 33. & seq. Adde D. Besoldum. d. tract. de mut. cap. 13. num. 2. ubi istam leg. 1. explicat paulo fusius.*

136 Nihil quoque nostræ conclusioni officit: quòd effectum suæ causæ commensurari: sive respondere; ac propterea mutuum ceu contractum specialem, non nisi condictionem specialem parere oporteat. *Etenim* illud ad potentiam causæ, & effectus refertur, non ad causæ & effecti adjuncta vel subjecta, quæ se aliter atque aliter habere possunt. Hanc autem, ut obligationis, ita condictionis certi & incerti differentiam ex subjecto esse palam est. Sed & hoc negari vix, ac ne vix quidem poterit: regulam illam, qua effectus causæ respondere, atque hinc contractus singularis actionem singularem seu specialem producere dicitur, usquequaque ac perpetuo veram non esse: cujus argumentũ vel bonorum possessio luculentũ præbere potest: quæ licet ex jure Prætorio suam ducat originem; nihilominus tamen transmissionem ex jure civili descendentem operatur; *sicut probat Phil. Matthæus ad d. Rubr. ff. de reb. cred. ad fin. arg. l. illud notandum. 4. §. ult. ff. de bonor. possess. contra tabul.*

Nihil item obstat, quòd eodem modo contrahatur mu- 137
tuum, quo indebitum, *ut patet ex hoc initio & §. 1. hujus tit.* Indebitum verò propriam & peculiarem actionem habeat, nempe condictionem indebiti. *d. §. 1. hoc tit. ff. de condict. indebit.* Proindeque mutuum quoque propriam actionem, videlicet certi condictionem specialem habere debeat. Nihil, *inquam*, illud obstat. Si enim indebitum certum est, eadem competit condictio, quæ ex mutuo, ex numerata pecunia, & ex omni alia certi causa: si incertum, condictioni incerti æque generali locus est: eaque condictio, quæ ex indebito est, tantum denominationem a causa, ex qua datur, assumit: & præter communem formam nihil habet amplius. Sicut ergo numero una eademque hæc est, cum qualibet aliâ certi condictione: ita etiam illa, quæ ex mutuo datur. Adde, quòd indebitum propriè non est mutuum: imò vix instar mutui. *d. §. 1. hoc tit.* Ideoque à separatis petenda consequentia non erit. *l. Papinianus 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff de verb. oblig. Gædd. d. cap. 11. de contrah. & committ. stipulat. n. 18. & seq.*

Denique nihil decerpit conclusioni nostræ, quòd pro- 138
visio generalis non excludat specialem. *l. sanctio legum. 41. ff. de pœnis.* ac propterea nec generalis condictio certi, ex mutui contractu competens, excludat specialem certi condictionem. *Etenim* si priùs certo constaret, aliquam esse specialem certi condictionem: non sanè generalis excluderet specialem. Atqui incertum adhuc est & dubium, annè sit aliqua condictio certi specialis, necnè: & dum hoc a dissentientibus, tanquam certum, præsupponitur; manifestè principium petitur: uti docet D. Hunnius *d. lib. 3. tract. 3. part. 1. quæst. 20. in fine. & d. resol. ad Treutler. Disp. 18. vol. 1. qu. 40 p. 1262. vers. ad quintum respon. &c.*

Porrò certi condictione sive mutui actione mutuatarius 139
conventus, rem creditam in eodem genere, eâdemque bonitate & qualitate, quamvis id nominatim cautum non sit, mutuanti restituere cogitur, *in princip. nostro. l. 2. in princip. & §. 1. & l. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & actionib. l. eum, à quo. 16. C. de solut. & liberat. Fürstl. Würtemb. Ernewert Landrecht. part. 2. tit. 1. pag.*
236. §. Und zwar soll &c. Unde non licet debitori rem 140
deteriorem, quæ ex eodem genere sit, creditori reddere: veluti vinum novum nondum defæcatum pro vetere vino. *d. l. 3. ff. de reb. credit.* Si igitur non licet reddere aliquid deterius: quæri haud ineptè solet: an liceat invito creditori reddere melius, quàm id, quod datum est, putà vinum vetus, pro novo nondum defæcato? Et quamvis, *post Joannem, antiquum glossatorem,* negativam amplecti videatur D. Vultejus *hic num. 18.* affirmativam tamen sententiam, quæ communis perhibetur, non sine ratione defendit Joannes Corasius *lib. 3. miscell. jur. civ. c. 12. num. 6.* eumque referens Dn. Collega Bocerus *hic num. 39. pag. 162.* Etenim quod melius est, id quoque sine controversia bonum est. *l. ubi autem non apparet. 75. §. usque adeo. 2. ff. de verbor. obligat.* & res, quæ pluris est, utique & tanti est. *l. cum furti. 9. ff. de in lit jurand.* & liberatur debitor rem præstando meliorem, *arg. l. penult. ff. si ex noxali*
caus. agat. Neque obstat, quòd aliud pro alio invito cre- 141
ditori solvi nequeat. *d. l. 2. ff. de reb. credit.* Nam qui sol- 142
vit, quod melius est, in genere eodem, non solvit aliud pro alio: cùm ei, quod melius est, bonum insit: ut minor numerus majori inesse dicitur. *l. 1. § si stipulanti. 4. ff. de verbor. obligat.* Et licèt deterius videatur, quod invito creditori solvitur, quamvis melius sit: attamen illa unius & solius creditoris opinio veritati cedere debet, *arg. §. si quis rem suam. 11. suprà de legat.* Eodem non parùm confert textus *in §. si quis agens. 33. circa finem. ibi, quin etiam licèt vilissimum sit, & c. instr. de actionib.* ubi traditur, quòd promissori sæpe facilius sit solvere, quod est pretii ma-
joris, quàm quod est minoris pretii. Cùm igitur jura 143
debitoribus sint favorabilia in dissolvendâ obligatione. *l. Arria-*

l. Arrianus. 47. *ff. de obligat. & action. l. favorabiliores.* 125. *ff. de reg. jur.* permittendum certè erit debitori, ut solvere etiam possit, quod melius est eo, quod debetur: dummodo sit ejusdem, non diversi generis. Si tamen credito-
144 ris affectio probabilis, & utilitas major spectetur in novo, quàm veteri vino: compelli non poterit accipere vetus vinum pro novo: ut si fortè mercator si creditor, & vinum novum in aliam provinciam vendendi causa exportare velit: cùm utiliùs transducatur novum, quàm vetus vinum: siquidem vetus corrumpatur facilius, & novum duret longiùs: uti, *post Corasium d. lib. 3. miscell. cap.* 12.
145 *n.* 7. explicat D. Bocerus *hic num.* 144. Enimverò conventione sive pacto effici posse, ut pro mutuo vino veteri, proxima vindemiâ vinum novum, putà mustum reddatur, plerique tradiderunt, *Christophorus Castilioneus, hunc citans Jason. in repetit. dictæ l. cum quid.* 3 *ff. de reb. credit. n.* 21. *Bartol. Castrens. Decius & Alciatus ibidem n.* 4. *Fredericus Scotus Comes in d. l.* 2. *§.* 1. *n.* 198 *ff. eod. his* [illegible] *Facbinæus lib.* 2. *controvers. jur. c.* 69. *D. Bocer. hic num.* 145. *pag.* 163. *& Dn. Besold. in tract. de mutuo. cap.* 8. *n.* 1. 2. *&* 3.
146 Sed & magna Doctorum pugna est ac dissensio: num totum, quod mutuo datum est, reddi debeat: an verò debitor partem debiti, etiam invito creditori, solvere queat? Et quòd invito creditori debitor per partes solvere debitum possit, opinantur *Fulgosius n.* 4. *Decius n.* 6. *& Alciatus n.* 8. *in l. quidam existimaverunt.* 21. *ff. de reb. credit. Corasius in l.* 2. *§.* 1. *num.* 1. *ff. de verbor. oblig. Molinæus in tract. de dividuis & individ. n.* 13. *&* 77 *part.* 2 *& Hunnius Disp.* 14 *ad Instit. thes.* 13. *item lib.* 3. *var. resol. jur. civ. tr.* 3. *part.* 1. *quæst.* 11 *pag.* 874 *& seqq. itemq; iisdem pene verbis in resol. Disput. Treutler.* 18 *th.* 11. *lit. d. quæst.* 42. *vol.* 1. *pag.* 1264 *nec non Disp.* 29. *th.* 2. *lit. b. vol.* 2. At contraria sententia, quòd minorem creditor regulariter debiti partem accipere haud compellatur, non solùm juris veritati magis est consentanea: sed & frequentioribus Interpretum præclarissimorum suffragiis recepta. Eam siquidem tenent & sequuntur *Bartol.* [illegible], *Emanuel à Costa. Petrus Costalius, Zasius, Philipp. Matthæus & Donellus in d. l. quidam existimaverunt.* 21. *ff. de reb. credit. Petrus à Duenas regula jur.* 158. [illegible] *p.* 112 *Duarenus in d. l.* 2. *§.* 1. *circa fin. ff. de verb. oblig.* [illegible] *n.* 5. *Petrus de Bella Pertica in* [illegible] *&* [illegible] *q.* 39. *Hotoman.* [illegible] 22. [illegible] *tom.* 2 [illegible] *c.* 10. *rubr. de individuis n.* 5. *ibidemq; Eman. Soarez. lit. d. Barnab. Brissonius de solut. n.* 32 [illegible] 146. *Negusantius in tract. de pignor.* [illegible] 2. *parte* [illegible] *principal. n.* 17. *pag.* 460. *Gail. lib.* 2 [illegible] 19. *n.* 7. [illegible] 1. [illegible] *assert.* 53. [illegible] *num.* 32. *n.* 9. *ff. de verb. signif. & in Comment. de contrah. & commit. stipulat. cap.* 6 *num.* 265. *& cap.* 12 *num* 3 [illegible] 6. [illegible] *interpret. cap.* 16. *Zanger. in tr. de except. part.* 3. *cap.* 2. *num.* 3. *&* 4. *Vulteius. lib.* 1. *Jurispr. Rom. cap.* 53. *num.* 81. *Fachin. lib.* 10. *controvers. jur. cap.* 59. *Tiraquell. de retract. convent. §.* 4. *gl.* 4. *n.* 1. *pag.* 432. *Johannes de Amicis consil.* 55. *incip. in causa executionis. num.* 18. *pag.* 45. *Alexand. Tartagnus Imolens. consil.* 88. [illegible] *diligenter. num.* 18. *pag.* 61. *lib.* 6. *Treutler. Disput.* 20. *thes.* 11. *ad lit. a. vol.* 1. *ibique Bachov. in suis not. p.* 770. *& idem fusius in not. & animadvers. ad eundem Treutler. vol.* 2. *disput.* 29. *th.* 2. *lit. B. pag.* 991 *cum seqq. Herman Gohausen in* [illegible] *informat. disputat. ultim. pag.* 292. *Riemer. decad.* 11. *quæst. illustr.* 8. *Hackelman. illustr. disputat.* 9. *thes.* 9. *lit. C. Forster. lib.* 2. *disput.* 19. *thes.* 6. *Pacius centur.* 3. [illegible] *quæst.* 71. *Borcholt in Commentar. ad t. ff. de reb. cred. cap.* 7. *num.* 22. *& in tractat. de verbor. obligat. cap.* 2. *num* 12. *& seqq item part.* 1. *Disp.* 3. *de reb. cred. proposit.* 12. *pag.* 221. [illegible] *exercitat. Justin.* 16. *thes.* 2 *& in tractat. de* [illegible] 7. *num.* 8. *Alemannus consult.* 8. *de jure* [illegible] *princip.* 12. *pag.* 861. *Petr. Aug. Morla part.* 1. *empor. jur. tit.* 8. *quæst.* 8. *Paulus Berens Disputat.* 12. *thim.* 3. *quæst.* 8. *& nove Schwardus Disput. ad Instit.* 12. *thes.* 3. *lit. e. & in resolut. quæst.* 9.
147 Itaque primò evidenter probatur *per l. tutor.* 41. *§. Lucius Titius.* 1. *ff. de usur.* ubi Modestinus consultus, an Lucius Titius, cùm centum & usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam, quàm debebat, obsignando, ab illius, quam obsignavit, pecuniæ usuris liberetur: negativè hunc in modum respondit: *si non hac lege* (id est, pacto) *mutua pecunia data est, ut liceret & particulatim, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum præstationem; si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.* Quo sanè responso clarissime demonstra- 148
tur: debitorem totum, quod mutuò accepit, solvere teneri: nec creditorem invitum, ut partem accipiat, cogi posse. Et quanquam contra hoc fundamentum *dicti §. Lucius.* contrariæ sententiæ Auctores excipiunt, respondentque: in eo agi de usura, quæ pœnæ similis est: pœnam autem facere stipulationem individuam. *l. stipulationum.* 5. *§. si sortem.* 4. *ff. de verb. obligat.* ac propterea partis solutionem non admitti: tamen non ineptè replicatur, responsionem isthanc satis frigidam videri, hac ratione: quòd si debitor solutione partis liberaretur invito creditore, usuræ totius summæ non deberentur. Et quod de comparatione sive similitudine pœnæ ac usuræ adfertur; vanum est: quia quod attinet *ad d. l.* 5. *§. si sortem.* ratio illius non in eo consistit, quòd de pœnâ agatur; sed in eo, quòd aliter fieri non possit sine injuriâ stipulatoris: *ut in calce ejusdem §. disertè subjicitur. Fachin. d. lib.* 10. *cap.* 59. *in fine.*

Secundò à nostra assertione non est alienus Ulpianus 149
in l. Julianus. 13. *§. offerri.* 8. *ff. de action. empt.* dum ait, offerendum esse pretium ab emptore, cùm ex empto agitur: & ideo pretii parte oblatâ, actioni ex empto necdum esse locum: quippe quòd venditor, ad integram usque solutionem, rem venditam, quasi pignus retinere possit. Duplici hic, eoque fortissimo utitur JC. argumento: priore à causa ad effectum; posteriore verò à pignore ad rem venditam ducto; ostendens, totalem pretii oblationem progignere actionem ex empto; ac proinde illâ sublatâ, ipsam quoque actionem tolli. Posterius 150
à pignore, tanquam à simili sumptum, priori multum addit roboris. Siquidem actio pigneratitia non antè sortitur locum, quàm omnis pecunia debita soluta, aut eo nomine satisfactum est. *l. si rem* 9. *§. omnis.* 3. *& §. ult. l. quod si.* 10. *l. solutum.* 11. *in princ. l. eleganter.* 24. *§.* 1. *& l. si pecuniam.* 34. *ff. de pigner. act. cet. l. qui pignori.* 19. *ff. de pignoribus & l.* 1. *C. de luitione pignoris.*

Tertiò, istam Ulpiani sententiam disertè confirmat Pau- 151
lus *in l. cum fundus* 81. *circa finem ff. de reb. credit.* in hæc scribens verba: *Sed adjicere debuit Julianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quàm si ei pretium solidum, & quæcunque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi præstaret.*

Quartò, dilucidius idem Paulus probationem suam ex- 152
planat, sicque nostram traditionem corroborat *ex l. si servus.* 57. *in pr. ff. de ædilic. edict.* quando respondet; dominum ex contractu servi redhibitoriâ vel ex empto actione non aliter quidquam à venditore consecuturum esse, quàm si totum pretium solverit, & omnia, quæ hisce actionibus continentur, præstiterit.

Quintò, accedunt textus perspicui *in l. si pater.* 8. *in fin. C.* 153
de action. empt. & in l. obsignatione totius. 9. *C. de solution. & liber.* in quorum altero Imperatores Diocletianus & Maximianus aliquantò obscurius; in altero expressissimè decidunt: creditori invito particulatim non esse solvendum.

Sextò, huc facit non parum, quod jure cautum est: quòd 154
sortem sine usuris quis recipere non obstringatur. *l. usuras.* 2. *l. acceptam.* 19. *ibiq; gloss. super verb. cum usuris. C. de usur. l.* 2. *ubi, si universam tam sortis, quàm usurarum offerret debitam. C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse.* nec depositio sortis, usuris detractis vel reservatis, teneat. *dict. l.* 2. *vers. eoq; non accipiente, &c. Alex. Tart. Imol. consil.* 75. *incip. in caus. n.* 8. *vers. non deposuit omnes accessiones, &c. p.* 44. *lib.* 7. quòd item solvendo esse nemo intelligatur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo.* 114 *ff. de verb. sign.* & deniq; tum demum solutio ritè facta dicatur, quando universum, quod debetur, opportuno loco & tempore solutum est. *l. si soluturus.* 39. *& l. solidum.* 85. *ff. de solutionibus.*

Septimò, natura obligationis postulat: ut, quo modo 155
quid contractum est, eodem etiam modo dissolvatur. *l. nihil tam naturale.* 35. *ff. de reg. jur.* Sic autem omnis

obligatio

Digitized by Google

obligatio ab initio contrahitur: ut, quod inde debetur semel, totum deberi incipiat: ac propterea totum quoque debeat solvi, si creditor exigat. Totum verò non solvit tam is, qui nihil solvit, quàm qui partem, *arg. §. si minus. 34. infr. de actionib.* Et quoties debitor, quod debet, offert aliter seu in alia formâ, quàm debet, non est cogendus creditor accipere, si ex eâ re aliquid damni sit passurus: *ut diserte Paulus respondit in l. cred. 99. ff. de solut.* Sed & naturæ conventionis est: ut totum, quod debetur, solvatur: & minor solutio, invitum creditorem non ligat magis, quàm nulla solutio, *arg. l. sed mihi. 3. §. 1. ff. commod. l. Jul. 9. §. sed si quis. 3. ff. ad exhib. l. his conseq. 18. §. Celsus 4. ff. fam. ercisc. l. per hoc 4. §. hoc jud. 2. ff. communi divid. l. illud quoque 7. §. si cujus. 2. ff. de tributor. act.*

157 Octavò & ultimò, pro hac conclusione etiam hæc militat ratio: quòd æquitas non patiatur, ut quis alterius facto gravetur; aut alteri per alterum iniqua conditio inferatur, *l. non debet. 74. & l. factum cuique suum. 155. ff. de*
158 *reg. jur.* At creditor, si invitus debiti partem acceptare teneretur, per debitorem gravaretur; eique iniqua conditio inferretur: eò quòd particularis solutio non minima sæpe incommoda habeat. *l. plane. 3. vers. quia sæpe ff. famil. ercisc. l. cum hi, quibus. 8. §. in causa. 9. ibi, & minut. singulos convenire difficile. ff. de transactionib. l. solent. 3. in princ. ibi, minutatim alim. ff. de alim. vel cibar. leg.*

159 Huic verissimæ conclusioni primùm non obstat *l. quidam existimav. 21. ff. de reb. credit.* ubi Julianus JC. quibusdam existimantibus, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere; neque eum, qui fundum suum diceret, partem duntaxat judicio persequi, contradicit motus summâ æquitatis ratione: quod nimirum prætor, posteaquam ad officium ejus pertinet, lites diminuere, humaniùs sit facturus, si actorem ad accipiendum id, quod offertur, compulerit. *Etenim* Juliani *in d. l. 21.* sententia hæc est: Quemadmodum cum debitor fatetur, se debere totum, & paratum dicit solvere, in eum actio non datur; de quo inter omnes convenit. *l. si debitori 21. ff. de judic. l. si debitor 20. ff. de solution.* ita & si partem tantùm offerat, quamvis alteram se debere neget, & de eâ litigare paratus sit; nihilominùs & in eum de eo, quod offertur, denegandam esse actionem; de quo disseritur *in d. l. quidam. 21. ff. de reb. cred.* Siquidem hic locum habet, quod alibi traditur, in confitentem nullas esse partes judi-
160 cantis. *l. proinde. 25. in fine. ff. ad leg. Aquil.* Quâ ratione fit; ut creditor, cui pars tantùm offertur, compellatur ad accipiendum, quod offertur: partem verò non oblatam, eandemque negatam judicio petere queat. Nam veluti de parte negatâ controversia est, & de re controversa judicium consistit: sic è contrario de eâ parte judicium non consistit, de qua confessione Rei ita constat, ut de illa nulla controversia esse possit: cùm reus pro judicato sit, & frustra adversus eum, qui in jure confessus est, actio petatur, utpote prætore illam in rem actionem denegante; etiamsi maximè istam partem reus non offerat. Unde firmiter colligitur: nullas in confitentem, sive de parte, sive de toto in jure fateatur, partes esse judicantis: itaque nec de eo, de quo confitetur, judicium in eum reddi posse, sed perinde habendum, ac si judicatus esset: eamque ob cau-
161 sam Prætorem, cùm ad officium ejus pertineat, lites bono & humano more minuere, humanius facturum: si, posthabitâ disputationis subtilitate, quæ aliud exigere videtur, creditorem partem oblatam, quamque debitor se debere in jure confessus est, accipere compulerit: *ut id plenius declarat Donellus ad d. l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit. n. 12. & seq.* Cui non ineptè congruit communis illa Interpretum distinctio, quam afferunt de debiti parte liquidâ, & per confessionem certâ, & illiquidâ vel negatâ, asserentes: respectu partis liquidæ particularem solutionem esse admittendam: secus, si totum debitum sit liquidum, *gloss. in verb. ad accipiendum. Bartol. Alberic. de Rosat. Iason, Zasius, Costalius, & alii ad d. l. quidam. 21. ff. d. tit. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 10. n. 5. vers. quod est verum, & procedit, &c. p. 298.* Eodem pertinet planè simile ejusdem Juliani responsum *in l. permittendum. 8. ff. si pars heredit. petat.* Quandoquidem eum quoque, qui hereditatem petit, vult, partem hereditatis sibi à possessore cessam accipere, & de alterâ cum ipso litigare: eò quòd possessor istam partem petenti neget: ut sic *lex illa. 8* æquè, atque *prædicta lex 21. ff. de reb. credit.* evidenter arguat: creditorem ita demum cogendum debiti partem accipere, si illud totum liquidum non sit; sed partem solummodo à se deberi, debitor contendat: *Philipp. Matth. ad dict. l. 21. ff. end. pag. 177.*

Deinde non obstat assertioni nostræ *l. cùm heres. 4. §.* 162
item si decem. 6. ff. de statu liberi. ubi Paulus statuit; heredem decem, quos statuliber ei dare jussus erat, per partes accipere cogendum esse. *Nam* non generaliter ita statuit Paulus: sed causam, favorem nimirum libertatis, propter quem particularis solutio admittenda est, expressè assignat; non incertus, in favorem libertatis multa specialia recepta, & recipienda esse. *l. libertas omnib. 122. ff. de*
reg. jur. Quæ causa quia in aliis minùs favorabilibus casi- 163
bus non militat: hujus specialis casus decisio haudquaquam ad eos est trahenda *l. quod vero. 14. & ll. seqq. de leg.*
Siquidem ratione legis cessante, ipsius quoque legis cessa- 164
re vigorem palam est. *l. ult. ff. ad Senatusconsf. Silanian.* Quinimò ex allegato *dicta l. cùm heres. 4. §. 6. ff. de statu liber* textu magis dissentientium opinio labefactatur, quàm communiter, argumento à contrario sensu hunc in modum concepto: Heres à statulibero decem per partes, favore libertatis, accipere cogitur: adeoque infallibiliter sequitur, in aliis minus favorabilib. casibus invitum creditorem oblatam debiti partem acceptare non compelli.
Argum. namque à contrario sensu legis vel canonis in ju- 165
re est usitatissimum, ejusque consequentia validissima: nisi absurdus & juri contrarius intellectus ex ea resultet. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisd. gloss. & D.D. in l. conventicula. 15. C. de episcop. & cleric. Everhard. in Topic. legalib. loc. à contrar. sens. n. 4.*
Nec regesserit quispiam, libertatis favorem in quovis de- 166
bitore versari. *l. Arrianus. 47. ff. de obl. & action.* Paulus siquidem *in dict. l. cùm heres. 4. §. item si decem. 6. ff. de statu liber.* loquitur de ejusmodi libertate, quæ servitutem excludit, nec ullo ære potest æstimari. *l. libert. inæstim. 106. & l. non est sing. 176. §. 1. ff. de reg. jur.* ejusmodi libertas plur. differt ab illa liberatione, quam idem Paulus sibi propositam habet *in d. l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & action.*

Præterea non obstat *l. 1. ff. de compensationib.* ibi cùm 167
compensatio à Modestino definiatur, debiti & crediti inter se contributio sive collatio, quâ qui convenitur, creditorem suum, eundemque debitorem, petentem, quoad partem, quâ eum sibi obligatum habet, summovet putatus compensare. *l. 2. ff. eod. tit.* indeque nihil aliud esse dicatur, quàm solutio & quidem particularis. *l. si debitor. 4. in fine. ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habeant* firmiter concludendum videtur; creditorem, debitum universaliter petentem, particulatim accipere cogi posse. Non, *inquam*, illud obstat. Quamvis enim compensatio ipso jure debitum minuat: effectu tamen solidum præstatur, posteaquam, quod ultro citroque debetur, in eam deducitur.
d. l. 1. 2. 3. & 4. ff. de compensation. Nec ea destituitur suâ 168
ratione: quia partim naturalis, partim civilis æquitas suadet; ut talis debiti & crediti inter se collatio fiat: quippe interest nostrâ, potius non solvere, quàm solutú repetere.
d. l. 3. ff. d. tit. imò dolo facit, qui petit, quod restituere 169
tenetur *c. dolo. 59. de reg. jur. in 6.* publiceque interest, ut lites, ultro citroque contributione factâ, uno judicio dirimantur, quæ alioqui plura exigerent, *arg. l. 1. ff. de jurejurand. l. item si. 4. §. 1. vers. non tamen. ff. de alienat. judic. mut. caus. l. si cujus. 13. §. æquissimum. ff. de usufruct. leg. properand 13. in princ. C. de jud.* Taceo, quòd jus compensationis tacitam vel præsumptam habet creditoris petentis voluntatem; factum verò solutionis, cùm solius sit debitoris, eam non habet, *docente Gaddeo ad dict. l. minus. 32. num. 11. ff. de verbor. significat.*

Rursus non obstat *l. stipulationes quædam. 2. §. 1. ff. de verb. obl.* ubi 170
general. & indistinctè dicitur: obligationem pecuniæ dandæ recipere partiú præstat. hoc est, debitam pecuniam pro parte posse præstari; vel, ut alibi scriptum est, id quod debetur, pro parte rectè solvi, *§. 1. in fin. inst. quib. mod. tol. obl.* Nam exaudiendum istud est, volente & partiú præstation. admittente creditore; non item creditore invito & nolente. Hæcque interpretatio colligitur tum ex verbis, tum ex mente Pauli Jurisconsulti *in dict. leg. 2. §. 1. ff. de verbo-*

Digitized by Google

rum obligat. Ait enim: *pecuniæ obligationem seu stipulationem partis præstationem recipere.* Atqui præstari pecunia non potest, nisi volenti: quoniam ei demum quid præstitum esse dicitur, cui ad placitum est satis factum, *arg. l. quid sit fugitivus.* 17. §. *ult. ff. de ædil. edict.* & præstatio non est sine accipiente; ut nec donatio sine accipiente esse solet. *l. hoc jure utimur.* 19. §. 2. *ff. de donatio-*
171 *nib.* Nemo autem accipere potest, nisi volens. Ita fit, ut in præstationis verbo, vi ipsâ etiam voluntas accipientis contineatur. Si mentem Pauli spectemus: res manifestior erit. Paucis etenim verbis interjectis, subjicit: *quædam partis quidem dationem naturâ recipiunt; sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit: veluti cùm hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit: nondum in ullâ parte stipulationis liberatio nata est, &c.* Ergo quod priùs dixerat, quasdam stipulationes partium præstationem recipere: hoc eo sensu dixerat, ut intelligeremus, eas recipere hanc præstationem effectu, hoc est, ita ut si partes præstitæ sint, pro his partibus stipulationi satisfiat; adeoque debitor in parte obligationis liberetur. *l. stipulatus.* 9. §. 1. *ff. de solution.* Constat igitur, cùm ad effectum referatur, quod Paulus dixit; obligationem pecuniæ dandæ partium præstationem recipere, inde non rectè inferri: partium præstationem esse admittendam etiam invito creditore: sed hoc potius, eam non aliter admitti, quàm creditore volente: & si admissa sit, debitorem in parte obligationis liberari, & reliquum remanere in obligatione: id quod dilucidiùs expressit Ulpianus *in d. l. stipu-*
172 *latus.* 9. §. 1. *ff. dicto tit.* Eadem ferè declaratio occurrit *in d.* §. 1. *infr. quibus mod. tollit. obligat.* ubi solutio partis, & acceptilatio partis inter se conferuntur: quòd nimirum, sicut quod debetur, pro parte rectè solvitur; ita in parte debiti acceptilatio rectè fieri possit. At dubium
173 non est ullum, quin acceptilatio fieri non possit invito creditore: siquidem ejus natura flagitat, ut fiat creditore volente & consentiente. Constat enim acceptilatio duorum consensu, creditoris & debitoris. *l. an inutilis.* 8. *in princ. ff. de acceptilat. l. si unus.* 27. §. *penult. ff. de pact.* Idcirco utriusque consensu eam dissolvi necesse est: quandoquidem secundùm naturam est, unumquodque dissolvi eo modo, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale.* 35. *ff. de reg. jur.* Proinde & quod de solutione *in d.* §. 1. *infr.*
174 *quibus mod. toll. obligat.* dicitur, id, quod debetur, pro parte rectè solvi, eodem modo intelligere debemus, ut rectè solvatur, admittente creditore: quia non fit solutio, nisi cùm naturaliter pecunia creditori numeratur. *l. solutam.* 49. *ff. de solutionib.* neque id fit aliter, quàm volente eo accipiente. *Donell. ad l. quidam existimaverunt.* 21. *num.* 16. *ff. de reb. cred. Zanger. d. tract. de exceptionib. part.* 3. *c.* 2. *num.* 6. & 7.

175 Adhæc non obstat, quòd cùm permissum sit singulis debitoris heredibus, partem debiti hereditarii, in quam successerunt, solvere creditori invito, *l. in executione.* 85. §. 1. *ff. de verbor. obligat. l. si testamento.* 49. §. 1. *ff. de fidejussoribus l.* 2. *C. de heredit. actionib. l.* 1. *C. si cert. petatur.* etiam ipsi debitori principali partem debiti creditori invito offerre & solvere liceat: cum ex persona heredum, conditio obligationis non immutetur. *d. l.* 2. §. *ex his.* 2. *ff. de verb. obligat.* Etenim negatur consequentia: quoniam inter debitorem principalem, & ipsius heredes maxima est ratio differentiæ. Principalis debitor, ut fidem suam liberet, totum, ad quod obligatus est, præstare & solvere tenetur: verùm heredes plures partem duntaxat hereditariam debent: quia in partem debiti solummodò succedunt: & æs alienum defuncti ipso jure & lege XII. tabb. inter singulos heredes pro portione hereditaria dividitur. *d. l.* 2. *C. de hered. action. l. pacto successorum.* 26.
176 *C. de pactis.* Et sanè si heredes omnes conjunctim considerantur: obligatio ex ipsorum persona non immutatur: quia tantundem illi præstare coguntur, quantum defunctus, cui successêre, debuit: etiamsi separatim, nec eodem tempore suam quisque quotam præstet. *latè Donell. ad d. l. quidam existimaverunt.* 21. *n.* 17. *ff. de reb. cred.*
177 Nec obtrudat aliquis; legem 12. tabularum dividentem obligationem inter heredes pro portionibus hereditariis, esse iniquam, & creditoribus damnosam. *d. l. plane.* 3. *ff. famil. ercisc.* Non quippe iniqua est: quia cùm plures sint heredes, qui in jus defuncti succedunt, necesse est, ut inter eos commoda & onera hereditaria dividantur, *ut modò dictum.* Non est damnosa: quia creditores actionem contra omnes heredes habent. Quare si unus partem suam solverit: illis contra alios actio, quâ simul totam debitam quantitatem consequi possunt, remanet. *Fachin. d. lib.* 10. *controversiar. jur. cap.* 59. *vers. quintum argumentum, &c.* Ex quibus omnibus ita expositis facilè responderi poterit ad vanas instantias, quas Hunnius in contrarium temerè adduxit, *d. l.* 3. *var. resol. jur. civ. tract.* 3. *quæst.* 11. *pag.* 874. & *aliis in locis.*

Nihil insuper obstat *l. placuit.* 4. *C. de collatione fundor. patrimonial.* ubi Valentinianus & Valens Impp. rescripserunt, licere possessoribus fundorum patrimonialium pensionem annuam particulatim solvere; dummodo numerum ternæ illationis non excedant. Si ergo hoc receptum est adversus fiscum: multò magis adversus privatos creditores recipiendum erit. Fisci siquidem causa potior est. *l.* 2. *ff. de jure fisci.* & publica causa semper vincit privatam. *l.* 2. *ff. ne quid in loc. public. l. utilitas.* 4. *Cod. de principio, l. unic.* §. *hac autem omnia. Cod. de caduc. tollend. Nihil, inquam,* obstat. Illud enim nominatim in causa pensionum publicarum, pro fundis patrimonialibus debitarum, constitutum est: proinde in cæteris causis & contractibus diversum jus obtinet. Nam si jus commune omnium debitorum debita, invito creditore, particulatim solvi voluisset: nequidquam id de possessoribus fundorum patrimonialium, in pensionibus publicis solvendis, specialiter cavisset. Cæterum cùm illud nusquam generaliter factum reperiatur: istud hac in causa jure singulari constitutum, aut sublevandorum possessorum causâ, qui publicis pensionibus onerantur, aut etiam Reipubl. gratiâ, quo fiscus faciliùs suum consequatur (cùm faciliùs sit, plures particulas separatim expedire, quàm totam summam pensionis debitæ repræsentare) in consequentiam ad omnes alios debitores trahere nefas reputabitur: ideoque in contrarium jus commune meritò observabitur. *d. l. quod verò.* 14. *cum ll. seqq. ff. de legib. Zanger. d. tractat. de exceptionib. part.* 3. *cap.* 2. *num.* 13. *Philipp. Matthæus ad d. l.* 21. *ff. de reb. cred. pag.* 174. 178

Minimè quoque obstat *l. in commodato.* 17. §. *duabus.* 179
4. *ff. commodati.* Ibi dum perspicuè traditur, creditorem partem debiti ab invito debitore petere posse; eodem etiam modo debitorem partem invito creditori solvere posse, verisimile videtur; propterea quòd favorabiliores sint rei, quàm actores. *d. l. Arrianus.* 47. *ff. de obligat. & actionib. l. favorabiliores.* 125. *ff. de reg. jur.* Respondetur enim: à creditore ad debitorem hac in parte non procedere argumentum: cum dispar sit utriusque ratio. Creditor namque pro voluntate sua partem debiti petere potest: quia in eo de jure suo statuit; nec minus petendo, debitori nocet. At debitor, qui offert partem debiti, & cogere vult creditorem, ut eam accipiat, non statuit de jure suo, sed creditoris; & quidem haud sine damno & injuria creditoris. Plusquam autem certum est: neque de- 180
bitorem, neque alium quemlibet creditoris sui, aut alterius cujusquam conditionem facere posse deteriorem. *l. solvendo.* 39. *ff. de negot. gestis. Donell. in sæpe allegata l. quidam.* 21. *num.* 17. *ff. de reb. credit. pag.* 140.

Deniq; non obstat *l. ult. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.* 181
ubi dicitur, creditorem partem debiti accipere cogendum esse, salvo jure pignoris. Etenim illic Scævola loquitur de duabus separatis summis sive rebus, quæ ex diversis debentur causis: quasq; debitor separati solvere non prohibetur. Idq; non injuria. Quemadmodum enim obligationes sunt contractæ: sic quoq; dissolvi debent. *d. l. nihil tam nat.* 35. *ff. de reg. jur.* Atqui ibi eas sigillatim & sejunctim contractas esse, contextus probat. Ergo rectè fit, & naturæ conveniens est; ut quod ex singulis causis debetur, separatim solvi permittatur. *Gœdd. ad d. l. num.* 32. *n.* 11. *ff. de verbor. signific. Berens d. Disput.* 12. *them.* 3. *sub quæstion.* 8. *pag.* 292. Remotis igitur & confutatis adversariorum argumentis, omnique dubitandi ansa prærepta, nihil aliud superesse video, quàm ut constanter & firmè, ex veris juris funda-

fundamentis concludam: particularem solutionem regulariter, invito creditore, non esse admittendam. Vide tamen rem istam aliter expedientem Antonium Merendam, *l. 1. controversiar jur. c. 32 p. 44. & seqq.*

182 Huic controversiæ, modò expeditæ succedit alia: an
nimirum pro vino vel frumento mutato, debitor æstimationem sive pecuniam numeratam invito creditori solvere & obtrudere possit? Et quidquid in contrarium adferant *Iacobus de Arena & Curtius, aliique, quos refert Decius in l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.*) negativa sententia
183 non sine evidenti ratione vulgò obtinuit. Tum quia in
mutuo debet reddi idem genus, quod datum est. *d. l. 2. in princ. ff. eod. tit.* Pecuniam autem & frumentum esse diversi generis, manifesto manifestius est: cum aliud sit merx, aliud pecunia seu pretium. *leg. 1. ff. de contrah.*
184 *empt. & l. 1. in princ. ff. de rer. permutat.* Tum quia no-
tissima regula est: aliud prò alio, invito creditori solvi non posse. *dict. l. 2. §. 1. in fine. ff. de rebus credit. l. promissor. 21. §. ult. in princ. ff. de constit. pecun. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de re judicat. l. manifesti turis. 17. ibi, consentiente creditore. C. de solutionib. leg. 1. Cod. de Fabricensib. Petrus à Duennas regul. jur.* 159. *pag.* 213. *Iacob. Aleman. consultat.* 8. *quæst. principal.* 11. *pag.* 854. Ast illud fieret, si debitori, pro frumento pecuniam creditori restituere, permitteretur. Et hanc sententiam non solùm jus renovatum Würtembergicum confirmat, *part. 2. tit. 1. p. 163. in fin.* sed & eandem Doctores communiter amplectuntur: *Bartol. Purpuratus, Bolognet. & cæteri in dict. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.* eosque citans *Petrus August. Morla part. 1. empor. jur. tit. 8. q. 9. num. 2 Nonius in hoc principio n. 28. & D. Bocer. n. 129. p. 161. Fachinæus libr. 2. controvers. jur. c. 68. in pr. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. 66. edit. 1. Arumæus Exercitat. Iustin. 12 thes. 10. Wesenbec. in paratit. ff. de reb. cred. n. 12. vers. ego tamen magis. &c. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. c. 6. n. 53. Paulus Berens. Disput 9. th. 1. quæst. 8. pag. 207. Henonius Disput. 13. controvers. 4. circa medium. D. Besold. d. tract. de mutuo cap. 8. n. 4.*

185 Cui non adversatur textus *in l. vinum. 22. ff. de reb.
credit.* ubi expressè habetur, quòd pro vino mutuo dato, æstimatio solvatur. *Huic* enim lex concepta est non de nostro casu, ubi vinum creditum ejusdem bonitatis & qualitatis adhuc extat, & à debitore comparari potest: sed eâ de specie tractat, ubi idem vini genus, quale creditum fuit, non amplius superest. Quâ specie licèt vini æstimatio non sit in obligatione, nec etiam in facultate solvendi, *argum. l fundum. 28. ff. de novationib.* attamen necessariò ad æstimationem devenitur: pecunia seu æstimatione vicem rei ipsius tum demum sustinente, si res ipsa à debitore ampliùs præstari nequeat, *argument. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condict. indebit. l. si domus. 71. §. qui confitetur. 3. ff. de legat. 1.* Etsi igitur jus indubitatum est, aliud pro alio, invito creditore, solvi non posse: hoc tamen tamdiu duntaxat verum est, quamdiu quod debetur, præstari à debitore potest, nec sit ei potestas jure aliud solvendi. Quòd si res ab eo præstari nequit: natura suadet, cogitque, ut pro illa aut nihil, aut æstimatio, aut si quid aliud habet debitor, præstari debeat. Necessitati quippe parendum, stultumque est exigere, quod fieri non possit, *arg. l. in re furtiva. 8. in pr. ff. de condict. furtiv. l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. d. l. si domus. 71. §. 3. ff. de leg. 1. Auth. hoc, nisi debitor. C. de solut. Novell. 4. c. 3. ibiq. Cujacius, Gail. lib. 2. observat. 73. n. 8. Wegner. disput. 13. ad Instit. th. 6. lit. b. Knipschildt. d. exercit. Acad. 2. q. 22. p. 73.* Sed & si debitor alterius rei solvendæ potestatem habeat, vel jure sibi tributam, vel testamento, vel conventione: jam hoc jure fit, ut pro potestate sibi concessa aliud solvere possit, *ut fusius explicat. Donellus ad d. l. 2 §. 1. n. 8. ff. de rebus credit.*

Non item refragatur *l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de*
186 *solutionib.* ubi dicitur, si quis stipulatus fuerit decem in
melle, quòd debitori liberum sit, vel mel, vel decem, seu æstimationem solvere. *Nam* in isthoc verborum contractu æstimatio in obligationem deducta fuit, facultate solvendi mellis pro decem, ex peculiari conventione, in arbitrium promissoris collata: quod in nostro mutui contractu omnino secus est: utpote in quo vinum seu frumentum fuit in ipsa obligatione: ac proinde, si modò extet, creditori à debitore in eodem genere restituendum est. *d. l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Kitzel. d. c. n. 5.*

Nihil præterea resistit *l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussorib.* ubi cum statuatur, non posse pro debitore pecuniæ accipi fidejussorem in tritico, additâ ratione quia cum pecunia non æstimetur merce, à contrario sensu colligitur, pro debitore frumenti, fidejussorem in pecunia acceptum efficaciter obligari: cum per pecuniam omnia æstimentur: *Etenim* mutuato frumento accipi potest fidejussor, eo casu, quo principalis debitor ad pecuniam quoque tenetur, i. e. quo in mora fuit, propter quam factum est, ut frumentum ejusdem bonitatis non ampliùs reperiatur, *argum. d. l. vinum. 22. ff. de reb. cred.* Dein & hoc dici poterit: argumentum à contrario sensu non procedere quando legum correctio inde sequitur, *tradente, post alios, Everbardo à Midelburg. in loc. à contrario sensu. n. 4.* quod fit in casu nostro, cùm ex eo corrigatur *d. l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Nonius hic n. 28. pag. 430.* Licet porrò omnes res cæteræ æstimentur per pecuniam, *dict. leg. si ita. 42. ff. de fidejussorib.* tamen per eam non recipitur functio cum frumento vel vino. Functio siquidem debet esse in eodem genere: ut pecuniæ ad pecuniam, frumenti ad frumentum. Et quamvis frumentum & vinum res fungibiles sint: haud tamen ejusdem sunt qualitatis & naturæ: indeque non est in iis communicabilis qualitas: *ut ex Zasio in d. l. 2. §. 1. n. 12. & seqq. ff. de reb. cred. declarat Paulus Berens d. disput. 9. them. 1. quæst. 8.*

Pari ratione non obest, quòd quoties duo æquipollent, 188
non referat, quid ex eis fiat. *l. mulier. 22. circa princ. ff. ad Senatusc. Treb. l. si mater. 3. cum concordantib. ibi adductis per gloss. in verb. sua causa C. de institution. & substit.* Frumentum autem & ejus æstimatio æquipollentia sint: quippe cum æstimatio vice rei fungatur. Proindeque non referat, utrum frumentum, an ejus æstimatio solvatur.
Hoc non obest, *inquam:* quia tunc vice rei fungitur æsti- 189
matio, ubi res ipsa solvi non potest *d. l si non sortem. 26. §. lib. 12. ff. de condict. indebit.* Sed nostro in casu potest solvi vinum vel frumentum: ideoque non relinquitur locus solutioni æstimationis. *Adhæc* respondetur: argumentationem procedere in aliis contractibus, non in mutuo: in quo idem genus, non diversum, reddi debet, *prææegatâ l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Bronchorst. d. cent. 1. assert. 66. in fine. edit. 1.* Huc revocanda sunt & repetenda, quæ annotavimus infrà *ad princip. tit. quib. mod. tollit. obl. num. 9. & seqq.*

Vocatur in disceptationem ancipitem & illud: utrum 190
nummis aureis simpliciter sive generaliter mutuò datis, debitor alterius generis nummos, putà argenteos, æreosve solvendo liberetur? Et non liberari, censent *Bartol. ad l. 1. §. ult. ff de auro & argent. legat. & ad l. Paulus (alias est l. creditorem. 99.) ff. de solutionib. ibidemque Castrens. & Imola, Covarruv. de veter. manumiss. collat. cap. 7. §. unic. Boerius decision. 327. Wesenbec. in Paratit. ff. de reb. credit. n. 12. vers. ex eadem ratione, &c. Borcholt. in Comment. de reb. cred. c. 7. n. 4. & seqq. D. Bocer. in tract. de reg. c. 2. n. 229. item tract. de jure monet. c. 2. n. 83. cum seqq. & in hoc princ. n. 146. p. 163. Matth. Col. in tr. de process. exec. part. 1. c. 10. n. 7. & seq. Aleman. cons. 8. q. pr. 7. p. 818. Justus Schwitz. exercit. jur. disp. 13. th. 7. lit. b. pag. 201. cum seq. Kitzel. in exeg. de oblig. mutui. c. 5. n. 49. cum. seqq. & c. 6. n. 63. & seqq.* Sed rectius sentire mihi videntur illi, qui nummos simpliciter mutuò acceptos, in quavis alia monetæ forma, creditori etiam invito reddi posse, statuunt; usque adeo, ut qui debeat aureos, rectè solvat argenteos, sive æreos & contrà: dummodò reddat ad eandem quantitatem seu æstimationem, probos & locabiles. Ita sentiunt *Alciatus n. 11. Purpuratus n. 31. & Feder. Scotus n. 231. ad l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. Curt. jun. n. 25. Donell. n. 10. & Philipp. Matth. ad l. cum quid. 3. ff. eod. tit. Cuj. ad l. quæ extrin. ec. 65. ff. de verb. obl. Hotom. illustr. q. 15. Pinel. ad l. 2. de resc. vend. part. 1. rubr. c. 3. n. 16. Suarez. in th. recep. sent. lit. p. n. 74. Fichard cons. 28. vol. 1. & cons. 47. n. 7. vol. 2. Hackelm. Disput. illustr. 9. thes. 4. lit. A. Treutler. disput. 20. thes. 12. lit. a. vol. 1. Niell. Disput. feud. 11. thes. 5. lit. a Henonius.*

Disput. 13. controvers. 4. [illegible] d. 1. Juris prud. Rom. c. 35. num. 83. Schegk. in delibat. juris disput. 15. thes. 76. Molinæus in tract. de usur. quæst. 100. num. 753. Menoch. consil. 49. num. 38. cum seqq. Hunnius disput. 14. thes. 10. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 8. p. 867. Dn. Collega Besoldus in tract. de mutuo. cap. 9. num. 2. cum seq. & Bachov. in lib. 2. controvers. jur. cap. 50. edit. 2.

191 Hæcque sententia probatur primum *per l. 1. ibi, eaque materia formâ publicâ percussa, usum dominiumque non tam ex substantiâ præbet, quam ex quantitate. ff. de contrah. empt.* ex quâ l. apparet, quod pecuniæ bonitas, vis ac substantia non consistat in ipsa pecuniæ materia; sicut vini bonitas est in ipso vino: sed aliunde, ab arbitrio videlicet magistratus & legislatoris dependeat: adeò, ut nummus nihil aliud, quàm ejus æstimatio & valor ipsi à percutiente seu magistratûs edicto impositus. Unde nummus à Græco νόμος dicitur; eò quòd omnem suam auctoritatem ex lege sola habeat. *Aristot. lib. 5. Et hic. c. 5. & lib. 1. politic. cap. 6.* Itaque qui certam monetæ speciem accepit mutuum, non tam speciem, quam valorem atque æstimationem istius speciei accepit. neque etiam accepisse intelligitur in alia bonitate quam ea, quæ illa ipsâ æstimatione continetur: veluti qui thalerum Imperialem Wurtembergicum hoc tempore accepit mutuum, non præcise corpus thaleri, sed potius ipsius valorem debet: proinde si 22. batzios reddat: non aliud pro alio, sed idem reddit, nempe valorem, qui creditus censetur, in quo solo pecuniæ numeratæ bonitas sita est: cum unicam hanc ad rem parata sit, ut eam æstimationem, quæ publica lege ipsi indita est, præstet. *Vultej. ab 1. discept. Scholast. c. 10.*

192 Deinde nostræ sententiæ fundamentum desumitur ex *d. l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verbor. obligat.* ubi is, qui denarios stipulanti, ejusdem quantitatis aureos spondet, obligari dicitur. Atqui non valet stipulatio, verborumvè obligatio, cùm de alia re loquitur stipulator, de alia promissor. *§. præterea. 5. & §. si de alia. 22. instit. de inutilib. stipulat.* Ergo non sunt aliud denarii, quàm aurei ejusdem quantitatis: ac ea propter nec aliud solvitur; quàm quod debebatur, cum pro aureis denarii ejusdem quantitatis, & vice versâ pro denariis aurei ejusdem quantitatis sive valoris solvuntur.

193 Tertiò, isti sententiæ auxiliatur non parùm *l. Titia amica. 35. in pr. ff. de auro & argent. leg.* ubi, auri pondo quinque legatis, respondetur: aut aurum, de quo quæritur, præstari oportere: aut pro arbitrio heredis pretium auri, quanti comparari potest. Si igitur pro auro infecto pecunia quævis signata præstari potest ad eam quantitatem, qua aurum æstimetur: multò magis pro pecunia aurea debita, cujus multo certior est æstimatio, quàm auri infecti, alia quævis pecunia præstari poterit.

194 Quartò, eandem assertionem confirmat textus *in l. unic. C. de collatione æris, & l. unic. C. de argenti pretio, quod thesauris infertur.* in quarum priori, in collationibus, pro viginti libris æris, unicum auri solidum: in posteriori, pro singulis libris argenti, quinos solidos; adeoque pro argentea moneta auream, & contra, inferre & solvere debitori licet.

195 Quintò, huc accedit, quòd nummi rebus incorporalibus accenseantur; adeoque æstimatio nummorum magis, quam corpora, credita existimetur. *leg. si is. cui. 94. §. 1. ff. de solutionib. leg. planè. 34. §. sed si non corp. 3. ff. de legat. 1. leg. quicquid. 95. ff. de leg. 3. l. Lucius Titius. 24. ff. deposit. leg. si pœnæ. 19. §. 2. ff. de condict. indebit. l. si hæres. 68. ff. ad senatusconsult. Trebellian. l. quod dicitur.*
196 *5. in pr. ff. de impens. in res dotal. factis.* Ac sane impositítium principaliter nummorum valorem, citra considerationem materiæ spectandum esse, vel ex eo satis liquet; quòd non solum ex auro & argento verum etiam ex plumbo, ferro, ære, atque adeo ex corio cudi interdum nummi soleant. *Jul. Cæsar. de bello Gallico. lib. 5. Alex. ab Alex. gen. dier. 4. c. 15. Seneca de benefic. lib. 5. c. 14. Greg. Tholos. lib. 3. de Rep. c. 6.* Hinc & Imp. Fridericus. II. propter exhaustam diuturnitate Italici belli pecuniam, coriaceam monetam cudi jussit, eique pretium, sive valorem aurei Augustalis imposuit: statuitque, ut eo pretio ab omnibus in emendo vendendoque sumeretur: simulque per præconem publicè edici curavit; eum, qui bello finito talem monetam ad Cameram Imperialem referret, aureum Augustalem recepturum. Quod cum ab ipso bona fide præstitum fuerit: documentum apertissimum præbuit, valorem & pretium monetæ, non materia, sed hominum instituto & conventione æstimari: *ut auctor est Pandolphus Collenucius & Antonius Florentinus in Chronicis sub an. 1240. hosque referens Hotomanus. d. quæst. illustr. 15.*

Postremò, nostræ patrocinatur sententiæ textus *in d. l.* 197
creditorem. 99. ff. de solutionib. ubi Paulus tum demum non vult cogi creditorem, ut in alia formâ nummos accipiat, quando damnum aliquod ex ea re passurus sit. Ergo si damnum creditor non sit passurus; etiam in alia formâ nummos accipere tenetur, argumento à contrario sensu ducto: quod in jure ita validum est, ut quod inde infertur, pro expresso habeatur. *l. 1. in princ. vers. hujus rei. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. l. ex eo. 18. ubi gloss. ad verb. colligitur. ff. de testib. & l. qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. qui testament. fac. poss.* ubi Accursius *ad verb. argumento est lex.* notat: contrarium sensum legis
pro lege accipi. Cæterùm, nummis alia formâ datis, cre- 198
ditoris damnum non utique in eo esse potest, si argentei aut ærei nummi dentur pro aureis: dummodo, qui dantur, publicâ æstimatione eandem quantitatem, atque eundem usum in rerum permutationibus præstent: sed potiùs in eo creditoris versatur incommodum; si summa mutui sit magna, & minuta monetâ reddita nimium oneretur creditor: aut si peregrè profecturo, vel peregrè transportaturo reddatur exiguæ quantitatis moneta: quæ ad gestationem creditori sit gravis & onerosa, ut sine sumptu ac periculo majori eam ferre nequeat: aut si solutio fiat in eâ monetâ, quæ à proficiscente iis in locis, in quæ cogitat eam deferre, collocari, commutari & impendi in negotiationes haud facile possit. *Donell. ad d. l. 3. n. 10. ff. de*
reb. credit. Anton. Matth. Disp. Pandect. 9. th. 3. Quò pro- 199
cul dubio respexit Ferdinandus I. Imp. dum inter cætera constituit; creditorem in summæ alicujus notabilis solutione, ad viginti quinque saltem florenos, de minuta pecunia accipere teneri: reliquâ parte, in grossiori (*uti loquuntur*) usitata pecunia, solvenda. *Reichs Abschied zu Augspurg*, de Anno 1559. §. *Die jetztgemeldten, &c. pag. mihi* 212. Ex quibus solidissimis fundamentis liquidissimè apparet; haud necessarium esse, ut pecunia credita in eadem materia vel formâ præcisè reddatur: sed omninò sufficere, si æstimationis ratione, *So viel Gulden oder Pfundt, als außgeliehen worden* i. e. *tot aurei vel libræ quot mutuo data fuerant* reddantur. Quod & attestatur haud obscurè Paulus Wehner. *in pract. suis observ. lit. C. §. Goldgulden, &c. vers. hisce tamen omnibus, &c. p. 247. edit. ult.* ubi disertè scribit: ex communi usu loquendi, verbum *Gulden*, non intelligi de aureis in auro, sed de moneta usuali, i. e. *tantam pecuniam quantam pro aureo numerant, so viel geldtes, als man vor einen gulden rechnet, Als in Meißzen 21. groschen, in Francken 28. schilling, im Reich 15. batzen, &c.* Hancque sententiam non solum juris veritati, communissimæque Doctorum traditioni, verùm consuetudini convenire, Interpretes plerique *suprà n. 190. laudati*, intrepidè, & quidem meritò, affirmant. Ideoque satis improvidè asserit Dn. Collega Bocerus; me prædictæ verissimæ opinioni subscripsisse argumentis minime idoneis, *in hoc primo opere n. 146. p. 163.* Planè aliud judicandum erit, aliud si specialiter inter contrahentes convenerit, *arg. d. l. 3. ff. de reb. cred. l. 1. §. si conven. 6. & l. Lucius. 24. ff. deposit. l. in conventional. 52. ff. de verb. obl. l. 1. & l. inter debit. 24. ff. de pact. & l. contract. 23. ff. de reg. jur.* velut si certi generis nummi, putà centum Wurtembergici, ut Wurtembergici, non verò certa summa in Wurtembergicis [exempli causâ, *hundert Gulden an Thalern,*] dati fuerint. Hoc enim casu eos in eodem genere monetæ reddendos, dubitationis nòn multum habere videtur: quippe cum non æstimatio, sed magis corpora certa, ad numerum credita reputentur, *Coler. de process. exec. d. part. 1. c. 10. n. 11. & seq. Andr. Gerhard. Exerc. Justinianear. dec. 12. q. 6. circa fin. D. Coll. Bes. in Disp. de contr. mut. de An. 1612. th. 30. & d. tract. de mut. c. 9. n. 5. & 10. Petr. Greg. Tholos. in synt. jur. univ. l. 25. c. 14. n. 2. p. 506. & lib. 36. c. 2. n. 27. p. 703. & plur. alii, quos refert (licet ipse dissent.) Alem. Consult. 8. q. princ. 3. p. 762. & seq.*

Supe-

Digitized by Google

200 Superiori conclusioni nostræ non obstat: quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit. *leg. 2. §. 1. in fin. ff. de reb. credit.* & mutuum eadem bonitate, quâ datum est, eodemque genere reddi debeat. *dict. l. 3. ff. eod. & hoc principio. vers. & quoniam, &c.* Hoc autem non fiat, cùm pro auro argentum, aut pro argento æs restituatur: siquidem aurum multis partibus præstare argento, & argentum æri, nemo ignorat. Illud, *inquam*, non obstat.
201 Quia, cùm in nummis non materia illa externa, aurum videlicet, æs, vel argentum, sed valor spectetur; indeque nummi substantia, qualitas & bonitas æstimetur; & nummus sub ratione quantitatis ac valoris in mutuum deducatur, *ut ostensum suprà ex dict. l. 1. ff. de contrah. empt.* non videtur aliud solvi pro alio, aut pecunia in alia qualitate sive bonitate, quàm in qua erat credita: quando
202 idem valor, qui datus erat, restituitur. Nec quicquam movet; quod sicut pro tritico vinum non potest solvi; ita etiam pro aureis alia moneta, argentea vel ærea, solvi non possit. Hæc enim ratiocinatio ex disparibus procedit; proindeque nullius momenti habetur. *l. duobus. 25. ff. de testamentar. tutel. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.* Nam cum triticum datur pro vino: res alterius generis dari intelligitur: non verò, cùm pro aureis dantur argenti nummi: quoniam tunc idem plane, quod datum est, redditur, nimirum valor seu æstimatio. Nec etenim nummi aurei ab argenteis, aliisve genere differunt; si substantia illorum, non ex materia externâ, sed ex quantitate, valore & potestate æstimetur. *Qui de re latius Donellus & Hotomanus locis præallegatis.*

203 Sanè contra prædictam sententiam aliquot affert instantias Dn. Collega Bocerus *d. tract. de jure monetar. cap. 2. num. 84. & seqq.* Sed eæ sine negotio refelli possunt. Nam primo ultro largior: ipsam substantiam sive materiam pecuniæ etiam considerandam esse; ita scilicet, ut proba sit numismatis materia: neutiquam verò, ut nummis certi generis simpliciter creditis, debitor præcisè cogatur ejusdem generis nummos solvere: veluti aureos pro aureis, thaleros pro thaleris. Non ita, *inquam*, spectatur pecuniæ materia; sed sufficit ipsam quantitatem restitui in nummis cujuscunque alterius materiæ modo ea proba sit. Et hoc est, quod dicit Paulus Jurisconsultus *in d. l. 1. in fine principii. ff. de contrah. empt. & vendit.* pecuniam æstimari, non tam ex substantia, quàm ex
204 quantitate. Deinde in eo quoque hallucinatur Dn. Collega Bocerus, quod putat, Paulum Jurisconsultum *in d. l. creditorem, (alias debitorem. 99.) ff. de solutionib.* per formam significare tantùm figuram, signum, notam sive effigiem monetæ, adeoque cum esse illius legis sensum: creditorem non esse cogendum: pro aureis (*verbi gratiâ*) Cæsareis, accipere Würtembergicos: pro thaleris Joachimicis; Brunsuuicenses, &c. si ex eâ re dampnum passurus sit: veluti si in tempus solutionis alii cuidam aureos Cæsareos, vel thaleros Ioachimicos sub aliquot florenorum pœnâ solvere promiserit. Verùm hæc inepta esse, qui non videt? An enim debitor propterea adstringetur ad solvendos Ioachimicos, nec præstando alios thaleros æquè bonos liberabitur, quòd creditor se alii cuidam ad Ioachimicos solvendos sub pœnâ obligavit? Cur creditor se ita obligavit? Quid hoc ad debitorem, qui
205 ita se non obligavit? Tertiò, Dominus Collega Bocerus *dicto loco* non sine divinatione asserit: *in d. l. quæ extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verbor. obligat.* per denarios significari non argenteos, sed aureos denarios. Licet enim apud Romanos etiam aurei denarii in usu fuerint: quemadmodum ostendit Plinius *lib. 33. natur. histor. cap. 3.* hisce verbis: *proximum scelus fecit, qui ex auro denarium signavit, quod & ipsum latet, auctore incerto, &c.* attamen non sequitur, quod *in d. l. quæ extrinf.* idcircò per denarios significentur aurei, & non argentei. Insuper si *in d. l.* per denarios intelligendi essent aurei denarii: nulla subesset ratio dubitandi. Quis enim quæso dubitaret: quin valida esset obligatio, si quis stipulanti decem (*verbi gratiâ*) denarios (aureos scilicet: *ut vult Bocerus*) sponderet aureos scilicet denarios ejusdem quantitatis? Esset utique ridiculum de his dubitare: ut non sit verisimile, Jureconsultum ibi quæstionem ejusmodi Domitianam proponere voluisse. *l. Domitius Labeo. 27. ff. qui testam. fac. poss.* In eo largiendo promptiores sumus: Jurisconsultum de eo illic disseruisse causa, quo stipulator & promissor spectarunt non tam ipsam rem sive materiam, quàm rei sive materiæ quantitatem, æstimationem, seu valorem. Ast idem hoc regulariter fit, quoties nummi simpliciter mutuò dantur: ut valor scilicet eorum, non materia spectetur, *per supra dicta.* Ergo quemadmodum in stipulatione pro nummis argenteis dari possunt aurei ejusdem quantitatis: ita & in mutuo id fieri posse dicendum est, quatenus non expresse aliter conventum apparet, aut cum creditoris damno illud conjunctum est, *juxta ea, quæ diximus supra num. 198.* Tandem minùs idoneam quoque 206
instantiam affert præclarissimus D. Bocerus *ad d. l. unic. C. de collat. æris. & d. l. unic. C. de argenti pretio, &c. lib. 10.* Quis enim crederet: specialiter fisci debitoribus permissum esse, ut pro argentea moneta auream, & contra, inferre & solvere possint: & id non multo magis aliis debitoribus licere: Quis non intelligit: dictu absonum esse, plus juris habere debitorem adversus creditorem privilegiatum, quam non privilegiatum? Manet ergo firma atque inconcussa nostra sententia & haudquaquam idoneæ sunt instantiæ, quas Dn. Collega Bocerus pro impugnanda ea attulit. *Porro reliqua dissentient. arg. ex supra dictis facile dissol. poter.* Eadem de re videatur Georgius Frantzkius *exercitat. jurid. 9. q. 2. n. 286. & seqq. pag. 277. cum seqq.* nec non Auctor *consilii Argent. 5. & 45. vol. 2.*

Major, & in praxi quotidianâ frequentior concertatio de 20
eo videtur: mutatione monetæ factâ, cujus temporis æstimatio vel quantitas, solutionisnè, an contractûs, in mutuo reddendo, spectanda sit? Verùm hæc quæstio ut in- 20
telligatur faciliùs, breviter sciendum: monetæ mutationem esse duplicem, *secundum Doctorum traditionem*: intrinsecam, & extrinsecam. Intrinsecam monetæ mutationem appellitant, quando materia ipsius pretiosior vel vilior facta est: extrinsecam verò, quando valor sive æstimatio tantùm, non materia monetæ, mutata est Ut & intrinsecam monetæ bonitatem nuncupant ipsam monetæ materiam: extrinsecam, valorem impositititum seu æstimationem. *Bartol. in l. cum quid. 3. num. 16. & 17. ff. de reb. credit. Carol. Molin. in tractat. de usur. & commer. quæst. 92. num. 696. Didac. Covarruv. in tract. de veterum. numismat. collatione. cap. 7. num. 6. post medium. Petr. Gregor. Tholosan. lib. 36. syntagm. jur. univers. cap. 2. num. 27. vers. quia tunc coactio. pag. 703. Fachin. lib. 2. controvers. jur. cap. 9. in pr. Andreas Knichen. Comment. in jus Saxonic. cap. 5. rubr. de regalib. verb. Müntz-Gerechtigkeit vers. ceterùm in moneta. pag. 152. Renerus Budelius in tract. de re nummaria. l. 1. cap. 7. n. 3. 4. & 9. Ernestus Cothman. respons. 34. n. 14. & 17. p. 286. edit. 2. ibique citatus Alemannus in palæstra consultation. jur. illustr. consultat. 8. quæstion. princip. 1. p. 384. Andreas Dinner. Disp. 1. de monetæ mutation. &c. th. 9. Henricus Hornmanus in disput. de monet. vers. intrinseca, &c. Arumæus Volum. 5. de jure publ. discurs. 1. de re monetali. cap. 13. Johan. Wolffgang. Aur. in dissert. de jure monetarum. c. 14. axiom, 72. Berlichius concl. pract. part. 2. concl. 35. n. 2. & seqq. ubi plures allegat.* Tametsi Doctores aliter concludere putet Matth. Colerus *in tract. de process. execut. part. 1. c. n. 7. versic. scio sanè. p. 282.* Quod si igitur intrinseca 20
monetæ bonitas mutata fuerit: (*Wann Korn*, ipsa materia, *und Schrot*, pondus monetæ, minuitur; hoc est: *Wann die Thaler oder Goldgülden an der fein schlechter, oder am Gewicht ringer werden*) eaque adhuc extet; in illa ipsa monetâ: sin verò haberi amplius illa antiqua moneta non possit; in alia quidem moneta, sed juxta antiquæ æstimationem, quæ tempore contractus fuit, solutionem faciendam esse, juris Interpretes plerique (paucis exceptis, *Ioan. Fabro ad princ. tit. infr. quib. mod. tollit. obl. n. 3. & in auth. hoc, nisi. C. de solut. Colero d. c. 10. n. 13. in fin p. 284. Hunnio Disp. ad Inst. 14. th. 12 & quibusd. aliis*) constanter asserunt. *arg. c. olim. 20. &c. pen. ext. de censib. item. c. quando person. 18. ibi. sec. eum fiat. &c. ext. de jurejur. Ioan. Borch. in c. un. quæ sunt reg. n. 62 & in Com. ad tit. ff. de reb. cred. c. 7. n. 20. Guido Papa dec. Parl. Gratian. 493. n. 2. vers.*

Digitized by Google

non tamen nego. p. 745. Matth. de Afflict. in d. c. unic. quæ sunt regal. in verb. moneta. num. 12. in fin. & idem decis. Neapolit. 90. n. 3. Pileus Modicensis quæst. aurea. 35. vers. injunge ergo. pag. 291. Frider. Pruckman. consil. 12. num 17. & 18. vol. 2. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 5. practic. conclusion. lit. M. conclus. 349. num. 50. & seqq. Regner. Sixtin. de regalib. lib. 2. c. 7. n. 152. sub fin. Cothman. d. Respons. 34. n. 60. & seqq. vol. 1. Daniel Moller. ad constitut. Saxon. 28. n. 2. pag. 235. part. 2. Gail. lib. 2. observat. 73. n. 7. Anton. Gabrielius Roman. lib. 3. commun. regular. tit. de solutionib. conclus. 1. num. 1. Tiraquell. retraict. lignag. § 1. gloss. 18. num. 27. Iohan. Petr. de Ferrar. in practic. aurea. form. lib. in actione hypothecar. verb. relaxandum. num. 2. vers. de primo modo. pag. 405. Molinæus d. tract. de usur. quæst. 100. n. 749. Schurpffius cent. 1. consil. 10. in princ. pag. 39. Cravetta. consil. 47. num. 6. Fachinæus d. lib. 2. controvers. jur. c. 10. §. restat postrema. Alemannus d. consultat. 8. quæstion. pr. 1. Dn Collega Besoldus in thesauro pract. lit. S. n. 33. p. 726. Berlichius d. part. 2. conclus. 35. n. 8. & seqq. item n. 36. cum seq. aliique plures, ab his relati.

210 Cæterùm si extrinseca, monetæ bonitas commutata sit (*wann der valor oder werth aufschlegt, oder verendert, wird*) nec ulla debitori mora adscribi possit: & lucrum & damnum ad creditorem, Auctores quidam gravissimi referunt: hoc est, solutionem à debitore præstari volunt ad æstimationem istius temporis, quo pecunia solvenda est: ita sanè, ut creditor in totidem aureis sive thaleris acquiescere teneatur, quot expendit, sive æstimatio illorum aucta sive imminuta interea fuerit. *Bartol. in d. l. cum quid. 3. num. 17. Castrens. num. 6. Socinus n. 42. Alexand. num. 16. & Alciat. n. 68. de reb. credit. Borcholt d. Comment. de reb. credit. cap. 7. n. 17. & seqq. Cæsar Ursillus in annotat. ad Matthæum de afflict. decis. Neapolit. 194. num. 3. vers. quæ licèt vera esse videantur, &c. pag. 264. Nicol. Boërius decis. Burdegal. 327. n. 4. & 13. Zasius singular. responsor. lib. 1. cap. 1. num. 25. Soarez in thesaur. recept. sent. lit. M. n. 201. & seq. Cothm. d. resp. 34. n. 101. & seqq. vol. 1. ed. 2. Albert. Brun. in tract. de monet. part. 6. num. 3. & seq. Rener. Budel. in tractat. de monet. lib. 2. c. 2. n. 13. & seqq. Gail. d. lib. 2. observat. pract. c. 73. n. 9. Anton. Faber. de var. n. debit. solut. c. 5. Schickhard. Disp. ad Instit. 12. thes. 3. ad lit. d. & resolut. quæst. 8. Andreas Kobl. exercitat. legal. 19. num. 2. Fachinæus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 9. vers. tertia est sententia, &c. Corasius lib. 4. Miscellaneor. cap. 13. num. 5. Kitzelius in exeges. de obligat. mut. cap. 6. n. 81. & seqq. Aur. d. dissertat. de jure monetar. c. 15. axiom. 112. cum seqq. aliique qui hanc sententiam communem & veram perhibent.* At verò non desunt itidem Viri præclarissimi, qui plane diversum sentiunt: ac pecuniam mutuo acceptam in eo demum valore, quem tempore contractûs illa habuit, reddi debere, seriò contendunt. *Decius n. 56. Bolognetus n. 73. Donellus num. 11. & Philippus Matthæus pag 38. & seq. in d. l. 3. ff. de reb. credit. Anton. de Butrio. n. 3. & Panormitan. num. 32. in d. c. quantò. 18. de jurejurand. Molinæus d. tract. de usur. quæst. 92. num. 694. & 701. Hippolyt. de Marsil. in l. qui falsam. 19. num. 118. ff. ad leg. Cornel. de fals. Bronchorst. cent. 1. ... assert. 64. edit. 1. Hotoman. illust. quæst. 15. circa fin. & in tractat. de usur. lib. 1. cap. 5. Moller. ad constit. Elect. Saxon. 28. num. 2. Petrus Frider. Mindanus. lib. 2. de mandatis judicial. cap. 63. sect. 8. & seq. Sixtinus in tract. de regalib. lib. 2. c. 7 num. 148. & seq. Antonius Tessaurus decis. Pedemont. 174. num. 2. Henning. Arnisæus de jure majest. lib. 1. c. 7. rubr. de potestate in rem nummar. 3. pag. 418. Covarruv. d. tract. de veterum numismat. collat. §. tunc. num. 2. vers. Cæterum, &c. Wesenbec. in Paratit. l. ff. de reb. credit. num. 12. ad fin. Menochius lib. 2. de arbitr. jud. quæst. cap. 207. num. 9. & 10. Iosephus Ludovici commun. conclus. 10. §. dubitatio. & §. sed quicquid. pag. 17. Nicol. Everhardi consil. 189. n. 16. Fichard. consil. Lat. 30. num. 5. & consil. Germ. 47. n. 4. Tiber. Decian. respons. 11. n. 92. vol. 1. Modest. in Pistorii consil. 27. num. 35 & seqq. vol. 2. Adrian. Gylman. rerum Cameræ judicatar. lib. 1. decis. 16. n. 17. Iohannes Koppen. decis. jur. 2. n. 1. & seqq. Hackelman. Disp. illustr. 9. thes. 4. lit. E. Doctor Marta tom. 3. digestorum novissimorum: tit. solutio. cap. 15. 18. 20. & 22. fol. 313. cum seqq. Richter d. Disput. 2. th. 11. lit. f. pag. 52. cum seq. D. Besold. d. tract. de mutuo c. 9. n. 9. D. Bocer. in tractat. de jure monetar. cap. 2. n. 163. & seqq. Kubach. cent. 2. quæstion. illustr. politico-jurid. decur. 7. quæst. 7. pag. 487. cum seq. Treutler. consil. 114. volum. 2. Arumæus Exercit. Justin. 12. thes. 11. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 24. Hanon. Disput. 13. controvers. 5. Stuckius part. 1. Exercitat. Justin. decad. 10. assert. 2. lit. g. pag. 379. Hunnius d. Disput. 14. thes. 11. Aleman. d. consult. 8. quæst. princip. 2. pag. 603. cum plurimis seqq. Mynsinger. centur. 4. observat. 1.* ubi hanc sententiam, tanquam veriorem, & juri atque æquitati magis conformem, in Camerâ Imperiali crebriùs obtinuisse scribit. Eique nuperrimè suum calculum addidit Berlichius *d. part. 2. conclus. 36. num. 5. & seqq. nec non decis. aur. 152. num. 1.* ubi simul exponit: si alius sit valor monetæ tempore primæ obligationis, & alius tempore constituti, utrum tempus inspici debeat. *pag. 584. & sequentibus. Quibus novissimè additur Ioan. Wolffgangus Hillerus in Responso juris, Uber die Frag,* i. e. Ad quæstionem: *An ei qui mutuam crediderit pecuniam, monetam sc. in Imperio receptam nec damnatam, debitor eam, secundum usitatam nunc monetæ æstimationem majorem minoremve, jure solvere queat.*

Eademque sententia non levibus nititur rationibus & fundamentis: quorum primum petitur *ex d. l. cùm quid. 3. in fine ff. de reb. cred.* ubi Pomponius respondet: in mutuo id actum intelligi, ut ejusdem generis, & eâdem bonitate solvatur, quâ (tempore nimirum contractûs, sive mutui facti) datum sit. Quòd si verò, secundùm præsentem monetæ æstimationem, non illam, quæ tempore mutui contracti fuit, solutio facienda esset; non tantundem, sed plus minusvè, quàm est acceptum, redderetur: id quod à mutui naturâ quàm maximè abhorret: quippe in quo tacitè actum intelligitur; ut non solùm in eodem genere, sed eâdem quoque bonitate solvatur, quâ datum est. *d. l. 3. ff. eod. tit.* 211

Alterum fundamentum dependet *ex l. Rutilia. Polla 69. ff. de contr. empt.* ubi apertè Proculus statuit, in contractibus eam æstimationem inspiciendam esse, quæ fuit tempore contractûs. Cui assentiri videtur Africanus *in l. cùm quis. 22. ff. de obligat. & actionib.* nec non Innocentius, ejus nominis III. *in prædicto c. olim. 20. de censibus.* non obscurè tradens, ad tempus contractûs, quo denarii Papienses promissi sunt, respiciendum: & Gregorius IX. *in d. c. penult. ibi, solutione prioris pecuniæ* (quod ad tempus contractûs refertur) *vel si non sit in usu, æstimatione pensionis antiquæ, &c. ex dicto tit.* 212

Tertium fundamentum tale est: Omnis obligatio, quæ ex datione pecuniæ oritur, ratione æstimationis certa est. *l. nummis. 3. vers. cùm certa. sit. ff. de in lit. jurand. l. 1. in princ. ff. de condict. triticiar. l. ideò. 3. vers. pecuniarum quoque. ff. de eo, quod certo loco, &c.* Ergo ex mutatione monetæ isthæc obligatio, quæ initio contractûs certa fuit, haudquaquam variari, & incerta fieri; sed in temporis contractûs certitudine persistere ac permanere debet, *argum. l. fundum Cornelianum. 28. vers. præsens æstimatio. ff. de novationib. & l. hominem. 57. ibi, æstimatio ejus ad id potius tempus, &c. ff. mandati.* 213

Quartum fundamentum sumitur à naturâ mutui: quippe quæ periculum rei mutuo acceptæ ad debitorem transfert, non tam quòd ipsius gratiâ mutuum contrahitur, quàm quòd is rei mutuò acceptæ dominus factus est: ac proinde si ullum periculum hoc casu versaretur; illud nulli alii, quàm ipsi debitori, tanquam domino, adscribendum esset, *hoc principio nisa o. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. ff. commodat. & l. pignus. 9. C. de pigneratit. actione.* 214

Quintum fundamentum ex eo constat: quòd si diminutio valoris thalerorum sive aureorum mutuò datorum creditoris damno cederet, veluti fieri oporteret, si non contractûs, sed solutionis tempus attendendum esset: hoc absurdum sequeretur, creditori officium suum damnosum esse debere, dum videlicet ex eo, quòd debitori credendo 215

dendo benefecit, damno afficeretur. Contra verò debitor non solùm usurâ temporis frueretur; sed & lucrum faceret ex eo, quòd plures aureos sive thaleros expendit, in ea nimirum æstimatione, quæ tempore contractûs fuit: cujusmodi iniquitatem ipsa ratio adversatur; quippe quæ dictat, ne quisquam ex suo officio, quod ejus, cum quo contraxit, non etiam commodi sui causa fecit, damnum patiatur. *leg. sed si quis. 7. ff. testam. quemadmod. aperiant. leg. si servus 61. §. quòd verò. 5. ff. de furt. l. si verò. 12. §. si mihi. 9. ff. mandat. leg. absentia. 140. ff. de regul. juris.*

216 Sextum fundamentum depromitur ex causa mutui finali. Cùm enim mutuum eum in finem sit inductum, ut necessitati commodisque proximi per illud subveniatur: est profectò, quòd debitor commodum ejus, quod accepit mutuum, habeat tantisper, dum moræ argui non potest: tantùm abest, ut si valor monetæ interim auctus fuerit, damnum hoc ad ipsum debitorem redundare debeat. Quemadmodum & vice versâ, si valor pecuniæ mutuo acceptæ imminutus sit, iniquum ducendum non est, si debitor suppleat id, quod valori pristino, qui videlicet tempore contractûs fuit, interim decessit: cùm eum pecuniæ valorem creditori restituat, quem acceptum protinus suos in usus convertit. *D. Philipp. Matth. ad d. l. 3. ff. de reb. credit. pag. 40. Broncborst. d. centur. 1. assertion. 64. edit. 1.*

217 Postremum fundamentum desumitur à verosimili contrahentium mente: quorsum nunquam non recurrendum: præsertim verò in contractibus. *leg. sed Celsus. 6. §. ibi, potius id, quod actum, quàm quod dictum, sequendum. & leg. fistulas. 78. in princip. ff. de contrah. emption. leg. in conventionib. 219. ff. de verborum significat. leg. ultim. ibi, cum sit justum, voluntates contrahentium magis, quàm verborum conceptionem inspicere. Codic. quæ res pignori obligari poss. l. unic. ibi, ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur. Codic. ut*
218 *actiones & ab heredibus. &c.* Et cum mens patet, de verbis parùm curandum, *leg. 1. & tot. titul. Codic. plus valere, quod agitur, quàm quod simulatè concipitur. Philipp. Decius in leg. semper in stipulationib. 34. num. 3. vers. verba*
219 *non sunt curanda, &c. ff. de regul. juris.* Verba quippe se habent, ut corpus & superficies: mens verò, ut spiritus & anima, *teste Augustino, canon. sedulo. 12. Distinction. 39. Roland. à Valle consil. 70. num. 56. volum. 3.* Cæterùm contrahentes ad nummi (quatenus, lege & æstimatione publica, nummi) valorem; non nummi corpus seu massam respexisse; eandemque valorem in obligationem deduxisse censentur. Quoniam verisimilius est, eos consensisse in id, quod præsens fuit, quàm quod sub incerto esse potuit. *leg. si ita esset. 7. versic. quia præsens tempus semper intelligeretur, &c. ff. de aur. & argent. legat. dicta leg. 1. in fine principii. ibi, usum dominiumque non ex substantia, sed quantitate, &c. ff. de contrah. empt.* Quare firmiter concludendum: bonitate monetæ extrinsecâ, quæ in valore consistit, immutatâ, ad tempus contractûs, quæ tùm æstimatio monetæ fuerit communis, respiciendum,
220 & secundùm eam solutionem faciendam esse: & consequenter incrementum monetæ, eo casu, debitoris lucro; decrementum contrà ejusdem damno cedere. Atque hanc conclusionem pluribus aliis argumentis, nec non tum Cameralibus (quibus in dubio tenaciter inhærendum) tum aliarum præjudiciis novissimè confirmavit Jacobus Alemannus *d. consultat. 8. quæst. princip. 2. pag. 604. & plurimis subsequentibus.* nec non Hillerus *prædicto Responso jur. num. 7. & seqq.*

221 Cui nihil derogat textus *in l. cum certum. 9. ff. de auro & argent. legat.* ubi Modestinus respondit: si certum auri vel argenti pondus legatum, & non species designata sit, sed genus, ut fit in mutuo, puta si quinque pondo legata sint: non materiam, sed pretium sive æstimationem præsentis temporis præstari deberet: cujusmodi tempus præsens vix intelligi potest de tempore alio, quàm quo solutio facienda est. *Etenim* verba ista (*præsentis temporis*) haudquaquam de tempore solutionis, sed tempore, quo testamentum est conditum, exaudienda sunt, *per leg. uxorem. 41. §. testamento. 4. ff. de legat. 3. & d. l. si ita. 7. ff. de aur. & argent. legat.* ubi tam Scævola, quàm Paulus æstimationem rei legatæ in dubio ad tempus conditi testamenti referri volunt: quòd verisimilius sit, testatorem verba sua intellexisse de illa æstimatione, quam præsens vidit & scivit: cùm futuram monetæ mutationem ne divinare quidem potuit, *argument. l. Julianus. 6. ibi, nec adventitii casus computandi sunt. ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiunt. Pinel. ad rubric. Codic. de rescind. vendit. part. 1. cap. 3. numer. 21.*

Nihil item obstat, quòd aliud sit res ipsa, & aliud ejus- 222
dem æstimatio: & id præstari oporteat, quod in obligatione est, *argument. l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussorib. & l. fin. C. de fideicommissariis libertatibus.* Atqui res, sive ipsa centum (*exempli gratiâ*) aureorum seu thalerorum corpora in obligatione consistant. Hæc igitur, quantumvis eorum æstimatione mutatâ, præstari debeant. *Nam respondetur;* hoc argumentum falso inniti principio: quoniam præsupponit, aureum æstimari ex materia potius & auro, quam ex valore impostitio: ac nummis creditis, non principaliter potestatem & valorem, sed corpora certa aureorum esse credita: quod superiùs sufficienter refutatum est *ex dict. l. 1. ff. de contrah. empt.* & indicatum, nummum sub ratione quantitatis in mutuum deduci: adeoque non corpora aureorum, sed ipsum valorem mutuò dari. Hic igitur si restituatur, recipit creditor, & quod in obligatione fuit, quodque ipsi debebatur.

Sic quoque nihil negotii facessit *præallegata l. credito-* 223
rem. 99. ff. de solutionib. ex qua infertur, quòd quemadmodum creditor nummos in aliam formam recipere non cogitur, si damnum aliquod inde passurus est: ita nec pecuniam numeratam in æstimatione majori, quàm expendit, accipere teneatur: cùm haud sine damno id sit facturus. *Creditor* enim damnum nullum patitur, quando eandem pecuniæ æstimationem recipit, quam expendit. Nec cuiquam iniquum videbitur, auctæ æstimationis commodum creditori adimi: cùm initiò spontè usu pecuniæ sese abdicarit, contentus parem ejus æstimationem postea recipere: eoque æquius hanc, si quæ est, jacturam creditor feret, quòd etiam spem commodi habet. Etenim si imminuta fuisset pecuniæ à se datæ æstimatio: debitor defectum illum similiter supplere teneretur; ita ut creditor eandem illam pecuniæ æstimationem, quam erogavit, habere posset. Et alias insuper tritum est, ex fortuito dubioque eventu neutrum læsum censeri, *argument. leg. si pater. 12. Cod. de inofficios. testament. leg. si olei. 21. Cod. de locato Philipp. Matth. ad dict. l. 3. Codic. de reb. credit. p. 42.* Ad plura alia argumenta, quæ in contrarium moveri solent, prolixè respondet Alemannus. *d. consultat. 8. quæst. princip. 2. pag. 701. & seqq.* Et eorum dissolutio haud difficulter ex subjectis responsis juris inclytæ Facultatis Juridicæ Tubingensis, colligi pariique poterit. Sed & de istis monetalibus controversiis aliquot quæstiones novissimè diligenter explicuit Johannes Kitzelius *in tract. de jure monetar. clas. 2. 3. & 4. pag. 70. & multis. sequent.*

Illud tandem singulariter hic notandum: quòd licèt 224
casus fortuiti, in re debitâ incidentes, nullo planè judicio, & à nullo debitore præstentur. *leg. si ex legati. 23. ff. de verbor. obligat. l. quæ fortuitis. 6. C. de pignorat. act. l. 1. C. de commodat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ibique Delrio cap. 21.* nisi in illâ restituendâ moram commiserit. *l. quod te mihi. 5. ff. de reb. credit. l. si in Asia. 12. §. fin. ff. deposit.* vel culpa casum fortuitum præcesserit. *l. si ut certo. 5. §. quod verò. 4. ff. commodat.* vel nominatim etiam aliud inter contrahentes cautum sit. *l. 1. §. si convenit. ff. deposit. l. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. d. l. si ut certo. 5. §. 2. vers. aut si hoc ab initio convenit. ff. commodat. l. jurisgentium. 7. §. sed & si quis. 15. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff.*
de reg. jur. attamen hoc secus sit in certi condictione sive 225
actione mutui, à qua casus fortuitus, quo res mutuò sumpta amissa est, debitorem liberare nequit. *§. item is, cui 2. vers. & is quidem. infr. hoc tit. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act. l. incendium. 11. C. si certum petatur.* Ejusque perspicua est ratio: quoniam is, qui debet ex mutuo,
genus debet. *l. 2. in pr. & d. l. 3. ff. de reb credit.* Quod au- 226
tem in genere debetur, perire non potest. Nec enim genera quid sunt materiale, sed quid intellectuale, quod

Digitized by Google

paſſionem non recipit, *notante Gothofredo ad d. l. incen-* 227 *dium. 11. in verb. non exuit. C. ſi cert. petat.* Præterea ille, qui rem mutuò accepit, ejus protinus dominus eſt effectus, *ut conſtat ex fine hujus principii.* At rem domino ſuo perire, certo certius eſt. *l. pignus. 9. C. de pignoratit. action. latè Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 7. num. 26. cum ſeqq. & Kitzelius in exegeſ. de oblig. mutui. cap. 7. num. 45. & aliquot ſeqq. pag. 261.*

Porrò ut prædicta omnia clarius eluceſcant: placet hic ſubjicere unum atque alterum Facultatis Juridicæ Tubingenſis, ſuper re nummaria ſeu monetali confectum conſilium ſive reſponſum: & primum quidem Anno 1622. Menſe Decemb. conſulenti cuidam datum.

Facti Species.

228 Dn N. D. j.u. d. dum viveret, in urbe quadam inſigni Germaniæ, anno 1593, penſionem annuam ſexaginta bonorum florenorum juſti ponderis, mille & ducentis florenis emit; poſtea vero, nomen anno 1607 deletum eſt, eique aliud ſortem 2000 florenorum dicens ſubrogatum, eo ſc. modo, ut in ſingulos annos centum floreni penderentur, quilibet 15 batz. ſive 60 cr. tales quidem qui in dicta urbe pendendo eſſent; ea inſuper lege ut à penſionis venditore, ſi eam redimere vellet, 2000 florenorum, nummis habendis ſecundum æſtimationem quæ tunc-temporis in dicta urbe obtinebit, reſtituenda eſſent. Nunc autem penſionis venditor, qui heredibus defuncti emptoris dictam ſortem numerandam denuntiavit, in eam ſorte, vel ſpecies minoris notæ deſtinat, vel bonas quidem, at juxta eum valorem auctum habendas, quo nunc multis in locis Imperii & in Urbe redimentis, ex communi æſtimatione penduntur. Quapropter, nos infra ſcripti, rogati hac de ſpecie reſponſum juris dare, petitioni nullà morâ annuentes, in conſeſſu collegiali, re diligenter perpenſa, unanimi ſententia concluſimus.

229 Quanquam apud Imper. juriſperitos quæſtio dubia ſit, & de qua confuſe & perplexe juris utriuſque interpretes ſcripſerunt, ubi oritur controverſia de nummis eorumque valore vel bonitate ad ſortem reſtituendam, num ſc. tempus contractus, an vero ſolutionis ſit reſpiciendum. Etſi porro in propoſita facti ſpecie, debitor ſortis venditor penſionis, ſingulari pacto ſibi proſpexerit, modumque dixerit de redimenda pen- 230 ſione nummis juxta eam æſtimationem pendendis quæ tempore ſolutionis uſitata erit. Quo in caſu, tempus ſolutionis inſpiciendum eſſe, communiter ferè receptum eſt: pactoque contrahentium in qualitate ſolutionis omninò ſtandum eſſe, Bartolus docet, *in l. Paulus. 99. in fin. ff. de ſolutionib.* Debent enim ea, de quibus inter debitorem & creditorem conventum eſt, obſervari. *Albert. Brun. de augment. monetæ, in 2. præſuppoſito. num. 10. Ant. Sola, ad conſtit. Sabaud. tit. de pact. inter empt. & venditor. caſu 17.* Hincque dicit Laudenſis *in tract. de monet. num. 13. in fin.* quòd Practicantes debeant attendere conventionem partium, in monetâ reſtituendâ, &c. Non tamen poteſt debitor penſionis hanc redimere moneta eo valore habendâ qui nunc ab exiguo tempore obtinet: hic quippe valor ab inaudita rei monetariæ conturbatione ſit, ac ita de facto & quaſi vi majore, adverſus votum & voluntatem ſapientis regiminis inceſſerit, nec uſquam in Imperio Germanico, multo minus in debitoris urbe (quæ pro aliis urbibus politiæ ſtatutis inſignis eſt) is valor lege vel ſtatuto, aut edicto perpetuo receptus, at per conniventiam neceſſariam, ad quoddam ſaltem tempus, donec aliud quid ſtatuatur, toleratus ſit; Dum ſc. diligenter conquirantur remedia, quibus damnoſa iſta confuſio ceſſet, reſque monetaria aliqua ratione contineatur. Quapropter monetâ hujus temporis, ipſiusque valore, minime ſtandum eſt, quaſi ea eſſent a ſtatuto vel ordinatione, quæ temporis aliquem tractum ſucceſſivum probabilemque durationem requirit & intendit. Quamvis porro in 231 communi ſolutione, in emptione venditione, valor iſte ſit receptus; id ex eo tantum fit, quod omnium quoque mercium, bonorumque mobilium & immobilium valor, merces etiam omnium operarum, in duplum triplumve creverint; hocque pacto ad aliquam proportionem ſeu æquabilitatem inter pretium & rem pervenire liceat. Verùm enim verò, ubi de pecuniaria penſione redimenda agitur, ſi quis olim nummos bonos, aureoſve ponderoſos dederit mutuos, nunc verò minoris bonitatis, vel aucti valoris thaleros, ejuſque generis nummos accipere teneretur, is contra omnem juſtitiæ commutativæ rationem, ne quartam quidem ejus quod mutuum dederit reciperet. Id quod non ſolum charitas Chriſtiana & canonica, ipſaque naturalis ratio, ac ſenſus communis notoriè deteſtatur: ſed & Juris civilis Interpretes abnuunt uno ore. Etenim 232 monetas eſſe calculandas ac æſtimandas, non prout Mercatorum abuſus introduxit, ſed prout quantitas metalli ferre ſolet, tradit Caſpar. Anton. Teſſaurus *tract. de augment. monetæ. n. 41.* Licèt enim pecunia ſoleat à communi uſu recipere æſtimationem: communis tamen curſus à vero valore haud ita longè aberrare debet: *ut ibidem innuit modò laudatus Teſſaurus. Et graviter hac de re diſſerit Iohan. Mariana, Theologus è Societ. Ieſu in tract. de Juſtit. Regis. cap. 8. lib. 3. fol. 269. & Bodinus lib. 6. de Republ. cap. 3. à princip.* Abſonum ideo & nullum eſſet ſtatutum (præſertim Principis, aut Reipublicæ inferioris) ſi nummum ita inique æſtimaret: ac proinde ſecundùm talem abſonam æſtimationem creditoribus ſuis ſatisfacere vellet.

Et quòd in monetâ, perpetua inſpici æſtimatio debeat; 233 non ea, quæ ad certum tempus inducitur, vel toleratur; evincunt quoque ea, quæ habet Martinus Laudenſ. *in d. tract. de monet. num. 13. verſ. ſi autem eſſet reprobata, &* Dn. Erneſtus Cothman. *conſil. 34 num. 82. & ſeq. vol. 1.* Et eſt textus hanc in rem expreſſus *in l. 1. in princ. ibi, publica ac perpetua æſtimatio. ff. de contrah. empt. l. 3. ibi, cùm certa ſit nummorum æſtimatio. ff. de in lit. jurand.* Conſentit quoque *l. 3. ff. de eo, quod certo loco, &c.* Sicque pro nummo (ſive *fur ein Wehrung*) haberi illa æſtimatione quit, quæ perpetua haud exiſtit. Ac quod ipſis in terminis noſtris mutatio numiſmatum, quæ modico tempore duravit, vel duratura eſt, nullo pacto conſideranda ſit, nec ejus ratio debeat haberi, Bartolus tenet, *in d. l. Paulus col. penult. ff. de ſolutionib.* quem communiter alii ſequuntur; *ut fatetur Panormitanus adductus & approbatus à Didaco Covarruv. in collat. veter. numiſm. cap. 7. n. 4. ad fin. qui tamen regulariter tempus ſolutionis, in redituum redhibitione, pertinaciter urget.* Quo etiam con- 234 fert elegans Pauli JC. reſponſum *in l. pretia rerum. 63. §. fin. ff. ad leg. Falcid.* ubi inquit: Non ex momentis temporum, nec ex ea, quæ rarò accidit, caritate, pretia conſtitui. Multo minùs ergo incerta illa nummi, indieſque varians expenſio, pro verâ æſtimatione haberi debet. Et ita cùm juſtè veremur; valoris augmentum, vel decrementum propediem rurſus mutatum vel abrogatum iri: tum etiam ex mente eorum Auctorum, qui aliàs dicunt, reſpiciendum eſſe hoc noſtro in caſu ad ſolutionis tempus, potiùs attendi debet pretium & bonitas nummorum, quales ii fuerunt tempore contractûs celebrati. Et ſanè præ-

ſentis

Digitized by Google

sentis temporis vilis moneta, probiorisque iniqua æsti-
235 matio, durabilis præsumi nullo modo debet. Quippe diu durare moneta vilior, in eodem statu propterea non potest: quia difficultates commerciorum, & id genus alia quàm-plurima incommoda, ex monetæ deterioratione, quantumvis publicè institutâ, suborirentur: semperque ita metuendum est, ne brevi, vel in totum vilior illa tollatur, vel edicto publico valor extrinsecus restringatur; vel si neutrum horum eveniat ipso Populi tacito consensu aliud introducatur. *Andr. Kobl. exer. 18 n. 1. vers. quintò quia cum moneta &c.* Proinde omnino contra bonam fidem foret: si quis timens, imò prævidens talem, necessariam monetæ depretiationem, annuum censum quem diu solvit, & porrò etiam alias soluturus esset, maximo cum emptoris detrimento redimere vellet.

236 Illis incassum opponitur, quod in instrumento, ut dictum est, ea monetá solvendum esse dicatur, quæ hoc tempore danda & recipienda est: Nam contrahentes (utpote quorum verba proprio & juridico sensu intelligi debent) non eam monetam dandam & recipiendam esse intellexerunt, quæ non perpetuo edicto, aut legitimo modo, sed per abusum, introducta est, & ad tempus toleratur: cùm maximè in omni obligatione & dispositione, utcunque verba generalia & prægnantia sint; semper tamen per jura vulgata, ipsumque rectæ rationis instinctum, exclusus censeatur is casus, per quem alterutri parti summa iniquitas, & damnum evidens suboriretur: præsertim si eo de eventu, nullo modo cogitare, eumque providere contrahentes potuerunt, *arg. l. cum Aquiliana. 5. ff. de transactionib. ubi Dd. & Afflictus Decis. 403. n. 4.* Nemo autem negare potest, præsentem rei monetariæ depravationem non solùm injustam planè, ac perniciosam: sed & in Imperio Romano-Germanico inauditam prorsus esse; similemque in nullis ferè rerum gestarum monumentis inveniri.

Nostra proinde manet Sententia, istam nempe inconstantem, Romani Imperii optimis constitutionibus, bonoque publico penitus adversam æstimationem nummorum majorum, & juxta horum rationem æstimatæ monetæ, nequaquam in specie facti proposita contrahentes respexisse: neque eos nummos pensionis emptoribus, ad eam redimendam obtrudi posse; sed, aut pensionem diutius esse pendendam, aut restituendam esse sortem nummis juxta eum valorem æstimandis, qui ante damnosam illegitimamque monetæ auctionem, in dicta urbe usitatus erat.

Quemadmodum suprà decisivè continetur: ita nos Decanus & reliqui Professores Facultatis Juridicæ in Academia Tubingensi, secundum ea, quæ nobis in suprascripta Facti specie ad consultandum proposita fuerunt (solà veritate & justitià pro oculis habitâ) unanimiter sentimus, consulimus, & juris esse respondemus: salvo tamen semper melius sentientis judicio. In quorum fidem consuetum Facultatis nostræ Sigillum apprimi curavimus, Actum in Collegio nostro, secundo die Decembris, Anno Christi supra millesimum, sexcentesimum, vigesimo secundo.

Secundum Amplissimi Collegii Juridici Tubingensis Consilium, super re nummariâ seu moneta compositum, mense Junio Anno 1623.

Facti Species.

237 Quadam in urbe, an: 1621 & 1622, pecunia, exigente necessitate, accepta est mutua, quam creditores numerarunt diversi, qui accipientes quæritabant, imò etiam enixè rogabant ut acciperent: Multa millia florenorum credita sunt usuræ dictæ vicesimæ; Species æstimatæ pro valore qui tunc temporis in immensum creverat: Ducatus nimirum quilibet 10, 14, 15. Aureus (goldsgulden) 10, 11. thalerus vero, 8 florenis æstimati sunt; numerata etiam sunt multa millia florenorum nummis Baruthensibus, Ambergensibus aliisque Sexbatzenis; obligationes porrò conceptæ sunt in florenos Rhenanos monetâ intellectos, ut ex Litteris A. B. C. D. apparet.

Fit autem hoc anno 1623, dum dicta in urbe moneta ista maximam partem, penes accipientes adhuc extat, ut, jubentibus ordinibus rei monetariæ moderatoribus Circulorum Bavariæ & Franconiæ, moneta corporalis (die grobe) aurea & argentea in valorem multo inferiorem sit delapsa; nimirum ducatus ad duos fl. 20 cr:, Aureus ad florenum unum & 44 cr:, thalerus vero ad florenum unum & 30 cr: decreverint: nummi vero Baruthenses, Ambergenses & ejusmodi Sexbatzeni, penitus prohibiti usuque vetiti. Inde eis apud quos pecunia ista accepta extat, gravissimum damnum eveniret, si tam multa millia florenorum ducatibus, aureis & thaleris summo pretio habitis accepta, nunc secundum valorem deminutum essent creditoribus restituenda. Quale esset, ex. gr. cùm ei qui centum ducatibus, quolibet ducatu pro 15. fl. habito, mille & quingentos florenos dedit, nunc decrescente valore, 642 ducatus & 2 fl. in moneta, adeoque 542 ducatus & 2 fl. præter centum acceptos, restituendi essent.

Similis ratio est aureorum, quorum si quis centum, quolibet 10 fl. æstimato, acceperit pro mille florenis, is, postquam valor aurei ad florenum unum & 44 cr. redactus est, quingentas septuaginta septem species cum 96 cr:, adeoque præter centum species quas accepit, quadringentas septuaginta & septem cum 96 cr. restituere deberet. Si quis porro centum thaleris, quolibet pro 8 fl. habito, 800 florenos dedit; ei, postquam thalerus ad florenum & 30 cr. lapsus est, restitui oporteret circiter 533 species, adeoque 433 præter centum acceptas.

Quandoquidem igitur eo pacto debitor non modo ultra dimidium, verum etiam ultra quadruplum & quintuplum læderetur, summumque damnum pateretur, exigit idcirco necessitas ut de quæstionibus sequentibus responsum juris requirat. 238

Primò, quamvis in obligationibus, ubi data est pecunia mutua, de speciebus earumque ingenti valore nihil cautum sit, at omnia secundum immensam tunc usitatam æstimationem, in florenos Rhenanos monetâ intellectos fuerint deducta; Annon diversos illos nummos, quorum valor actu jam sit deminutus ac forte in posterum minuendus, Ducatus sc. & aureos thalerosque eo valore quo traditi sunt, veluti ducatum pro 10, 14 & 15 florenis, aureum pro 10, 11 flor: thalerum pro fl. 8. nulla ratione habita valoris actu jam deminuti & forte in posterum minuendi, Creditor in solutum accipere teneatur?

Quoniam porrò, juxta litteras B. C. D. obligationes nonnullæ in aliquot annos fuerint contractæ; annon, propter valorem deminutum, qui forte in posterum adhuc minuetur, eæ caducæ factæ sint, & creditores teneantur species superiori anno, summo pretio datas, nunc ad præsentem futurumque valorem deminutum, juxta florenos Rhenanos monetâ intellectos, reducere, ac in obligationes de novo conceptas deducere?

An non etiam obligationes eæ, quæ antè annum, ratione nummorum Baruthensium, Ambergensium &

id

Digitized by Google

id genus Sexbatzenorum, qui jam omnes sunt prorsus usu prohibiti, prohibitione ista irritæ factæ sint? An porrò Creditores, quamvis obligationes in aliquot annos, qui juxta litterar B. C. D. nondum effluxerunt, conceptæ sint, nummos eos, qui tempore contractus dati sunt, jam nunc in sortem & usuras accipere jure teneantur? An-non etiam Creditores, nummos aureos argenteosque a se datos, eodem valore quo dederunt, Ducatus Sc. pro 10, 14, 15 fl. aureos pro 10, 11. fl. thaleros pro fl. 8. in solutionem usurarum accipere teneantur? An vero eæ juxta deminutionem valoris, thalerorum sc. uno fl. 30. cr. Ducatuum 2 fl. 20. cr. aureorum 1 fl. 44 cr. æstimatorum, solvendæ sint?

Quoniam in quibusdam obligationibus, juxta lit. B. à creditoribus de sorte & usuris ita cautum sit, ut ipsis solutio parata fieret bonâ Imperii monetâ, seu, juxta lit. C. bonis ac recipiendis (guten und gangbaren) nummis, uti eo tempore [illegible] locorum nummi pendendi erunt & idonei, seu, juxta lit. D. bonâ eoque in loco usitata monetâ: An, eâ clausulâ remotâ, creditori satisfactum esse dici possit, si sortis & usurarum restitutio fiat eo valore qui tempore contractus obtinebat? An nimirum clausula quicquam efficiat, nisi ut iis nummis qui eo in loco in usu sint, solutio fiat. Cùm etiam factum sit ut creditores quidam, qui thalerum octo florenis æstimatum dederint, exactionem usurarum quarum dies venerat, in cerealia (licht mess) distulerint alia aliaque, donec ad tempus deminuti valoris perventum sit, quo thalerus ad 1 fl. 30 cr. decrevit: quæritur num eis thalerus 8 florenis an vero juxta deminutum valorem 1 floreno 30 cr. æstimatus in solutum, jure dari possit!

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

Nos Decanus ceterique DD Juridicæ Facultatis Universit. Tubingensis, rogati de proposita facti specie & ad quæstiones subjectas sententiam nostram aperire; hoc neutiquam denegantes, res ea cùm sit momentosa, graviaque contineat negotia inauditæ antehac monetæ mutationis his temporibus contingentis, undè similes controversiæ in posterùm de valore vel pretio nummorum haud dubie excitabuntur: qualis autem hæc sit in consessu collegii diligenter investigavimus, attendentes non modo ad naturalem christianamque æquitatem, sed etiam ad jura communia & scripta, constitutiones & recessus Imperii. Nobis igitur visum est, quod ex parte creditorum non leves militent causæ ex quibus concludi possit, quoad primam quæstionem supra propositam (ex cujus decisione reliquarum omnium resolutio dependere videtur) non posse debitores usurarum sortisque solutionem, tempore præstituto faciendam, eâ monetâ eoque valore quæ in obligationibus dicuntur, citra notam fractæ & non servatæ fidei, declinare.

Rationes dubitandi.

239 Nam, primò; Creditores ad pura verba instrumentorum ad nos transmissorum, quibus se debitor obstrictum confiteri debet, provocare possunt, atque ex iis causam petendi paratissima liquidissimaque probatione docere; nam in prima obligatione, sub littera A, notanter dicitur, quod in debitoris Camera (Rent-Cammer) Caii Sempronii vidua 1000 fl. Rhenanos monetâ, quolibet floreno 15 batzenis seu 60 cruciferis æstimato, in usuras legitimas consignaverit; quod eam summam debitor paratâ pecuniâ acceperit, promittens se prædictorum mille florenorum moneta Rhenanorum, singulis annis usuram esse soluturum. Alia obligatio sub littera B magis stringit: in ea enim debitor non modo profitetur se 8000 fl. monetâ Rhenanos, paratâ pecuniâ accepisse; verùm etiam promittit se creditori hujusve successoribus dicta 8000 florenorum, moneta bona, quæ sc: sit in usu, tempore præstituto esse soluturum. Similiter est tertia obligatio sub Litt. C. de consignatis florenis monetâ Rhenanis concepta: notanter verò in ea cautum est de solvendis usuris & sorte, bonis ac tempore solutionis faciendæ usu venientibus nummis, sc. uti ii in debitoris camera (Rent cammer) in acceptis & expensis communiter æstimati erunt. Ultima obligatione sub littera D. etiam probatur, Debitorem tria millia florenorum monetâ Rhenanorum accepisse, eumque promisisse ea a se, tempore præfixo, monetâ bona, eâ sc. quæ in sua Camera (Rent-Cammer) in usu erunt, restitutum iri, seque interea usuras eo modo soluturum esse.

Nunc autem certi juris est: instrumentum facere pro- 240
batam probationem non probandam, *Bald. in l. quoties. C. de judic.* & dicitur veritas apparens, *secundum Baldum in l. Imperator. ff. de stat. homin. & in l. interest. in ultim. notab. C. de solut. Curt. Jun. consil. 109. num. 20.* Instrumentum item reputatur facere rem certam. *Bartol. in l. 1. in princ. num. 8. ff. de novi oper. nunciat. Decius consil. 302. colum. fin.* & probationem manifestam, *Bald. in l. 2. colum. 2. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores, &c. Paris. consil. 104. n. 64. part. 1. Natta consil. 177. num. 1. & consil. 502. num. 8.* adeò, ut contra tenorem instrumenti probatio non admittatur, nisi per aliam scri-
pturam *l. generaliter. 13. C. de non num. pecun.* Et sic et- 241
iam verba; *dedit, ac consignavit (angelegt, von ihme empfangen und eingenommen)* quibus nempe Dn. Debitor utitur, numerationem & traditionem probant, *Alexand. cons. 146. incip. videtur inspectis. num. 9. vol. 1.*
Et ipsis in terminis nostri casus, quando in Instrumento 242
obligationis declaratio vel æstimatio pecuniæ invenitur: tunc illa declaratio & æstimatio attendi debet, ut *Bartol. in l. Paulus. 99. (alias incipit, debitorem sive creditorem) in fine. ff. de solutionib. & in l. si quis stipulatus fuerit decem. 57. ff. eod. ut & in l. sed addes. 19. (alias. 21.) §. si dominus. ff. locati. Anchoran. in Clement. si beneficiorum. 2. circa finem. ubi etiam Imola. de decimis. post Baldum in consil. 339. incip. punctus quæstionis. vol. 2. aliique tradunt.*

Secundò, ista omnia heic locum ita sibi vindicant, 243
atque efficiunt ut claris obligationum verbis de speciebus tam in sortis quam in usurarum solutione præstandis, stari debeat, eo magis, quod istæ obligationes, juxta ea quæ in iis narrantur, virum dignitate principem devinciant, qui se iis fideliter stare velle sine fraude, scripto promisit. Principes autem, aliique Magnates & publicæ personæ, ad fidem servandam cum-primis adstringantur *l. 1. & l. 5. ibique Dd. ff. de pact. ut & in l. 1. ff. de const. pec.* Etenim ex Meterano, Petro Matthæo, Rudolpho Boterejo, aliisque Historicis hujus seculi, intelligere licet, quantum splendori Regiæ Majestatis Philippi II. Hispaniarum Regis offecerit, quod ipse Genuensi-

Digitized by Google

Genuenſibus mercatoribus lucrum quidem iniquum captantibus fœneratitium compendium præſcidit, id verò ab obligationibus, clariſque earum verbis diſcedens, fecit.

Tertiò, a creditoribus, probabili admodum ratione objici poteſt, ſe bonos & tunc-temporis facile accipiendos florenos dediſſe, & idcircò ſibi par numerum florenorum, nummis juxta eum valorem æſtimandis, quo ii quandocunque in uſu erunt reſtituendum eſſe, cùm moneta ſecundùm temporum & regionum placita vel morem cenſenda ſit & æſtimanda, *argum. l. ſi ſervus.* 40. §. *ult. ff. de legat.* 1. maxime cùm Dom. debitor, ſecundum ea quæ in facti ſpecie narrantur, eas ſummas, exigente neceſſitate, adeoque utiliter acceperit; ſiquidem iſtâ pecunia tot floreni impendi ab ipſo potuerint, quot eadem accepti ſunt. Idque ſi forſan non factum fuit: haud creditoribus, ſed ſibimet ipſi imputare debet.
245 Et etiamſi floreni ſint in ſolutione, ac ex partium conventione thaleri, vel aliæ groſſæ monetæ in æſtimationem fuère deductæ: tunc monetæ mutatio non attenditur; ſed tot ſunt floreni reddendi, quot in obligationem deducti fuerunt, *argum. c. quanto.* 18. *ext. de jurejurand. Bartol. in d. l. Paulus.* 99. *ff. de ſolutionib. Boer. deciſ.* 327. *num.* 10. *Covarruv. de collat. veter. numiſmat. c.* 7. §. *unic. concluſ.* 7. *Gabriel. Roman. commun. concluſ. lib.* 3. *t. de ſolut. concluſ.* 2. *num.* 8. *Menoch. conſil.* 49. *num.* 10.

Huc accedit quarto, quod creditoribus non certa fuerit lucri expectatio a verbis obligationum ſtricte intellectis: facile enim potuiſſet, & nunc poteſt contingere ut a tempore mutui contracti, ad ſolutionis diem, valor ejus generis nummorum in majus creſcat, vel ii
246 a bonitate degenerent. Semper enim tempus minuit monetam: priorque melior reputatur poſteriore, *Wehner. in pract. obſervat. ſignificat. verbo. Goldgülden, à principio, fol. nobis,* 230. Et cum iſta, quæ nuper gliſcebat, nunc aliis in locis nondum exploſa immodica perturbataque monetæ æſtimatio, antehac fuerit inaudita; ita ut eam nullus ſanæ mentis ſuſpicari potuerit; fieri utique poteſt, ut, intra aliquot annos, res monetaria in pejus adhuc miſceatur, eaque ad ſuſceptam reſtitutionem perduci, ſiſtique nequeat. Quod enim ſemel factum; iterum, & adhuc pluries fieri poteſt: ac ſemper in Mundi theatro eadem fabula agi ſolet: in pejuſque indies cuncta ruunt, retròque ſublapſa refe-
247 runtur. Et inde bonæ leges ex malis moribus natæ, rarò durationem habent: ſed à cauſa impulſiva, malitia nempe hominum, quæ iis anſam dedit, tandem ſuperantur: & plerunque doctâ plus valet arte malum.

248 Cùm igitur certum non ſit quod prætenditur lucrum creditorum, verùm id incerto contineatur eventu: cumque, ut modò dictum eſt, quod in re monetaria perturbatum fuit, id tempore ſolutionis in pejores turbas ire poſſit: inde ſequitur, quòd ex incerto hoc eventu dependens læſio, nullo modo debeat conſiderari. *Dd. in l.* 1. *ff. de in lit. jurand. Cynus in l. fin.* §. *ſed neque C. communia de legat. Bartol. in l. inter ſtipulantem.* 83. §.
249 *ſacram.* 5. *& ibidem Zaſius n.* 18. *ff. de verbor. obligat.* Et incertitudo facit licitum, quod aliàs illicitum eſt, *Gail. lib.* 2. *obſerv. n.* 8. Quale eſt, ubi quis in terminis mutui, vinum vel frumentum ea lege dedit, ut ſibi id, adveniente autumno vel meſſe, eadem menſura, ea vero bonitate qua Deus eo anno largietur, *argumento. l. omnia.* 7. *& l. vin.* 22. *ff. de reb. cred. ſi cert. pet. Dd. ad l.* 3. *ff. d. tit.*

Verùm etiam dici denique poſſet, mutationem rei monetariæ ad creditorem non pertinere, nec ei nocere poſſe; Si vel etiam dicatur, eam non pro incerto eventu, ſed pro indubitato contingenti haberi: Sic enim debitor hujuſque conſiliarii id ſcivere vel ſcire potuerunt & debuerunt, ac proinde, ut qui

ſciverint voluerintque, nullam habent cauſam de læ- 250
ſione conquerendi: cùm volenti injuria non fiat, *per jura vulgata.*

RATIONES DECIDENDI

Qualiacunque ſint iſta, aliave, quæ pro credi- 251
toribus dici poſſent, & quibus efferendis brevitatis causâ, ſuperſedemus; tamen eſt ut contrariam ſententiam tueamur à nobis ſignificanter tandem proponendam; ſc. non obſtare verba clauſulaſque in obligationibus ſcripta, quin, tempore ſolvendæ ſortis & præſtandarum uſurarum, nummi eo valore ſummo quo dati ſunt, creditoribus retrò tradi poſſint, & ab ipſis ſint accipiendi. Etenim mutatione mone- 252
tæ factâ: cùm, ut plerumque fit, dubitari ſolet: anne tempus ſolutionis, num verò contractûs attendendum ſit? communiſſimè reſpondeni conſuevit; ſive mutata ſit moneta extrinſècâ in bonitate, hoc eſt, *In der* valuation *oder* æſtimation, *daß ſie nemlich jetzo mehr oder weniger gilt, als zuvor;* ſive intrinſeca, hoc eſt, materia, pondere & qualitate, *im korn, Gehaldt und Gewicht*: ſemper ſecundum eam bonitatem faciendam eſſe ſolutionem, quam habuerunt nummi tempore contractûs. *Gail. lib.* 2. *obſerv.* 73 *num.* 7. *Sixtin. de Regalib. c.* 9. *num.* 177. *fol. nobis.* 158. *Borcholt. de feud. ad c. unic. quæ ſint regalia. n.* 62. *&* 58. *Mynſing. cent.* 4. *obſerv.* 1. *Zaſ. lib.* 1. *ſingul. reſp.* 1. *num.* 25. *Theſaur. deciſ.* 174. *num.* 1. *Joan. Koppen. deciſ.* 1. *Cothman. conſil.* 36. *per tot.* Idque ſequitur quoque Cameræ Imperialis ſtylus, etenim in eo conſilio ſeu reſponſo juris, quod *Joh. Wolffg. Hillerus* U. J. D. de hac ipſa materia, *Auguſtæ vindelicorum* nuper edidit, non modo præjudicia multa, verùm etiam, in alio, huc adjecto conſilio, num. 10. & ſeqq. nonnulla mandata ſententiaſque verbotenus refert, omnia eo tendentia, ut creditor mutuam à ſe datam pecuniam, nummis ejuſdem generis ejuſdemque valoris, aut aliis qui ejus penitus ſint bonitatis, exigere queat; haudquaquam verò teneatur minoris notæ accipere nummos: atque adeò tempus contractûs, ſeu mutui dati, indifferenter ſit reſpiciendum, & juxta id ſolutio ſit facienda. Generaliter itaque attenditur ac conſideratur valor, qui fuit tempore contractûs; tantuſque reddendus eſt, quantus tempore contractûs, legis, aut ſententiæ fuit conſtitutus; quemque tum pecunia habebat: ſive poſtea illa creſcat, ſive decreſcat in valore. Utrumque enim cedere æque poteſt in detrimentum aut commodum, tam debitoris, quàm creditoris: atque adeò ex natura rei utriuſque æqua conditio eſt: ut Theologus & Jureconſultus maximi nominis Ludovicus Molina *in tract. de juſtit. & jur. tom.* 2. *diſp.* 312. *num.* 3. *& ſeqq.* deducit. Quemadmodum etiam egregius &
ſubtilis Jureconſultus Johannes Petrus Surdus *tom.* 2. 253
conſil. 120. irrefragabiliter edocet: quòd, etſi ſolutio ſecundùm conventionem fieri poſſit de monetâ currente tempore ſolutionis: attendi tamen valor libræ, qui erat tempore contractûs, & ſecundùm illum fieri ſolutio debeat: ita ut, ſi tempore conventionis tredecim libræ conſtituerent aureum, & nunc de monetâ novâ, quæ eſt vilior, & magis ære commixta, decem & ſeptem requirantur: tunc teneatur debitor ſolvere decem & ſeptem pro tredecim antiquis: cùm nempe communis concluſio ſit,
quòd ubi moneta facta eſt deterior in intrinſeca bonitate, 254
vel in pondere: ſolutio fiat de moneta antiquâ, vel de nova ad valorem antiquæ. *Bartol. in d. l. Paul. n.* 6. *ff. de ſolution. & in l. cum quid.* 3 *n.* 17. *ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* Et hanc quoque dicit magis communem Alexander *ibi, n.* 16. & Socinus *in conſil.* 298. *vol.* 2. ait, ita communiter tenere Legiſtas & Canoniſtas. Conſentit Brunus *in tract. de monet. in part. n.* 1. Hocque procedere etiam ibidem Surdus dicit in moneta indeterminata: ut ſunt floreni, libræ, &c. ita ut nihilominus ſolutio fieri debeat ſecundùm æſtimationem antiquæ. Hincque concludit, quòd dari non poſſint

Digitized by Google

possint centum libræ de pecunia contaminata, loco centum librarum antiquarum, quæ erant pretiosiores. [Et insuper quoque Surdus censet; quando conveniunt partes, quòd solutio fiat de monetâ currente tempore solutionis: tunc nihilominus novam pecuniam solvendam esse secundùm valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de novâ, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam vel conventionem aliud nihil operari, quàm quòd debitor non cogatur solvere de pecuniâ antiquâ, sed possit de novâ. Allegat, *post alios multos*, itidem Oldradum *in consil.* 250. *n.* 3. *vers. ad secun-*
255 *dum*, &c. qui dicit, stante statuto, quòd solutio possit
fieri de certâ monetâ, eam debere reduci ad æstimationem antiquæ: quia statuti intentio fuit non augere, vel minuere obligationem, sed demonstrare, de quâ monetâ solutio fieri debeat. Et quæ hactenus ex Surdo recensita sunt; ea pariter singulari responso comprobat idem Surdus *tom.* 3. *consil.* 368. ubi inter alia *n.* 16. scribit: si æstimatio grossæ pecuniæ est aucta, & minutæ bonitas intrinsecus est mutata, licèt non sit mutatus valor: tunc si ex decem florenis mihi debitis poteram tempore contractûs habere tres aureos; nunc autem plures floreni requiruntur: teneberis mihi solvere tot florenos, cùm quibus possim emere tres aureos; quemadmodum potuissem tempore contractûs. Cùm verò aurei valor creverit absque vitio monetæ inferioris: tunc interesse non considerabile esse, putat. Quòdque hoc etiam procedat, si floreni sint in obligatione: præter ea, quæ hactenus ex Surdo sunt relata, sequenti quoque consideratione roborantur. Nam etsi florenis (sicut in Italiæ plerisque locis, libris) tanquam imaginariis, & numeralibus, ut ita dicamus, monetis, aliarum monetarum pretium calculetur; hique floreni, quoad baciorum ac cruciferorum numerum, semper immutabiles maneant: ii tamen floreni, relatione factâ ad currentes monetas, intrinsecam quodammodo recipiunt bonitatem: & hac inspectâ intrinsecâ bonitate, imaginarium admittunt decrementum vel incrementum: floreni minuta namque speciatim, si minoris notæ monetâ, eâque viliori numerantur, ii jam bonitatem habent longe minorem eâ quam habuere, cum minuta moneta longè melior fuit. Consentit Gaspar Anton. Tessaurus *in prædicto Tract. de augm. monet. part.* 1. *n.* 27. 44. &c. ubi inter alia dicit: animadvertendum esse, quot floreni illius monetæ, quæ ingreditur sive efficit florenum, tempore contractûs constituerint Ducatum (vel Thalerum) & quanti nunc illa moneta argentea in florenis æstimetur: ac juxta illam æstimationem, dandum esse floreni valorem in alia moneta, tempore solutionis currente. Et ita quoque intelligendus est Anton. Faber *in tract. de var. nummor. debit. solut. cap.* 9. *vers. postremo hoc unum requiro*, &c. Ex quo loco colligitur: tum demum in obligatione librarum totidem libras esse reddendas, si libræ intrinsecus nec auctæ, nec diminutæ sint. Similiter respondet Alciatus *consil.* 115.
256 *in fin.* Si obligatio consistat in libris vel florenis: quòd li-
bræ vel floreni solvi debeant illius bonitatis, cujus erant floreni tempore contractûs. Idemque repetit *consil.* 586. *in principio*: & adstipulatur Cephalus *consil.* 31. *num.* 12. *vers. nec est verum*, &c. Ex cujus traditione colligi potest: si non solverentur floreni secundùm bonitatem, quæ erat tempore promissionis: quòd tunc plus vel minùs, ratione subsecuti augmenti vel decrementi solveretur, quàm in stipulationem deductum fuit. Hancque sententiam item communem dicit Anton. Tessaurus *decis. Pedem.* 174. *num.* 6. *vers. sed adverte*, &c.

257 Secundo: quandoquidem creditor, ut modò probatum
est, minoris bonitatis, seu vilioris iis quos dederit florenos, accipere non tenetur; pari ratione concludendum venit, quod nec ipsi florenos meliores vel ponderosiores iis quæ dedit, petere liceat, nec debitor ad id, ulla ratione juris adigi queat. Contrariorum namque eadem est disciplina. *can. hospitalitem.* 32. *Distinct. l.* 1. *ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. initio Instit. eod. l. qui accusare.* 8. *ff. de accusationib. l. & si contra.* 35. *ff. de vulg.* & *pupill. substitut. l. Pomponius.* 4. §. *sed & in.* 2. *ff. de procuratoribus. l. fin. in princip. ff. de legat.* 3. Idque maximè procedit, quando par eademque utrobique ratio existit, *argument. l. si quis negotia.* 23. *ff. de negot. gest. l. ea lege.* 51.
ff. locati. Nicol. Everhard. a Midelburg. in locis legalib. 258
loc. à contrario sens. num. 8. & *seq.* Ac item natura correlativorum est; ut dispositum in uno ex ipsis correlativis, censeatur dispositum in alio. *Hippolyt. de Marsil. singular.* 398. *incip. tu scis.* &c. ubi dicit, quòd regula (quæ est: quòd illud, quod non dixit lex, nec nos dicamus) haud habeat locum in correlativis. Licèt enim lex tantùm faciat mentionem de uno correlativo: tamen idem
censeri in alio constitutum. Nunc autem debitor & cre- 259
ditor correlativa sunt: & ergo, quemadmodum in eo omnes hodie ferè conveniunt Jurisconsulti; quòd pro florenis, in bona & proba moneta veteri expensis, nemo cogatur accipere monetam ærosam & novam, aut occasione hujus novæ improbæque monetæ Thaleros, Ducatos, &c. ex mero abusu, ratione extrinsecæ & putativæ bonitatis, nimiùm auctos; *quod & roboratur per textum in c. cùm olim.* 19. *ext. de censibus.* ita è contrario, & adhuc magis dicendum est; debitorem non posse cogi, ut pro tali ærosa, vel nimiùm aucta monetâ, quam accepit, solvat creditori bonos, ad veteremque normam redactos
nummos. Partes enim debitoris, tanquam Rei, multò ma- 260
gis favorabiles sunt, quàm creditoris: & ideò (quemadmodum infrà latiùs deducetur) pacto quidem fieri potest, ut in minùs vel in mitiorem partem debitor sit obligatus; non verò, ut in deteriorem.

Atque vim accipit hæc decisio nostra per expressum 261
textum, ac in terminis terminantibus nostri casûs loquentem, nempe *per c. cum canonicis.* 26. *ext. de censib.* ubi Pontifex Max. rescribit: non posse debitorem cogi, ut meliorem monetam solvat, quàm quæ ab initio fuit constituta, sufficereque, si solvat æstimationem illius,
quæ fuit tempore contractûs. Et sanè debitor restituendo 262
eandem quantitatem & qualitatem, quam accepit, promissioni suæ satisfacit, ac obligatio tollitur, *initio tit. Instit. quib. mod. tollit. obligat.* Id & sequitur Alemannus *consult.* 8. *q. princip.* 2. *in decid. ratione.* 13. *p.* 624. & *seqq.* & *p.* 627. 703. *vers. respondet*, & *p.* 755. §. *ex his ergo*, &c. Et pariter Oldradus de Ponte *consil.* 250. *n.* 1. respondet: solutionem fieri debere de vili illa monetâ, quæ currebat tempore contractûs, vel de novâ (scilicet meliore vel majore) habito respectu ad valorem illius vilis monetæ: debitoremque pecuniam meliorem, quàm solvit, tanquam indebitam repetere & condicere posse. Sic quoque Johannes Köppen *decis. n.* 4. expressè concludit: creditorem non petere posse meliorem pecuniam, quàm dedit mutuò. *Et tractat hanc quæstionem pluribus ex professo Auctor consilii sive quæstionis secundæ D. Wolffgangi Hilieri adjunctæ. Augustæ editæ.*

Tertio: quanquam regeri queat, ea quæ hactenus 263
dicta sunt, eò tantùm pertinere, ubi nihil pacto definitum fuit: Atqui heic speciatim cautum esse, de nummis in solutionem sortis & usurarum tradendis, ut ii qualicunque tempore in usu erunt. Verùm ex adverso, est in præsenti specie facti maximè notandum: quòd debitor in mutui contractu non possit in plus obligari: quia mutuum est contractus stricti juris, qui re contrahitur. Unde si res, hoc est, pecunia, non intercedit: mutuum haud subsistit: nec restituendum est, quod datum non
fuit. Hinc traditum invenitur: si dem tibi mutuò decem, 264
& paciscar, ut viginti mihi debeantur & restituantur: non nasci obligationem ultra decem. Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est. *l. si tibi decem.* 17. *in princip. ff. de pactis.* Item, si tibi dem decem, ut undecim debeas: ampliùs, quam decem condici non posse, Ulpianus, ex sententiâ Proculi, respondit, *in l. si rogasti.* 11. §. 1. *ff. de reb. cred. si cert. pet.* Facit *l. hactenus.* 11. *in fine. ff. de constituta pecun.* Et propterea Impp. Diocletian. & Max. *in l. cùm ult.* 9. *C. d. non num. pecun.* hunc in modum rescripserunt: *Nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis à te nomine Præses provinciæ exigi patietur.* Nam natura

Digitized by Google

tota mutui non patitur, ut plus petatur quàm datum, & per consequens in obligatione fuit. Unde quidam ex vetustioribus Juris Interpretibus dicere non dubitarunt: citiùs stellas de cœlo casuras, quàm ut mutuum in plus contrahatur. *Jason & Zas. ad dictam. l. 11. de reb. credit.* Neque etiam id, quod supra numerationem promissum est, aliud, quam mutui jure deberi potest; putà ut usura, aut ut dono datum, vel vi pacti: *quod jam laudati Auctores docent.* Pariter insuper ut in plures florenos, quàm quos accepit, non se potest debitor obligare: ita nec 265 quoque in meliores. Nam & tunc in effectu solveret plus, quàm accepit. Et pertinet huc, quod Ludovicus Molina *in tract. de just. & jur. tom. 2. disput. 312. num. 11.* scribit: *Quamvis usura non sit, mutuò dare cum onere, ut pecunia ejusdem rationis solvatur cum ea, quæ mutuò datur: esse tamen usuram, mutuò dare cum onere, ut mutuatarius reddere teneatur pecuniam rariorem, & meliorem in hominum æstimatione: ut mutuare æream, quando illius est magna abundantia, cum onere, ut aurea vel argentea reddatur: eo quòd gravamen illud injustè ultra sortem apponatur.*

Jam autem contractus de quibus heic agitur, magis ut mutui habendi sunt quam emptionis, venditionis reditus annui; siquidem nullum in fundum concepti sint, unde reditus aliquis percipi queat; atque in iis, contra naturam annui reditûs, facultas repetendi, credito i data 266 sit. Textus autem canonici juris, *puta Clement. exivi. de verb. significat. ut & cap. 1. & 2. in Extravagant. de empt. & vendit.* illum tantùm verum annuum reditum vocant, qui nempe ita fundiarius est, ut periculum cum fundis commune sortiatur: quique redimibilis tantùm est ex parte venditoris. Hosque reditus, si verum fateri velimus, probat solùm canonicum jus; eosque etiam aliam ab usurâ, in mutui contractu stipulatâ, rationem habere judicat. Ejusmodi verò reditus personales sub generali hypothecâ omnium, & sic incertorum bonorum, ac etiam ad certum tempus constitutos, de quibus nobis nunc est sermo, nec novissimis Imperatorum Germanorum constitutionibus pro emtione & venditione annuorum redituum haberi, docet Colerus, *de process. execut. part. 1. cap. 10.* Similiterque Henricus de Gandavo *quodlibet 18. quæst. 22.* Gregor. de Arim. & Salicet. *ad Auth. adhæc in fine C.* de usuris, hanc redituum emptionem nominetenus tantùm ab usurâ differre; & ideo solùm eam ob causam inventam putant; ut rei exosæ aliud nomen co[illegible]atur.

267 Etsi porrò hic contractus non ex natura jureque mutui esset definiendus, verùm is ut emptio venditio reditûs annui, ac ita ut bonæ fidei contractus esset habendus: posset nihilominus reditûs venditor, ad remedium L. 2. C. *de rescind. vend.* utiliter confugere; si quidem is, ut in ipsa facti narratione propositum est, longè ultra dimidium læsus sit, imò vix sextam ejus acceperit partem, quod restituendum esset. Atque si creditoribus, trium saltem annorum usuræ, bonâ monetâ pendendæ essent, eæ; contra æquitatis, & utriusque juris rationes, novissimasque Imperii constitutiones, sortis duplionem æquarent, possentque insuper creditores, juxta obligationum verba, sortem quinquies sexiesve majorem petere: quæ omnia sunt inter Christianos inaudita: nec enim quisquam est nisi fœneratorum pessimus, aut mammonæ totus, qui hominum cuiquam, ne dicamus Principi ac Domino suo, tam iniquus esse velit. Nec est horum quæstus læsorius, nefandumque lucrum ab incerto dubiove eventu; sciverunt enim jam ipso tempore contractûs, se lucrum captare certum: hi quippe nummos vili acquisitos, aut longe majori quàm reapse erant pretio, æstimatos vendiderint; sicque monetam viliorem immodicè æstimatam excusserint; haud dubiè præsumentes ejusmodi nullibi locorum per Imperium germanicum publicè dicto, ast ex conniventia saltem vel abusu, & temporum iniquitate miseriaque, tolerato pecuniæ valori, diutius stari non posse. Per totum enim Imperium certum palamque est, istud omne, non modo fieri R. Imperii utilissimis constitutionibus sub pœna gravissima prohibitum esse; verùm etiam ab Illustri Cæsarea Camera complura produisse mandata pœnalia, cùm in ipsos Status, tum in monetæ magistros (*munzer*) horumve socios (*munzgesellen*) si in re monetaria, adversus Imperii constitutiones faciant. Atqui Dominus debitor ipso tempore contractûs graviter læsus, summumque damnum passus eo est, quod inse, in pretium venditi reditûs perennis, ejusmodi prohibitos partim & interimisticos, ut aiunt, vilesque nummos, partim bonos, sed in immensum æstimatos, temporalem sic ac veluti vicariam monetam minimeque perpetuam, & ad debita saltem crebra minorisque notæ solvenda, inque quotidianas cœmptiones erogari solitam, acceperit; quam quidem ipse nec utiliter expendere, nec ut bonam monetam exercere potest; certò namque 268 apud omnes constat, eâ monetâ quæ partim vilis est, partim pluris æquo æstimata fuit, nullum fundum emi, nullas vetustas rationes, negotio justo expungi posse; quin etiam annonam mercesque, aliave omnia, secundum justum pristinumque valorem, æstimata venire, nec proinde imaginarii istius valoris rationem reapse habitam unquam fuisse. Et ita hæc valoris extrinseci auctio nemini lucrum; sed omnibus certum damnum, caritatem, aliasque d[illegible] [illegible] moleſtias creat; veluti Imperii & circulorum Acta testantur, quòd semper Ordines conquesti sint, quod hæc valoris intensio omnibus Dominis, nec non Nosocomiis, orphanotrophiis, etiam personis privatis maxime sit damnosa; ea quippe reditus annui extra modum minuantur: dum enim corporalis monetæ intenderetur æstimatio, intendi vicissim omnium mercium pretium, adeo ut harum caritas jam 269 sit intolerabilis. Et jure itidem communi constat: crescente nummorum valore, crescere pretia rerum, quæ nummis sunt comparandæ. *l. 2. C. de veteris numismatis potestate.*

Postremo, cum ex facto certum intelligatur, nihil in istas obligationes numeratum esse præter prohibitos sexbatzenos, vel ducatus florenis 10. 14. 16. vel aureos florenis 10. & 11. aut thaleros florenis octo æstimatos; in eas tamen totam pecuniam florenis rhenanis esse deductam; atque in ipsis instrumentis ita pactum esse, quasi creditores monetam bonam numerarint; inde est ut dicatur, à Domino debitore, cùm nondum effluxerit biennium, exceptionem non numeratæ pecuniæ opponi posse; sc. jure dici, sibi non esse traditam pecuniam 270 ea quantitate aut bonitate quâ ea in obligationem deducta est: ac proinde creditores, si velint usuras & sortem bonâ pecuniâ sibi præstari, id assequi non posse, nisi prius vilem à se numeratam pecuniam suppleant, & 271 ad normam probæ monetæ obligationi exæquent. Namque *in l. si quasi 7. C. de non num. pecun.* ita expressè cautum est; *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quæ numerata non est: per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat: vel exceptione non numeratæ pecuniæ adversus agentem uti potestis.* Ac quamdiu nu- 272 meratio non intercessit: censetur cautio seu instrumentum esse sine causa penes creditorem: & ideo repeti potest, etiam condictione sine causa. *l. 1. & l. pen. ff. de condict. sine caus. l. ult. & passim. C. eod.* Cumque (ut jam modo deductum est) mutuum non contrahatur, si res, id est, pecuniæ numeratio deficiat: & igitur, cum vel omnino nihil, vel minus quàm in syngrapha continetur, ad debitorem pervenit, eaque ratione ex principali negotio, hoc est, ex mutuo & literarum obligatione, in majorem summam, quam reipsa numerata sit, nulla efficax obligatio constituatur; consequens est, exceptionem non numeratæ pecuniæ competere, in quantum minùs, quàm in literis continetur, datum fuit. Estque hæc exceptio adeo favorabilis, ut 273

Digitized by Google

procedat, etiamsi confessio mutui recepti fieret in judicio apud Acta, *Bald. in Instit. de liter obligat. in ultim. colum. & idem in l. sive apud acta.* 28. *C. de transactionibus.* Eandemque exceptionem etiam procedere ajunt: quando quis diceret, se recepisse pecuniam facto, tantum spe futuræ numerationis literis se obligasse. *Bald. in l. si ex cautione.* 3. *in l. colum. in fin. C. de non num. pecun.* Hincque exceptioni itidem concedunt locum: etiamsi in scriptura interveniat stipulatio. Nam licet non nascatur ex literis obligatio, sed ex ipsa stipulatione, tamen in eâ habet locum effectus ille obligationis literarum: quia qui in tali scripturâ, mediante stipulatione, confessus est: poterit se tueri, ne cogatur ad solvendum, saltem exceptione in factum. *l. cum ultra.* 9. *C. de non n. pec.* aut etiam exceptione doli. *l. palam.* 2. *§. circa.* 2. *ff. de doli mali & met. except.* ex eadem æquitate, ut qui literis obligatus est, tuetur se exceptione pecuniæ non numeratæ. *§.* 1. *Instit. de lit. obligat.*

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

274 Atque hæc decisio nostra: quod nimirum creditores, nummos eo immodico, quo ab ipsis traditi sunt, pretio, teneantur in solutum, quoad sortem & usuras, accipere; id sane haudquaquam dimovetur eo quod supra, in prima dubitandi ratione, ad nuda obligationum verba provocatum sit, quibus debitor ad monetam pro-
275 bam pendendam adstringi dicitur: Etenim ad hæc responderi primò potest; quod creditores istis obligationibus malè innitantur; siquidem eæ (ut in ultima dubitandi ratione evictum est) causam notoriè apertéque vanam contineant; qualé est quod dicitur, debitori pecuniam nummis probis monetæque rhenatæ numeratam esse; dum tamen creditores rem aliter planè esse, in tam recenti facto, negare nequeunt: atque eo pacto magis est, ut istæ obligationes eo rubore suffundantur, quàm juvare queant: adeoque, quod debitor probos nummos vilium loco promisit, id contractus, utpote usurarius, ipso jure nullus est: nec enim possunt creditores, salva conscientia & honestate, urgere vel certare ex contractu, quo debitor tam enormiter sit læsus &
276 emunctus. Et nec tantùm, quid promissum fuit, attendi debet; sed & quid justè & secundùm æquitatem exigi possit: sicque invalidus est contractus, sapiens usurariam pravitatem: adeò, ut nec juramento roborari valide satis possit. *c. tuas dudum.* 13. *extr. de usur. Mascard. de probat. volum.* 1. *concl.* 447. *num.* 33. *& seqq.*
277 Usurarius namque faciens contractus usurarios, contemnit Deum audaciùs: naturam expressiùs: scripturas deteriùs: & jura diutiùs, ut Alex. de Imol. *in cons.* 49. *n.* 4. scribit. Propterea etiam Constitutiones Imperii de usurariis contractibus, in Comitiis Augustanis, *Anno M.D. & postea, Anno M. D. XXX. ac Anno M. D. XLVIII.* promulgatæ, contractus usurarios reprobant; adeoque supremis, mediis, & infimis judicibus seriò mandant: ne super ejusmodi contractibus judicent, neque executio-
278 nem faciant. Quin & contractus usurarius, sententiâ firmari non potest: & sententia ista non transit in rem judicatam. *Ant de Butr. cons.* 28. *ubi add. Caballini. verb. judicatam.* Et certè nostri casûs contractus omnino pro simulatis & usurariis sunt habendi: quia aliud actum, aliud conceptum sive rescriptum fuit. Debitor enim recepit pravam, vel iniquissimè æstimatam monetam: hoc verò omissum non solùm, sed & aliud scriptum fuit; non item valet pactum, quod contra justitiam contractûs fac-
279 tum apparet. Unde si pecunia deterior Debitori per Creditorem mutuò sit data, ut melior restituatur: non erit hujusmodi pactum admittendum: sed, uti usuram sapiens, veniet reprobandum: *prout in specie tradunt Hostiens. in summa, de usur. in fin. & Rodolph. de usur. quæst.* 45. 46. Ideoque pactum illud de reddendâ probâ monetâ loco ærosæ, aut improbè æstimatæ, pro nullo haberi debet: cùm (ut suprà in Decidendi rationibus deductum fuit) mutui naturæ repugnet: & idcircò pro usurario debeat haberi; quia ejus vigore multò plus acciperent creditores, quàm ipsi numeraverant. Pacta verò illicita, 280
& contra naturam contractûs, reddunt contractum usurarium & suspectum, *Cavalcanus decis.* 32. *part.* 2.

Quoad secundam dubitandi rationem: quamvis principem aliamve illustrem personam, stare firmius promissis oportet, quàm communis sortis homines: æquitas tamen ex adverso postulat omninò, ut subditi ab ejusmodi contractibus iniquis abstineant; ut sc. contractus, quo adversus utilitatem publicam, in fraudem & detrimentum fisci, & ærarii principalis, imperans vel princeps a subditis circumventus est, rescindatur, ac nullus dicatur: idque sine labe, & absque principalis reputationis detrimento, omninò fieri potest: cum ejus- 281
modi personæ propter negotiorum multitudinem, variasque variorum suggestiones, faciliùs decipi, & ad contractum aliquem sibi damnosum persuaderi possint. Hanc- 282
que eandem ob causam plurima in jure nostro fisci privilegia prodita non solum sunt: sed & donationes immodicæ à Principe factæ, tam successore, quàm ab eo, qui donavit, revocari possunt, *Hippol. à collib. in prin. c.* 3. *latè & nervosè, P. Gregor. Tholozan. de Republ. lib.* 3. *c.* 8. *à num.* 1. *usque ad* 12. *Johann. Purladorius lib.* 7. *rer. quotid. c. fin. part.* 1. *§.* 7. *num.* 4. *Bodin. de Rep. lib.* 6. *cap.* 6. *n.* 656. Licèt aliàs donationes, à Principibus factæ, etiam 283
absque insinuatione valere dicantur, quamvis summam quingentorum florenorum excedant: Sed & princeps contra contractum, ex quo læsus est, restituitur pariter, ut minor, *arg. l. Respubl.* 4. *C. quib. ex caus. major. in integr. restituant. ibique Doctores.*

Neque movet quicquam ratio dubitandi tertia: Quamvis enim florenus in florenum fuerit acceptus, atque objici queat, florenos a debitore utiliter impensos fuisse, vel eos, uti accepti erant, excuti potuisse, adeoque florenum floreno, in solutum, quoad sortem & usuras, nonobstante monetæ mutatione, præstandum esse: tamen usque recurrit victrix responsio; quod debitor monetam haud probam, verùm injustam improbamque, nec in Imperio unquam acceptam, usquamve in eo pro publica constantique æstimatione usitatam acceperit. Quapropter eorum omnium Doctorum (quorum aliquot noviter refert ac sequitur Franciscus de Crucifissi *in allegationib. super variatione valoris monetar. pag.* 9. *&* 10.) 284
traditio, qui contra communiorem sententiam, non tempus contractûs, sed solutionis inspiciendum censent, quique putant, debere cogi debitorem tot solvere florenos, quot accepit, idque in monetâ tempore solutionis currente, ad præsentem facti speciem non ita pertinet ac si in ea proponeretur, summam florenorum aliquam, monetâ probâ, ac juxta æstimationem tempore contracti mutui constanter obtinentem, numeratam esse; hujus verò valorem lento temporis gressu sensimque mutatum, tempore demum solutionis majorem minoremve esse. *De quâ re plura Auctor in prædicto consilio sive quæst.* 2. *D. Hilleri responso annexâ.*

Enimverò hæc sententia, quod semper & indifferenter tempus contractûs, eaque moneta, quæ tunc fuit, vel alia in parili bonitate debeat reddi, naturali æquitati, contractûsque mutui naturæ multò similior est, ut ex decidendi rationibus apparet. Etenim stante 285
illâ, non plus vel minus recipit creditor; nec aliud, quam accepit, debitor reddit; maximè cum vox *florenus (gulden)* non pro certo aliquo nummo, verùm potius mensura nummorum habenda sit. Et ita huc pertinet, quod vir acutissimi judicii, gnarissimusque naturalis & Christianæ æquitatis, Ludovic. Molina *in tr. de just. & jur. tom.* 2. *disp.* 312. *num.* 7. his formalibus verbis scribit:

si ex

Digitized by Google

si ex mutuo, aut ex quocumque alio contractu vel titulo debitus sit modius tritici, & postea mensura varientur, sive quoad incrementum, sive quoad detrimentum, solvendus est modius tritici illius quantitatis, cujus erat, antequam mensura acciperet variationem. Quoniam nec major, nec minor quantitas, quàm quæ ante eam variationem debebatur, solvi debet. Ita pariter magis monetæ quantitas & qualitas, quæ florenum facit, quàm ipse florenus, tanquam mensura, quâ quasi pecunia mensuratur, inspici debet. Et quoniam Dnus debitor, ut sæpiùs dictum est, non probam, nec ex constanti valore æstimatam monetam acceperit; ita nec eam potuit ullo modo impendere utiliter vel excutere, quod quidem supra ex notoria experientia jam evictum est. Notanter vero semi-sexbatzeni nusquam in summam adeo ingentem, citra maximum damnum numerari potuerunt. Accedit quod, etsi creditor probare possit, debitorem ex ista improba vel nimis æstimata, quam accepit moneta, majorem vel æqualem utilitatem percipere potuisse, ac si monetam mino-
286 re vel tempore solutionis usitato pretio accepisset: Tamen aliena hæc sunt a natura contractûs mutui, qui & stricti juris est, nec istis rationibus continetur: in mutuo namque hoc tantum venit attendendum, quid quantumque sit id quod datum numeratumque est: tantum porrò, nec amplius quicquam, meliusve, nec minus pejusve esse restituendum. Atque, si judici ad illa priora attendendum potius esset, isque ex iis decidere deberet: sequeretur, non esse respiciendum quid datum sit (quod tamen expressè jura volunt) verùm quid debitor ex re credita perceperit nec-ne: unde porrò hoc absonum consequeretur, nihil creditori ex causa mutuæ pecuniæ
287 deberi, ubi nihil utilitatis debitor ex ea percepit. Intellectus autem vel interpretatio ea, quæ non est apta rei, & absurda secum adfert, admitti non debet. *Simon de præt. de interpret. ult. vol. lib. 1. solut. 1. Auctor. d. consilii sive quæstionis secundæ, D. Hilleri consilio adjectæ.*

288 Eadem hac ratione ruit ratio quarta quâ objicitur, dictam a Dno debitore læsionem, ab incerto eventu esse, & rem monetariam in pejus adhuc misceri potuisse: ad hoc enim respondendum oppido venit; quod ex voto communi sanaque ratione intellectum speratumque fuit, perturbatam istam rei monetariæ rationem non diutius esse duraturam, sed in meliorem mutatum iri, ne Sc. omnia commercia ruant, & consequenter ipsa humana societas solvatur, deplorabilisque Reip. eversio sequatur. Verùm enim verò, ex eo etiam cernitur Dni debitoris, ipsissimo contractus tempore apparens læsio; quod non modo pravam, verùm ad tempus & per conniventiam tantum toleratam, nec usquam perpetuam, sicque in effectu nullam penè monetam pecuniamve acceperit; cum nempe moneta definiatur ea, quæ perpetuam habet æstimationem *l. 1. in princ. ubi omnino videndus est Gothofredus. ff. de contrah. empt. l. 3. ff. de in lit. jur. &*
289 *consimilib.* Et denique, quamvis quidam velint: futurum tempus non considerandum esse in læsione, propter dubium eventum: tamen Ernestus Cothmanus *consil. 53. n. 93.* contrarium asserit rectè: quia læsio, in re præsenti faciliùs evitari potest, propter scientiam. Ubi autem læsio pendet ex futuro: tunc faciliùs decipimur, hisque incogitanter magis renunciamus.

290 Nec tandem fallimur eò quod Dnus debitor hoc sibi emergens grave damnum sciverit aut scire debuerit. Namque in pari conditione fuerunt ipsi Creditores: & tunc potior & favorabilior est causa ejus, qui certat de damno vitando. Atque ejus modi lucrum quod creditores captant, usuræ crimen & iniquitas inficit: ideòque est ipso jure nullum. Talis namque creditor plus petere, imò in castra fœneratorum improborum concedere videtur. Et in terminis nostræ quæstionis ita argu-

mentantur Henning. Gœden, *in cons. de censib. n. 5.* & Ant. Tess. *decis. pedemont. 174. n. 2.* quem sequitur Alman. *supra d. consult. 8. quæst. princ. secund. in 6. & 9. decid. rat. p. 607. & seq. 611. & 614.* Etenim quocun- 291
que tempore mutuum celebratum est: id quod datum, in eadem quantitate, qualitate & bonitate, & neque plus, neque minus quam revera datum fuit, restitui debet, etiamsi expressè fuerit conventum, ut plus esset in obligatione: *quod supra aliquoties tactum fuit.* Et alia etiam ratio est in eo, qui vinum mutuò dat eâ conditione; ut recipiat, quod collectum fuerit proximè futuro autumno; etiamsi optimum, vel admodum generosum foret. Id enim procedit, si mutuans dedit bonum vinum, non aquâ dilutum, vel aliter corruptum: & quod saltem (ut vulgò loqui solemus) *Kauffmans Gut ist.* Hic verò dominus debitor monetam accepit ære infectam, & legibus Imperii, improbatam æstimationem.

Secunda quæstio.

Secunda quæstio ex resolutione primæ spontè deciditur; ac circa eam unum tantùm habemus monendum: 292
nempe ut Dnus debitor intentionem suam, nummos Sc. nimis æstimatos ad justam normam in monetam rhenanam redigendi, creditoribus, sine mora, scripto vel òretenus disertè significari curet, adhibita utique solenni protestatione: Se ultra id diutius obligari nolle, seque eam proportionem in usuris & sorte solvendis sequi velle. Quæ protestatio sive jam in præsentia Credito- 293
rum sive coràm Notario & testibus facta, & creditoribus postea insinuata, Dn. Debitorem satis securum reddere videtur. Sicuti id etiam, in casu exceptionis non numeratæ pecuniæ fieri solet, *per text. in l. si intra. 8. vers. sin autem quæstus. cum vers. seq. & ibi gloss. ac Dd. in verbo. Querimoniam. C. de non num. pec. Et in eod. tit. in l. in contractibus. 14. §. in omni. 4.* Imp. Justinianus inter cætera ait: cui competit querela vel exceptio numeratæ pecuniæ, ei licere denunciationibus scripto missis querelam non numeratæ pecuniæ manifestare ei, qui numerasse eam, vel alias res dedisse in instrumento scriptus est: eoque modo istud remedium vel exceptionem ex temporali perpetuam reddi.

Tertia quæstio.

Quoad 3. quæstionem, in qua dubitatur, an credi- 294
tores, qui Baruthenses, Ambergenses, vel alios dederint viliores sexbatzenos adversus constitutiones Imperii cusos, ac merito ubique locorum prohibitos, nunc teneantur, vel reprobam istam monetam in solutum accipere, vel nominum ex ea causa factorum nullitatem pati? Nos sane ratio juris & æquitatis, uti ea ad primam quæstionem passim est exposita, impellit ad concludendum; quod creditoribus, bonâ quidem pecuniâ, habito tamen respectu extrinsecæ bonitatis istius jam reprobatæ monetæ, sit solvendum: ita Sc. ut cûm tempore mutui contracti, in thalerum octo floreni vilibus istis sexbatzenis communiter dati sint, nunc in octo florenos unus thalerus restituatur, nec eis quicquam amplius petere liceat.

Nec enim in hac decisione quicquam æquitati ullatenus 295
adversatur: siquidem creditores pecuniam ea bonitate quâ tempore fuit contracti mutui accipiunt: debitor autem id ipsum, tantumque, quod quantumque utile percepit, restituat. Quamvis enim, quando antiqua moneta est in totum reprobata, ob illius deteriorationem quidam velint, debitorem omninò liberatum esse ab obligatione quasi per interitum speciei, *per l. quod te. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. & in l. minorum. 3. C. in quib. caus. in integr. restitutio necess. non est. Laudens. in tractat. de monet. n. 14. Imol. in c. quanto.*

num.

num. 1. *ext. de jurejur. Petr. de Bella pertica in d. l. in minorum*, 3. *C. in quib. cauſ. in integr. reſtit. neceſſar. non eſt*: Eſt tamen æquitati communique DD. ſententiæ magis conſentaneum: ut debitor loco reprobatæ ſolvere debeat vel novam, ad æſtimationem illius antiquæ: cùm ſufficiat, idem reſtituere in genere, & in eadem bonitate *Bart. in d. l. Paulus. quem ſecuti ſunt Andr. de Iſern. in tit. quæ ſint reg. in verb. moneta. Hoſtienſ. Joann. Andr. Abb. & Ant. de Butr. in d. cap. quanto. de jurejur. Alberic. de ſtatut. quæſt.* 103. *pag.* 1. *Petr. de Anchor. in clem. ſi beneficiorum. de decim. Anton. Gamma deciſ. Luſitan.* 374. *Papiens. in form. libell. action. Hypothecariæ, ſuper verb. relaxandum. num.* 3. *Jaſ. in l. emphyteuticarius.* 2. *C. de jure Emphyt. n.* 91. *verſ. ſi verò illius curſus ſit reprobatus. Dominic. Cardinal. Tuſchus tom.* 5. *Pract. concluſ. lit. M. concl.* 349. *num.* 50. 51. *& ſeqq. Nicol. Boër. deciſ.* 327. *incip. hæc quæſtio ſæpè evenit. num.* 12. *Anton Gabr. in com. concl. tit. de ſolut. concl.* 1. *num.* 4. *Joan. Bol.gn. in l. cùm quid.* 3. *ff. de reb. cred. ſi cert. pet. n.* 17. *Bald. in l. indubitati* 16. *C. de non num. pec. num.* 6. *ſub fin. verſ. aut eſt mutata propter utilitatem aliquam. Tiraq. du retraict. lignag.* §. 1. *gloſſ.* 18. *verb. je crois que la choſe. num.* 29. *& de retract. convent.* §. 4. *gloſſ.* 2. *n.* 2. *ſub. fin.*

Quæſtio quarta.

296 Quandoquidem ad quæſtionem primam ſufficienter eſt expoſitum, Dn. debitorem, non ultrà id quod accepit, eſſe obligatum; idque thaleris ſingulis in octo florenos, ducatibus verò aureisque juxta valorem ingentem quo dati ſunt æſtimatis, reſtitui jure poſſe: Indè fluit ſponte, à Dn. debitore uſuras, nonobſtante valoris deminutione, non niſi juxta ingentem iſtum valorem eſſe
297 præſtandas. Uſura enim & annuus etiam reditus nihil aliud ſunt, quàm acceſſio ad ſortem ſive quantitatem principalem, *per leges & authoritates, quas adducit Bercholt. in tr. de uſur. cap.* 1. *num.* 24. *& cap.* 2. *num.* 6. *Pet. Frid. Mindan. conſult. Saxon. lib.* 1. *quæſt.* 8. *num.*
298 49. Atqui indubitatum eſt: acceſſorium ſequi naturam ſui principalis, *c. acceſſorium.* 42. *de R. I. in* 6. *& ibid. Dyn.* Idemque juris eſt in acceſſorio, quod habet principale. *l. & per jusjurandum.* 13. §. *ſi fidejuſſori.* 7. *ff. de acceptil.* etiam ſi acceſſorium ſit dignius, quàm principale. *Rom. conſ.* 330. *num.* 13. *in fin. & ibid. apoſtill. in verb. digna.*
299 Accedit, quòd à primordio tituli, h. e. contractûs, poſterior debeat formari eventus: & qualia ſunt principia, talia cenſeantur principiata, & è contrà. *Fernand. Vaſquius lib.* 1. *contr. illuſtr. cap.* 47. *num.* 10. *Auctor. conſilii ſive quæſtionis tertiæ, D. Wolffgangi Hilleri reſponſo ſubjectæ: ubi hanc quæſtionem pluribus proſequitur.*

Quæſtio quinta.

300 Hæc etiam quæſtio ex reſolutione primæ definitur; in hac quippe demonſtratum ſit, Dno debitori non obeſſe clauſulam, de qua in hac quæſtione quinta mentio eſt; iſtam enim clauſulam, ſi ea pro creditorum intentione intelligatur, lucrum parare fœneratorium, adeoque eſſe ipſo jure nullam.

Quæſtio ſexta & ultima.

301 Quoad hanc quæſtionem, utrùm debitor, facta jam monetæ depretiatione, probos nummos parvi æſtimandos, pendere in uſuras teneatur. De ea, quanquam variæ militent dubitandi rationes, ob quas concludendum eſſe videatur, uſuras etiam, quarum dies antè devalvationem venit, nec exactas, probâ monetâ eſſe ſol-
302 vendas; quippe cùm *per l. creditor.* 102. *ff. de ſolut.* mora creditoris in non accipiendo pecuniam, ſi interim moneta depretietur, creditori non exigenti nocere haud videatur; præſertim, ſi depoſitio & obſignatio non intervenerit ex parte debitoris: Quia tamen nullo habito reſpectu devalvationis ſeu depretiationis monetæ, nummi in ſortem uſurasque eâ quâ dati ſunt bonitate ac æſtimatione ſunt præſtandi (quod in prima quæſtione, ſufficienter ut ſperamus demonſtratum eſt); ita tollitur omnis dubitatio, atque iterum concludendum tandem venit: Creditores, quoad ſortem & uſuras, teneri bonam quidem monetam, eô tamen grandi pretio quo ea data eſt, oblatam, in ſolutum accipere; atque etiam prohibitos ſexbatzenos in eadem proportione, nummis quidem uſitatis ac legitimis eſſe reſtituendos, thalero Sc: quovis in octo florenos imputato, prout id anteà exæquabatur: nec poſſe creditores notam uſurariæ pravitatis, ſi plus contendant, effugere.

Quemadmodum ſuprà ſcriptum & deciſum eſt: ita Nos Decanus & Doctores Facultatis Juridicæ, in inclytâ Academiâ Tubingenſi, ſecundùm ea, quæ nobis in præmiſſâ facti ſpecie propoſita fuere (ſoli veritate & juſtitiâ præ oculis habitâ) unanimiter ſentimus, conſulimus & Juris eſſe reſpondemus: ſalvo tamen ſemper cujusque rectiùs meliùsque ſentientis judicio. In quorum omnium fidem conſuetum Facultatis noſtræ ſigillum huic Reſponſo appendi curavimus. Actum in Conſilio noſtro, duodecimo die Junii, Anno ſalutis humanæ, ſupra milleſimum. ſexcenteſimum, vigeſimo tertio.

Tertium Conſilium à Magnifico Collegio Facultatis Juridicæ Tubing. ſuper re nummaria conſcriptum, menſe Junio, Anno 1623.

Caſus ſeu facti ſpecies.

Julius Titius, cui Sultzbachii domicilium, die 1. 303
Nov. an. 1617. Mœvio civi ac mercatori Norimbergenſi 13000. florenorum Norimbergæ, in annos quatuor, mutua credidit: nummi aurei (*goldgulden*) omnes erant, ſinguli in florenos duos; uſuræ dictæ in ſingulos annos viceſimæ, ut ferunt hac de re confecta inſtrumenta; cautum porrò eſt de pecunia nummis ex beſſe legitimo (*guter marks wehrung*) reſtituenda Norimbergæ. Interea autem, ante anni ultimi terminum, diem ſc. Novemb. 1. an. 1621. moritur Mœvius; rogant per inſtitorem heredes creditorem, velit eo modo quo ſcriptum eſt, creditum in annum prorogari, ad diem ſc. 1. Novemb. an. 1622. idque obtinent. Die autem 20. Decemb. 1621. anni, valor nummorum certus Norimbergæ publicè dicitur decreto eam in rem promulgato, quo quidem Statuitur, ne proximè futuro Trinitatis termino, die nim. Junii 16. an 1622. civis quis vel inquilinus, ea in urbe nummos aliter ac juxta præfinitum valorem, det in ſolutum vel accipiat: atque notanter thalerus dicitur in tres florenos 45. cr. pendendus. Speciatim verò tollitur debitori cuilibet facultas ſolutionem, ante dictum Trinitatis terminum, futuram denunciandi in fraudem creditoris, ne ſc. ei qui probam dedit monetam mutuam, damnum emergat præter id quod jam paſſus eſt; de quo plenius in ajuncto N. 1. Quo facto, inſtitor Mœvianus Sultzbachium petit mandato heredum die 9. febr. 1622., creditori narrat hos mercimonium vendere velle quo æs alienum ſolvatur, videat proin, an nummos Sexbatzenos aut Imperiales (*reichsthaler*) ſingulos quidem in 8. florenos accipere in ſolutum velit, quoad ſortem & uſuras. Silenti autem de eo creditori, alio die inſtitor amicitiam impensè ſimulat, verbisque ad veritatem compoſitis alloquitur rurſus, de decreto autem verbum nullum; fit itaque, ut creditor de damno minimè cogitans, & florenorum magis numerum quàm valorem reſpiciens, thaleros juxtà æſtima-

aestimationem octo florenorum, mille, sexcentos & v[illegible]ti in 13000. florenorum, quasi ex beisse (ligum dicunt) legitimo, (*guter marcks währung*) norimbergae, in solutum accipi voluerit, retrotraditis instrumentis obligatoriis; data insuper apocha, quam ad praescriptum i[illegible]stius institoris scripsit die 21. febr. Postquam verò die 2. aprilis rescivit decretum, & certior factus est solutionem cujusdam summae ad praescriptum istius decreti, die Trinitatis, a se faciendam esse; ita animadvertit se maximo damni periculo circumdatum: quapropter die aprilis 3. ad maevianos heredes scribit, se enormissimè laesum esse, pecuniam vinculis nondum solutam recipiant, solutionem in diem novemb. 1. an. 1622. differant: repulsam fert; de ea re ad judicium provocatur.

304 Ista igitur summa 13000. florenorum, quia tempore contractûs, ratione bonitatis intrinsecae, in 8666. thaleros, adeoque, (si thalerus octo florenis aestimetur), facile in florenos 69328. dari potuit, atque in eam thaleri tantùm 1615. seu floreni 13000. a debitoribus numerati sunt, ita nec solida restituta fuit, desuntque thaleri 7041. aut floreni viliores 56328. quod sanè creditori nihil nisi enormissimam laesionem, vel etiam dolum manifestum arguit; maximè cùm jam animadvertatur, Maevianos, cùm à tertiâ personâ nomine creditoris tradente, aureos singulos in duos saltem florenos acceperunt, tamen usque finxisse, quasi aureu sibi in 4. cruciferos, supra florenos duos, datus esset; quod quidem callidum mendacium, animumque fraudandi, quoad 833. flor. prodit.

Quaeritur autem de jure. Primò an in praesenti facti specie, extensioni remedii L. 2. C. *rescinden. vend.* locus sit?

Secundò, si ea ratione res expediri nequeat, an possit creditor ad dictum decretum, ratione loci, in quo debitum est contractum, non secus ac civis vel incola Norimbergensis, à tempore scientiae, confugere; Maevianorum haeredum calliditatem accusare; actione de dolo creditum instaurare, vel ad minimum tantumdem sibi restitui, quantum accepisset, si ex tenore decreti dicta summa 13000. fl. die 1. Novemb. anno 1622. restituta esset, judicis sententiâ obtinere?

Christo Duce, & Auspice Christo.

Nos decanus ceterique DD. juridicae facultatis Academiae Tubingensis, rogati ut par est; sententiam nostram a partium studio liberam aperire, circa propositam facti speciem & quaestiones adjectas duas, (quas quidem ambas uno argumento decidi posse arbitramur) rationumque decidendi & dubitandi praecipuas scripto consignare: Hoc quidem, pro ratione officii prastandum, haudquaquam declinantes, omnia quibus quaestio factumque continentur maturè in consessu collegii ponderavimus: atque visum nobis est, quod primâ facie creditori nunc consulenti, quaedam vehementer obsint, quibus via istius manifesti quidem & b aequitate planè abeni damni sublevandi, ferè praeclusa videatur.

RATIONES DUBITANDI.

305 Nam primò, creditor non modo nummis accepit ingenti pretio aestimatis debitam sibi pecuniam; verùm etiam instrumentum obligatorium tradidit, confessusque est propria manu scriptâ sigilloque munitâ apochâ institori traditâ, se debitam sibi 13000. florenorum sortem usurasque paratâ pecuniâ, sine ullo defectu ullave deminutione accepisse; sibi satisfactum planè esse; debitores immunes proin ac liberos dicens, promittensque se nihil unquam eo nomine petiturum esse; sine fraude &c. Quibus verbis admodùm emphaticis vis inest singularis: Sed & est jure ita provi- 306
sum, ut si solvatur id, quod debetur, vel aliud loco illius, consentiente creditore; omnis tollatur obligatio; tam rei principalis, quàm fidejussoris, *Angel. post text. in princip. Institution. quibus mod. tol. obligatio.* Indeque correi debendi, in solidum obligati, uno solvente, omnes liberantur. *§. ex huiusmodi* 1. *Institut. de duob. reis stipulandi*, *&c. l.* 2. *&* 3. §. 1. *ff. de duob. reis constituend.* Estque solutio probata, 307
quando debitor instrumentum debiti penes se habet cancellatum. Debitum enim eo ipso praesumitur fuisse solutum: habetque debitor exinde exceptionem taciti pacti: nisi creditor possit contrarium edocere. *l. si chirographum.* 24. *ff. de probationibus. l. Labeo* 2 *ff. de pact. l. pecuniae.* 14. *& l. seq. C. de solutionib. & liberationib. c. penult. ext. ut lite pendente*, *&c Andr. Gail. lib.* 2. *observ.* 87. Ac cùm confessio solutionis (nos 308
vulgò Quittung vocitamus) nec praestetur, neque debeatur, nisi omnibus persolutis, *l. dissoluta* 2. *C. de condictione ex lege*, *&c.* id circo postquam ea facta ac reddita fuit, intelligitur super rationibus conclusum, solutum ac transactum; ideoque est acquiescendum, *l. unic. ubi Dd. C. de errore calculi*, licèt postea plus deberi comperiatur. *Wesenbec. consil.* 3. *num.* 6 *& consil.* 47. *num.* 42. Quòdque Quietatio data debitori, per triginta dies inducat veram solutionis probationem, textus est, *in l. in contractibus.* 14. §. *super caeteris.* 1 *C. de non num. pecun.* & tunc amplius exceptio non soluti haud competit creditori. *Lanfranc. de Orian. in sua praxi. cap. de confession. num.* 22.

Secundò; etsi creditor possit objicere, a se datam quidem esse apocham, ast pecuniam sibi eandem non esse restitutam quam dederat, & sibi restitui justum erat: Tamen creditori valdè obest, quod pecuniam ad certum florenorum numerum redegit, quodque in eam tot accepit florenos quot numerati erant. Quod autem nummos justo majori pretio accepit, id facilitati suae imputandum habet. Et ita id, quod semel ei placuit, ampliùs eidem displicere non potest: ac multa, quae prohiberi, vel recusari potuissent, jam facta, vel acceptata valent, & rescindi non possunt: praesertim ne lites multiplicentur: rerumque ac factorum aliqua tandem certitudo esset. Ea propter Senatus inclytae Norimbergae, die 13. maii anno 22. sapienter statuit, uti pecunia usuraria restituenda dicta est vel in solutum numerata, ita servandum esse. Quod quidem communi DD. sententiae consentaneum videtur. Ac in hunc sensum allegari posset decisio Antonii Fabri *in Cod. tit. de solut. defin.* 25. ubi dicit: quòd condemnatio totius debiti, salvâ imputatione soluti, non restituat obligationem augmenti monetalis pro parte, quae in executione judicati soluta invenitur. Et pla- 310
cuit communiter quoque: non tam eum valorem inspici debere, qui edicto constitutus est, quàm qui communi hominum usu & commercio frequentatur. *Faber dicto tit. definit.* 11. Parum enim est, legem esse, si ea non observetur, & in desuetudinem abeat. *l. de quibus.* 32. *in fin. ibique Dd. ff. de legib.*

RATIONES DECIDENDI.

Quicquid verò moveant ista omnia, aliave quae huc objici queant: tamen sententiâ nostrâ disertè tandem declarandâ, Christianae naturalique aequitati con-

Digitized by Google

consentaneâ, verius est, Debitorem eâ quam prætendit solutione haudquaquam se tueri posse: id enim creditorem jure adhuc petere posse quod ei jure de-
311 bitum exstat. Licèt quippe solutio naturalis & verus modus sit tollendæ obligationis. *l. penult. ff. de solut.* attamen solutio, quæ obligationem tollat, talis esse debet, ut solvatur id, quòd debetur, *initio tit. Instit. quib. mod. tollit. obligat.* & uti creditor non debet damnum habere ex mutuo: ita debitor non debet lucrum sentire ex solutione factâ; sed ille id ipsum præcisè consequi, quod revera exposuit; hic, quod accepit *l. Paulus. 99. ff. de solutionib. l. cùm quid. 3. & ibi notat. ff. de reb. credit.* & aliud est solvere: aliud, solutum confiteri, *gloss. & Bartol. in l. spadonem. 15. §. ratiocinatio. 7. ff. de excusationib. tutor.*

312 Igitur duobus argumentis totum hoc vertitur, quorum prius est: an creditor minus, quàm jure petere potuit, acceperit. Alterum: si evincatur creditori multò minus quam debebatur, restitutum esse, eumque eo pacto, in solutione, gravi damno læsum esse; an is, sive mediante beneficio *l. 2. C. de rescind. vend.* suum recuperare, sive æquissimi illius Edicti, *si qua alia mihi justa causa*, generali sententiâ se tueri, sive adversus istam clausulis scite cauteque vallatam & ad dictata aliena, conceptam scriptamque apocham, restitui, atque ita, quod sibi adhuc debitum est nunc petere queat?

313 Igitur quoad primum, nulli sanè dubitamus, creditorem, eâ quæ contigit solutione, enormissimè læsum esse; cum alias in facto certum sit, eum ista 13000. florenorum in 6500. aureorum (*goldsgulden*) mutua dedisse, ac in eam pecuniam mille tantum supra sexcentos & viginti quinque thaleros recepisse: quo quidem adeo enormis tamque manifesta læsio apparet, ut ipse adversarius, vel leviter admonitus, animo commoveri queat, ne creditorem tanto mactari damno patiatur, ne alicuâ miseriâ grande infandumque lucrum captet, verùm ad liberandam conscientiam, turpe istud
314 compendium spontè nec requisitus omittat: cùm peccatum non remittatur, nisi restituatur ablatum. *can. 1. caus. 14. quæst. 6.* ubi in hunc sensum referuntur verba B. Augustini: si nempe restitui potest. Quia sicut auferre alienum, peccatum est mortale: ita & detinere alienum. Hancque restitutionem requiri ante omnem pœnitentiæ partem, Juris quoque canonici Doctores scribunt. *Francisc. de Platea in tract. de resti-*
315 *tut. in princ.* Atque ut tenens adulteram non est pœnitentiæ capax, sed irrisor: ita & detinens alienum voluntate simul & facto. *Summa astensis lib. 5. t. 19.* dicens, quòd restitutio est de necessitate salutis: quia est actus justitiæ commutativæ, ad quam observandam omnes sunt obstricti.

316 Quam latè autem hæc læsio injustumque lucrum pateat, apertum ex eo est, quod constet; creditori; qui monetam dans probam, in imperio publicè usitatam acceptamque, debitori subvenerat, eamque in hujus utilitatem bonumque numeraverat, non dici posse solutionem à debitore legitime fieri, si hic monetam nunc pretio auctam in solutum numeret: quippe in mutuo pro formâ & requisito necessario habeatur; ut nummi crediti in eadem bonitate, quâ dati sunt, restituantur, *l. cùm quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. princip. tit. Instit. quib. mod. re contrah. obl.* Et etiam proprietas mutui est, ut idem & tantundem reddendum sit, quantum datum fuit. *l. mutuum damus 2. in princ. & d. l. cùm quid. 3. in fin. ff. de reb. credit. &c.*

317 Dedit autem hic creditor aureos pretio æquissimo; debitores verò lucrum ingens procul dubio percepere indè, aut percipere possunt. Contrà, accepit creditor in solutum thaleros tanto pretio, quanto expendi vel dari utiliter nusquam queant: ista enim valoris intensio Recessibus Imperii omnibus adversa, nec lege perpetua ullibi est probata, ast solum modò per conniventiam ad tempus tolerata; Nec adeoque possunt isti nimio pretio habiti nummi, id ullo modo æquare, quod ex valore seu besse Norimbergensi, in obligationem deductum promissumque est: quippe pecunia perpetuam debeat habere æstimationem: & ea quæ ad tempus tantummodo recepta vel approbata est, pro moneta publicè civiliterque proba haberi nequeat.
Tolerantia enim ex proh bitis non facit licita: ac proin- 318
de in judicium deducta, non sustinetur. *Cravett. consil. 86. n. 7.* Insuper tolerantia talis ad contractus præteritos, quique temporis successivum tractum habent, porrigi haud debet: sed solùm, necessitate ita urgente, ad momentaneos (ut ita dicamus) contractus, qui indies celebrantur, continuòque perficiuntur, spectat. Et quòd item tolerantiæ non plus, quàm legi tribuere debeamus; hæcque præterita neutiquam includat, evincunt tradita Gailii *lib. 2. observ. 9. sub n. 3.* & Ant. Fabri *in tr. de var. n. debitor. sol. c. 4. post medium.* Ita porrò est in hoc casu: multa per patientiam tolerantur; quæ si deducta fuerint in judicium, exigente Justitiâ, non debent tolerari. *c. cùm jam dudum. 18. ext. de præbendis.*

Juris indubitati etiam est, solutionem eâ monetâ 319
fieri oportere quâ creditor nullum damnum sentiat; maximè cum debitor magnum manifestumque lucrum captare videtur. Est autem in aperto, quod, in negotiatione ampla (qualem, haud dubiè, gerunt debitores) ista monetæ intensio non attendatur, ast omnia ad thalerum ejusque valorem pristinum exigantur & vendantur. Crescente etenim nummorum valore, statim
rerum pretia crescunt. Quapropter, cùm debitores 320
seu pater eorum, istis sibi creditis 6500. thaleris, eam mercium copiam comparaverint, quibus comparandis nunc, si thalerus stet octo florenis, vix sexaginta millia florenorum sufficiant. Hinc æquitatis jurisque explorati rationi consentaneum facile sequitur; non posse creditorem, tantum cùm percipiatur lucrum, tre-
decim millibus vilium florenorum dimitti. Etenim ne- 321
mini officium seu beneficium suum damnosum debet esse. *l. sed si quis 7. ff. testamenta quemadm. aperiant.* & nemo ab altero petere debet, ut cum suo detrimento sibi faciat benignè: sed potiùs qui beneficio mutui est affectus, ad remunerandum, non ad onerandum, naturaliter est obligatus. *l. sed etsi. 26. §. consuluit. 11. ff de petit. hered. Donell. ad d. l. 3. n. 5.*
ff. de reb. credit. &c. Et quid, quæso, tam hominem 322
decet, quàm pro beneficiis gratiam habere, & referre studere? præsertim cùm natura ipsa nos ad gratitudinem invitet: & bestiæ suo exemplo eandem nobis
commendent? Ac porrò etiam jure civili hi, qui de 323
damno vitando certant, favorabiliores sunt illis, qui solùm de lucro captando contendunt. *l. nemo prædo. 126. in fine ff. de reg. jur. Cothman. vol. 2. resp. 78. num. 36. & vol. 3. consil. 95. num. 29. Pantschman.*
quæstion. pract. part. 2. quæst. 21. n. 158. Naturâ 324
namque æquum est: neminem cum alterius detrimento & injuriâ fieri locupletiorem. *c. non debet. 22. & c. locupletari. 48. de reg. jur. in 6. Cothman. d. vol. 2. consil. 21. num. 192. & duob. seqq. Hartman. Pistor. lib. 2. quæstion. 43. num. 8.* Et detrahere aliquid alteri; & hominem hominis incommodo suum augere lucrum, magis contra naturam esse censetur, quàm mors, quàm paupertas, quàm dolor, &c. *auctore Cicerone.*

Quo autem ad speciem præsentis facti propiùs 325
acce-

Digitized by Google

accedamus; ex æquo ſanè jureque, nemine ferè con-
tradicente, tenendum eſt: quòd, ſi monetæ probæ
extrinſecus ſive impoſitius valor, vel non auctoritate
publicâ, vel ob minutioris monetæ intrinſecæ boni-
tatis deteriorationem fuerit auctus: tunc ea ſolvenda
ſit in illa æſtimatione, quæ fuit tempore contractûs.
Quod bene docet Albertus Brunus *de augment. & di-
minut. monet. part. 6.* ubi ſic ſcribit: *Equidem illam
monetam, quæ in bonitate intrinſecâ mutata fuit, quod
attinet: certum eſt, quod ei non rectè fiat ſolutio: cùm
non liceat de deteriore monetâ in bonitate intrinſeca ſol-
vere. Sed majus dubium eſt: an debitor poſſit ſolvere de
antiqua moneta currente tempore contractûs, quæ nunc
autem plus valet computatione inſtitutâ ad valorem, qui
nunc currit? Nego: ſed inſpiciendum eſt tempus contractûs:
idque ideò; quia valor antiquæ monetæ non mutatæ in
bonitate intrinſeca auctus fuit propter deteriorationem mi-
noris monetæ magis æroſæ, ſeu magis ære contaminatæ:
cùm deterioratio minoris pecuniæ ſit cauſa augendi valo-
rem extrinſecum majoris pecuniæ, vel melioris. Et ſic
per conſequens ſubeſt mutatio in bonitate intrinſeca: quo
caſu attenditur tempus contractûs.* Hactenus Albertus
Brunus: qui etiam ſubjicit; ſe ita conſuluiſſe & obti-
nuiſſe. Idem quoque evincit Rener. Budel. *de re monet.
lib. 2. cap. 2. num. 27.* Ac ſi minuta moneta, tem-
pore ſolutionis æquè bona in ligâ ſeu ratione intrinſeci
valoris non eſt, ut antiqua, ad quam taxatio facta eſt,
aut groſſæ valor extrinſecus ob hujus minoris depra-
vationem crevit: tunc & diſſentientes in hoc conve-
niunt; quòd æſtimatio illa taxata ſit ſolvenda; vel
in monetis currentibus tempore contractûs, vel in eâ,
quæ tempore ſolutionis eſt, ad rationem tamen valoris,
qui tempore contractûs erat. *Barth. Socin. conſil. 298. lib. 2.
Alciat. conſil. 155. & conſil. 587. Gratus conſil. 12. & ſeq.
Surd. conſ. 268. & conſil. 392. n. 13. Gratian. diſcept. forenſ.
cap. 51. num. 20. & Bertazo. tract. clauſul. 30. gloſ. 9.
num. 21. Quoad & tradit Sixtinus, de regalibus. libr. 2.*
326 *cap. 7. num. 155. verſ. adde, &c.* Et porrò communiùs
concludunt: in dubio videri groſſam monetam in valore
extrinſeco auctam: quia minor moneta magis indies
æroſior fit. Ita docet Gratus *d. conſil. 12. num. 53. &
conſil. 13. num. 39.* ubi hanc præſumptionem elicit à
communiter accidentibus: & ait, ſolita haberi pro pro-
batis, *Cephal. conſ. 37. n. 10. Menoch. conſil. 49. n. 3.
Surd. conſil. 438. aliique per eos citati.*

327 Deinde, etſi florenus conſideratus ſolummodo, ut eſt
imaginaria pecunia, propriè non recipiat intrinſecam
vel extrinſecam bonitatem: reſpectu tamen ejus, per
quod conſtituitur, verè ita conſiderari, dicique poteſt:
ut bonitas, quæ de partibus prædicatur, etiam de toto;
quæ de integrantibus; etiam de integrato; quæ de
conſtituentibus etiam de conſtituto enuncietur. Sicque
cum uſualibus florenis, in contractum deductis addi ple-
runque ſoleat, tantùm vel totidem florenos; quorum
ſinguli in 15. bacios ſeu 60. crucigeros numerentur. &c.
certè ad eoſdem bacios vel crucigeros reſpici videtur.
Habere autem crucigeros, bacios certam ac determina-
tam bonitatem, manifeſtum eſt ex monetario edict. de
Anno 1559. §. (zum ſiebenden, &c. Cùm itaque is, qui
florenum imaginarium debet, rectè dicatur debitor 60.
crucigerorum, ſeu 15. baciorum; ſic eodem modo ac
ſi in obligatione ſolùm poſitum eſſet; tot vel tot cru-
cigeros, quot floreni reſoluti conſtituunt, deberi: illi
ſecundùm bonitatem intrinſecam temporis contractûs
ſunt præſtandi, uti rectè argumentatur Surdus *conſil.
368. num. 11. verſ. 4.* Atque eâ ratione, & in conſe-
quentiam mutationem bonitatis intrinſecæ vel extrin-
ſecæ etiam in genericâ pecuniâ plurimi conſtituunt Doc-
tores, *Alciat. conſ. 155. Socinus conſ. 32. vol. 3. Ca-
pra conſ. 29. Calcan. conſ. 14. Rubeus conſ. 17. aliique à
Surdo d. conſil. 368. ut & conſ. 406. num. 7. & 8. ac quo-
que conſil. 220. num. 15. laudati:* contrariamque conſi-
derationem eſſe ſolùm verbalem, non ſubſtantialem; tra-
dit Faber. *d. tractat. de var. num. debitor. ſolut. cap. 12.
in med. & cap. 21. in med.* ubi quoque ait: bonitatem flo- 328
renorum metiendam eſſe ex bonitate ſpecierum, ex qui-
bus conficiuntur; ac ſi florenorum ſpecies aliqua eſſet con-
flata ex 12. ſolidorum bonitate intrinſecâ. Atque ad jam
dicta reſpexit etiam Molinæus *in tract. de uſur. num. 749.*
dum ſcribit; Si pecunia in genere abſtracto debeatur; at-
tendi & exigi juxta communem ſententiam, intrinſecam
bonitatem temporis contractûs. Sed & Cameram Impe- 329
rialem (quæ juris veritatem æquitatemque, non cere-
brinam, ſed verâ juris analogiâ ſubnixam, ſemper ſecta-
tur) ſecundùm hanc opinionem in occurentibus caſibus
judicare, diverſa edocent præjudicia, quæ & in terminis
imaginariæ monetæ verſantur. Atque plura ex tomis
ſententiarum Cameral. Bartii collegit Andreas Knichen
in Comment. de Sax. non provoc. jur. cap. 5. num. 595.
Quibus accedunt recentiora: quæ omnibus, qui Spiræ
praxi Camerali operam dant, notiſſima exiſtunt: & indies
ferè mandata de ſolvendo, in eum ſenſum decernuntur.
Etſi porrò quis in eum valorem conſenſerit, ſeque obli- 330
gari ſcripſerit, qui tempore ſolutionis in uſu erit: tamen
ea eſt clauſula ad hanc inſolitam & injuſtam, nullibi ap-
probatam, ac præter omnium opinionem exortam depra-
vationem, ac conſequenter inde cauſatam auctionem
monetæ, haudquaquam extendenda. Nec enim verba
contractûs ad incogitata, qualia ſunt exorbitantes mone-
tarum depravationes & mutationes, atque ex iis appa-
renter ſubſequens immenſum augmentum, trahi debent.
*Calcan. conſil. 15. num. 16. Purpurat. conſil. 522. Poſt
Guidonem Papæ, Socinum, Pinelum, & Solum: Surdus
conſ. 454. num. 17.* Quare contrahentes periculo mu-
tationis gravioris, aut futuro damno non præſumuntur
ſe ſubjeciſſe. *Rub. conſil. 17. Surd. conſ. 406. n. 3* præ-
ſertim hoc rerum ſtatu conſiderato, ubi eâ ratione cre-
dita ad nihilum pene reducerentur. Nam ſuum remit- 331
tere, jactare aut donare nemo præſumitur. *l. cùm de
indebito. 25. ff. de probationibus.* In hac igitur clauſulâ,
verba (*in valore, qui tempore ſolutionis uſualis erit*) in-
telligenda ſunt de valore extrinſeco, qui ſuis conſtat le-
gitimis requiſitis (ubi nimirum ille valor non nimiùm in-
juſtus, ac etiam perpetuus, non temporalis tantùm eſt)
cùm quælibet locutio in ſuo proprio ſignificatu ſit acci- 332
pienda. *l. quicquid aſtringendæ. 99. ff. de verbor. obligat.*
& ut non includat publicis legibus adverſantia, *Surd.
conſ. 182. num. 3. & ſeq.*

Tertiò, thalerum in octo florenos imputatum nunquam 333
ex ligâ ſeu valore Norimbergenſi legitimo fuiſſe, apertè
docet decretum a Sapiente Senatu die 29. maii 1621.
datum; in quo nimirùm legitur, iſtam in dies gliſcen-
tem corporalium quos *groſſos* dicunt florenorum (*groben
gulden*) nummorumque argenteorum auctionem, à Sa-
pienti Senatu, utpote Imperii conſtitutionibus adverſam,
nunquam probatam fuiſſe; imò ei obices ut ponerен-
tur, nihil reliquum eſſe factum. Hoc ipſum in decreto,
quod die 20. Sept. ejuſdem anni prodiit, latiùs exponi-
tur. Iſte ergò abuſus vim conſuetudinis ſeu uſûs obti-
nentis habere nequit. Namque ad conſuetudinis validi- 334
tatem, præter tacitum populi conſenſum, etiam præſ-
criptio ſeu diuturnum tempus *l. diuturna. 33. ff. de legib.
c. ultim. in fin. ibi, & legitimè ſit præſcripta, ext. de con-
ſuetud.* & actuum æqualitas ac frequentia. *l. 1. C. quæ ſit
longa conſuetud.* & rationabilitas inſuper requiritur. *d. c.
ult. circa fin. ibi, niſi fuerit rationabilis. ext. de conſuetud.
Gail. lib. 2. obſerv. 31. num. 1. Mynſing. reſp. 10. num. 32.
decad. 2. nec non reſponſ. 32. decad. 2. Erneſt. Cothman. lib.
1. reſp. 13. num. 15.* Quæ requiſita deficiunt in hoc
caſu ſimul cuncta.

Cùm igitur ex hactenus deductis liquido appareat, cre- 335
ditorem ea ſolutione ſeu nummorum tanto pretio habi-
torum acceptione, tempore ſtatim ſolutionis, ultra di-
midium læſum oppidò eſſe, imò ne quartam quidem
ejus partem accepiſſe quod ei ex æquo juſtoque Chriſtia-

no debitum erat; atque eum tam in jure communi, quàm statutario (ipso inscio, & paulò ante solutionem promulgato) in errorem machinatione debitorum graviter incidisse, de pecunia ista ingenti pretio accipienda: Indè sequitur, dubio procul, creditori contra acceptam illam iniquam solutionem, datamque apocham, (quietantiam dicunt) ac juris quod habuit renunciationem, subveniendum; seu eum in pristinum statum inque jus, quod tempore istius solutionis habuit, restituendum esse. Quamvis enim in actu liberatorio communior sententia haud admittat remedium *l. 2. C. de resc. vendit.* verior tamen sententia est; tam ex parte debitoris, plus solventis, quàm ex parte creditoris minus accipientis, quamlibet læsionem ob errorem esse emendandam: nec etiam expectari debere, an excedat dimidiam partem ejus, quod solvendum erat, *arg. l. 1. & l. 7. ff. de jur. & fact. ignorant. l. error. 7. C. eod. & utrobique Dd.* Idque etiam in terminis tradit Arius Pinelus *ad d. l. 2. part. 1. cap. 4 num. 7. & seqq. C. de rescind. vendit.* Concedenda ergo est restitutio hoc nostro in casu creditori, ex clausulâ illâ generali, verèque salutari, *si qua alia mihi justa causa esse videbitur, l. 1. in fin ff. ex quib. caus. majores, &c.* vigore cujus ubicunque æquitas suggerit, & id specialiter jure prohibitum non reperitur, Judex arbitrio suo restituere potest. *Sfort. Oddus in tract. de in in-*
336 *tegr. restitut. part. 1 quæst. 8. art. 6.* Et quamvis error juris quibusdam non videatur justa causa restitutionis. *Bartol. in l. divus. 33. n. 2. ff de re judic. & in l. cùm fideicommissum. 7. n. 1. ff. de confessis.* attamen si jus esset obscurum & implicitum, & quilibet etiam peritissimus errare posset, vel saltem subsistere: tunc restitutio concedi solet. *Sfort.*
337 *Oddus jam modò laudato loco.* Quòdque error juris intricati excuset, tradit Capycius *dec. 69. num. 39.* Errorque juris dubii, æquiparatur errori facti. *Curt. consil. 6. fol. 77. volum. 4. & fol. seq. col. 2.*

338 Atqui etiam apud omnes qui affectibus vacui, & ab adulatione studiove partium alieni erunt hac de re judices, ferè pro jure indubitato erit: qui probam credidit pecuniam, eum nummos pretio auctos accipere in solutum non teneri. Quoniam tamen alii aliique status seu dynastæ facere ejusmodi solutiones cœperint, eamque rem juris DD. non nulli calculo suo, multis conquisitis argumentis, comprobare voluerint: facile itaque potuit creditor opinione decipi falsa, ac ita debitoribus per nuntium festinantibus, in damnosam illam solutionem ex præcipitantiâ, consentire. In eo verò causa est restitutionis obtinendæ damnique declinandi; præsertim, cùm is, ut suprà evictum est, de damno certet vitando, illi verò de lucro captando. Quo in casu ei, qui damnum passus est, haud nocet ignorantia juris. *l. error. 8. & l. regula 9. ff. de jur. & facti ignorant.* Idque notavit etiam Hippolytus de Marsil. *in practica sua crimin. §. nunc videndum. num. 17.* volens, quòd in tantum ignorantia juris non noceat in damnis evitandis: ut etiamsi causa esset lucrativa, quæ tamen haberet originem à causa onerosa, ea non debeat obesse, *per gloss. singul. in l. si donaturus. 9. §. fin. & ibi Bald. ff. de condictione causa data. &c.*

339 Deinde, Creditor ignorantiam, paulo antè solutionem, promulgati edicti allegare potest: siquidem, ut in casûs figuratione narratur, is ex decreto Norimbergensi die 20. decemb. an 21. dato, nummos pretio vix ratione subtripla accipere debuisset ejus quò eosdem accepit: dictum notanter *vix*, nam nec ad tantum valorem, vigore decreti interpretativi die 13. Maii dati, tenebatur. Atqui id eum oppidò latuit, ac ipsi, ut facile conjici potest, in occulto planè fuit. Forensis autem potest petere restitutionem in integrum, ex clausula illa generali, adversus statutum, quod ignoraverit. *Johan. Andr. ad rubr. ext. de consuetud. Jas. in l. quamdiu. 5. in fin. C. qui admitti ad bonor. possession. poss.* Quodque forensis restituatur propter ignorantiam juris municipalis alicujus loci, si inde fuerit læsus, omnes communiter tenent. *Innocent. & alii in rubr. ext. de donat. & post eos Alexand. consil. 37. num. 23. lib. 2. Hippolyt. de Marsil. in l. fin. num. 78. ff. de jurisdict. Molin. d. tractat. de usur. sub num. 747. vers. tum quia, &c. Roland. à Valle consil. 42. num. 26. lib. 3. Cephal. consil. 146. num. 39. lib. 1. Gabriel. Roman. in tit. de consuetud. conclus. 2. num. 18.* Nam- 340
que ignorantia, quæ etiam prudentissimos fallit, quin sit justa causa restitutionis, non dubium est. *l. 1. §. 1. ff. de itin. actuque privat. & ibi Bartolus.* Sed talis haecce reputatur. *cap. 1. de constitut. lib. 6.*

Cùm porrò Creditor ea solutione non modo longè 341
ultrà dimidiam, & ita enormissimè læsus sit, verùm etiam quinta vix ei pars restituta sit ejus quod restitui justum fuit: ita profectò est hanc ipsam propter enormissimam læsionem, ex sæpè dictâ clausulâ salutari & generali, multò liberaliùs restituendus. Talem enim enormissimam lœsionem omnia jura, eorumque Interpretes abhorrent, & nunquam non adversus eam restitutionem concedunt; *l. in contractibus 3. ubi Dd. C. quibus ex caus. majores in integr. restituant.* Quippe ubi enormis læsio 342
adest, ibi dolus adversarii intervenisse putatur; qui semper locum restitutioni facit. *l. si superstite. 5. C. de dolo malo. l. 2. C. de præd. minor. junct. l. 1. C. si advers. vendit. pignor.* Et ita Dd. communiter tradunt, *Ripa consil. 4. num. 8. Nevizan. caus. 22. num. 18. usque ad finem. Maurit. in tract. de restitut. cap. 380.* qui loquitur de dolo præsumpto, resultante ex hac enormi læsione, de qua agimus. *Mascardus, post multos alios, conclus. 532. num. 25. & seq.* ibique *num. 31.* dicit; hoc procedere, etiamsi 343
expressè fuerit renunciatum enormissimæ læsioni: aut (ut in nostro casu) etiamsi fuisset solennis apocha data: nam tunc nihilominus agere posse, aut restitui debere ita læsum.

Hoc sanè in præsenti specie facti locum sibi eò magis 344
vindicat, quod heic dolus non tantùm reipsa, verum ex proposito sit admissus: Creditor enim callidè fuit circumventus à festinante institore debitorum, qui hoc factum vel jusserunt, vel ratum habuerunt, vel adhucdum detinent id, quod ipsorum minister callidissimâ fraude extorsit; sicque se doli, à suo ministro commissi, participes fecerunt. *arg. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obligat.* Cùm nim. silens institor de decreto Norimbergæ iterùm promulgato, prætendensque quasi debitores mercaturam abjicere velint, eoque pacto denunciationem solutionis antè terminum colorans, creditorem ad nummos pretio auctos accipiendos astutè moverit. Creditor enim, si decretum ei notum nec celatum ab institore esset, rem, procul dubio, curatiùs inspexisset, nec thalerum nisi in tres ad minimum florenos & 15. cr. accepisset. Nunc autem certi juris est: adversarii dolum & callidam machinationem justam præbere causam in integrum restitutionis, *per textum in c. ex literis. 4. ext. de in integr. restitution. & l. Divus. 7. §. 1. ff. eod.* ibique ratio 345
ponitur, quare non detur hoc casu actio de dolo, sed restitutio: quia scilicet illa famosa est, & non concedenda, nisi demum omnia alia remedia cessent. Ac ita sine scrupulo tenendum, ait Sfortias Oddus *d. tr. de restitutionib. part. 1. quæstion. 12. artic. 1.* Idque procedit etiam tunc, cùm dolus adversarii non in committendo, sed in omittendo duntaxat consistit. *Oddus d. quæst. 11. artic. 2.* Hic autem damnandus dolus non solùm ex eo intelligitur, quod institor, decretum Norimbergense, quo thalerus 3. fl. 15. cr. æstimatur, sciverit probè, idque creditorem celaverit: verùm de dolo damnatio minus effugi potest, quod ille contra juris statutarii, ac notanter memorati edicti apertam prohibitionem, antè terminum, solutionem denunciaverit, seu eam in lucrum debitorum grande, creditoris verò damnum grave, anticipaverit. Jam ve- 346
rò nemo negare potest, dolosè agere eum, qui contra juris

Digitized by Google

juris prohibitionem aliquid agit, sibique vel suis lucrum
captat. *Mascard. conclus.* 532. *n.* 10. & *num.* 47. *ac* 52.
Et porrò quando aliquis cum alio contrahens, tacet ali-
qua, quæ si expressisset, alius verisimiliter contractum
non fecisset; præsumitur dolus contra talia tacentem: &
tali contrahenti subveniri debet in odium tacentis; ut
responsum fuit ab Alexandro, *consil.* 109. *viso processu
inter Antonium. num.* 10. & *seq. lib.* 4.

347 Atqui quod decreto Norimbergensi anno 1621. die
Decemb. 20. prohibitum est, ne debitori, in fraudem
creditoris, solutionem antè diem Trinitatis præstitutam,
dolose denunciare liceat, neve ea in re damnum credi-
tor sentiat; id profectò debitorum institor scivit creditori-
que ad captandum lucrum reticuit; creditor contra, quid
decretum sit planè ignoravit, idque in casu necessitatis,
ipsius juramento probari potest: cum ignorantia sit res
in animo sita. *late Mascard. conclus.* 82. *per totam.* Eaque
ignorantia creditoris exinde etiam probabilis omnino fit:
quod alias suum jactasset, inconsultéque prodegisset; id
quod nullo modo præsumi solet. Etenim creditor, ut
primum rescivit decretum, nondum elapso mense (qui
ex juris dispositione ad revocandam apocham sive quie-
tantiam, *ut supra in 1. decidendi ratione probatum est*, dictus)
intentionem suam contrariam significavit, adhibita pro-
testatione se eâ solutione quæ prætenditur, stare nolle.
Rursus autem institoris dolus ex eo apparet, quod is,
ut in facto narratur, amicitiam simulaverit impensè,
verbis ad veritatis speciem compositis, creditorem ad
thaleros, contra decretum Senatus Norimbergici pretio
348 præter justum triplo accipiendos, perduxerit. Nam quòd
ex his persuasionibus præsumatur dolus ex proposito,
respondit Proculus, *in l. cum quis.* 31. & *ibi Bartol. ff.
de dolo* & tradidit etiam Gloss. 2. *in l. apud Celsum.* 4.
ff. de doli mali, & *met. except.* Ille v. hisce in casibus di-
citur persuasor, qui aliquid persuadet ad sui commo-
dum. ut docuit Bartol. *in l. non solum.* 11. §. *si manda-
349 to.* 3. *colum.* 2. *numero* 15. *ff. de usur.* Imò unica persua-
sio, per quam quis inducitur ad aliquid faciendum, ha-
betur loco coactionis & compulsionis *per l. cum quis* 5.
C. de apostatis, & *l.* 1. *ante finem. C. de raptu virgin. cum
multis allatis à Cravetta in consil.* 192. *sub num* 12. Ut
& quando quis contra æquitatem scienter aliquid facit:
tunc præsumitur in eo dolus. *Ita cavit Papinianus*, *in l.
qui æquitate.* 12. *ff. de doli mali*, & *met. except.*

350 Hoc verò debitorum institor heic fecit contra juris
statutarii prohibitionem æquitatemque ipsam, quod
creditori, pro pecuniâ probâ, thaleros tanto æsti-
matos pretio obtruderit, idque tempore prohibito,
quo, ex sententiâ decreti, solutionem nemini denunciare
licuit. Prohibito autem tempore aliquid faciens, præ-
sumitur esse in dolo, *Gratus respons.* 36. *num.* 2. *vol.* 1.
Atque posset hujus institoris dolus & calliditas ex eo ar-
gui, quod tam sollicitè apocham sibi tradi curarit, for-
mulam liberandi ipse præscripserit exquisitis vel etiam
non veris clausulis conceptam, qualis ea est, credito-
rem pecuniam suam 13000 fl. integram accepisse, cujus
351 quidem falsitas in propatulo est. Nunc autem insolita
cautela arguit dolum, ut auctor est Baldus *in l. testa-
mentum.* 17. *Cod. de testament.* & *consil.* 57. *vol.* 2. Cui
accedit Gratus *resp.* 53. *numero* 10. *vol.* 1. atque Cur-
tius Jun. *consil.* 178. *num.* 13. *part.* 2. & Bertrand.
352 *cons.* 126. *num.* 10. *vol.* 3. Et pertinet insuper huc omni-
no illud, quod tam Theologi, qui casus conscientiæ tra-
ctant, quàm etiam Jurisconsulti tradunt: si quis vendat
merces suas pretio currenti, sciens, brevi alias ejusdem ge-
neris in magna copiâ superventuras, emptoribus id igno-
rantibus; eum contra justitiam peccare, atque ad restitu-
tionem teneri, Conradus Summerhardt, eximius quon-
dam Theologiæ in hac nostrâ Academia Professor, *in tr. de
contract. quæst.* 62. & 63. quem sequitur Joannes Medina
in tr. de restit. quæst. 35. Abundantia etenim illa brevi
superventura, reverà minuit pretium: idque si sciretur,
reipsâ decresceret statim pretium, antequam merces illæ
supervenirent. Ergo qui sciens vendit tunc pretio cur-
renti, vendit ultra justum pretium: atque adeò contra ju-
stitiam peccat, restituereque tenetur. Præterea quoniam
communis æstimatio, tunc currens, fundatur in errore
ac ignorantia, quod tot merces accessuræ sint: ergo pre-
tium justum attendi non debet tunc secundum illam com-
munem existimationem, sed secundum rei veritatem. Si
itaque talis scientia facti futuri contingentis, bonam per-
imit fidem: quid, quæso, dicerent æquitatis christianæ
studiosissimi illi Doctores de eo Ministro, qui creditorem
nostrum ita circumvenit? Eandem illam quæstionem 353
tractat quoque Ludovicus Molina, *in tr. de just. & jur.
tom.* 2. *disputat.* 354. ubi casum consimilem proponit,
huicque nostro magis congruentem; dum nempe scribit:
intervenire peccatum contra justitiam cum restituendi
onere, siquis sciens conditum esse legem, quâ pretium
frumenti sit minuendum, aut si pecuniarum valor sit de-
ponendus: ut in Lusitania valor æreorum nummorum
superioribus annis fere in duplo lege publicâ nuper fuit
imminutus: & ita propter scientiam ejusmodi legis,
nondum promulgatæ, plus vendat frumenti cum alio-
rum jactura, qui illam legem ignorabant, quàm alio-
quin erat venditurus: aut plures earum pecuniarum, cum
aliorum similiter jactura expendat, quàm seclusa ea scien-
tia erat distracturus. Cumque hæc sententia consentit
et am Bartolus *in l. quaro* 39. *ff. de actionib. empt.* quem se-
quitur Covarruvias *in regula*, *peccatum. de reg. jur. in* 6.
part. 2. §. *num.* 6. ita etiam in exteriori foro judican-
dum esse affertat. Et eandem sententiam confirmat ex-
pressus textus *in l. si vina* 15. *in ff. de peric. & commod.
rei vendit.* & adstipulatur meritò Pinelus *in l.* 2. *Cod. de
rescind. vendit. part.* 3. *capite* 2. *num.* 21. eò, quòd qui
utitur scientia legis, antequam promulgetur, ad se
ipsum ditandum cum aliorum jacturâ, utitur scien-
tiâ rei, quæ omnibus debet esse communis, in aliorum
detrimentum: ac proinde injuriam illis facit. Idem sen-
tit præterea Alvarus Valascus *consultat.* 64. *in fin. num.*
8. *ubi plures refert.* Alium adhuc casum, nostram deci- 354
sionem non parum roborantem, recenset idem Molina
dicto loco, ita scribens: *Cùm fama esset, eos qui in hac civi-
tate Conchensi facultatem à rege obtinuerant cudendi num-
mos æreos, multùm eam facultatem excessisse, resque ad Re-
gem esset delata, isque secreto correctori civitatis præcepisset,
ut monetæ domum clauderet, nec sineret amplius cudi mo-
netas, aut quicquam ex ea domo extrahi: idque antequam
executioni mandaretur, ad cujusdam notitiam devenisset,
qui in eâ domo ingentem massam æris, argento permixti, at-
que in laminas jam redacti, ut monetæ inde conficerentur,
habebat. Is massam illam sex millibus aureorum cuidam
vendidit, qui rem prorsus ignorabat, multa causatus, cur
venderet, quibus emptorem ad emendum adduxerat. Clau-
sâ autem subito paulò post monetæ domo dubitari cœpit: an
contractus justus, validusque fuisset, teneretúrque emptor
periculum illud subire, & solvere pretium, quo massam
illam emerat? Multi affirmantur responderunt: Ego tamen
semper constanter dixi, contractum fuisse nullum, neque
emptorem pretium solvere teneri. Ducebar ego imprimis;
quoniam venditor usus fuerat ad vendendum, rejiciendum-
que in emptorem damnum ac periculum proprium, scien-
tiâ decreti principis occulti, antequam executione mandare-
tur. Deinde venditor non adduxit emptorem ad emendum
solâ mercis expositione ad vendendum: sed consiliis multis,
quibus illum ad emendum persuasit; ut ea ratione damnum
ac periculum quod sibi imminebat, rejiceret in emptorem. Id
autem non licere, atque fraudem ac dolum spectare, dubio
caret.* Hactenus Molina.

Heic verò versamur in terminis validissimis, quod
sc. debitor non tantùm de statuto audiverit condendo
aut brevi promulgando, quo nimiæ nummorum auctioni
modus præscribatur; verum id Statutum nuper promulgatum
esse sciverit, quo prohibitum est, ne in fraudem dantium-
que

Digitized by Google

que creditorum qui probam dederint pecuniam, debitor solutum eat, neve solutionem denunciet. Contrà hoc prohibitivum decretum, debitores per institorem creditari id ignoranti solutionem denunciarunt, ac nummos, ut sæpius dictum est, immodico pretio æstimatos venditari jusserunt. Ex quibus colligi nihil potest, nisi, quod creditori, utpote enormissimè læso, vixque quintam ejus pecuniæ quam dedit partem consecuto, remedium competat restitutionis: maximè cum is ad pecuniam istam accipiendam, callida fraudulentaque circumventione debitorum sit perductus.

355 Inde rursus consequitur; quod mediante hoc juris beneficio, creditor in eum restituendus sit statum, in quo ante factam solutionem, erat; ita ut res eò jam sit revocanda, ac si is thalerorum numerus, nunc primùm in solutum offeretur. Restitutio enim est prioris status vel juris redintegratio, *d. c. ex literis. 4. ext. de in integr. restit. l. 1. C. de sentent. pass.* nec per judicium rescindens res eum statum assumit, quem jam induerat tempore læsionis. *Mauritius in tract. de restitut. in integr. cap. 4. num. 2.* Atque inde est ut concluditur, quod nunc creditor haudquaquam thaleris quasi 3. fl. 15. cr. ex Norimbergico valore æstimatis, dimittendus sit. Is namque valor, ex sententiâ declaratorii edicti, anno 1623. die 13. Maii dati, non in solutum pecuniæ antea debitæ, quæque nummis probis tradita erat, extendendus est. Ergo ista pecunia, juxta ea quæ suprà latè satis sunt deducta, & secundùm Norimbergense decretum ultimum, nummis iisdem vel ejusdem bonitatis valorisque, uti dati sunt, restituenda est.

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

356 Necessarium autem non ducimus propositas superiùs dubitandi rationes prolixiùs refellere; quod enim in prima de apocha instrumentisque obligatoriis redditis, deque accepta solutione objiciebatur, id creditori nocere nequit; is quippe, ut supra luculenter satis evictum est, in integrum sit restituendus.

Neque contrà creditorem facit ultimum Norimbergense decretum, quo statuitur, si quid deinceps solutum erit, id ratum esse oportere: Nam id statuti ad speciem præsentem non est extendendus, ubi solutio extra territorium Statuentis facta est, *argum. l. ultim. ubi DD. ff. de jurisdict.* Quòdque tale statutum extra territorium statuentium nullatenus, nullove respectu locum habeat propter ejus exorbitantiam, censet Sfortias Oddus *d. tract. de restitut. in integr. part. 1. quæst. 15. artic. 1. num. 30.* Et præterea restitutio in integrum, præsertim propter dolum adversarii competens, statuto tolli nequit: quia beneficium restitutionis in integrum dicitur fundatum in naturali æquitate, *secundùm Baldum in addit. ad Spec. d. tit de restitut. col. fin. vers. item illud, &c.* Sed jura naturalia non possunt tolli aliqua lege, vel statuto *§. sed naturalia. 11. Instit. de iure natur. gent. & civ.* Cùmque hoc statutum non adimat restitutionem, sed tantùm roboret solutionem factam: nullatenus extendendum est extra proprium casum, de quo est conceptum. *Paris. consil. 13. num. 43. 44. & 45. lib. 1. Pet. Ant. August. consil. 38. n. 8. lib. 2.* Et ideo si statutum tollat restitutionem in integrum ex uno edicto, non intelligitur tollere ex alio competentem. *Paril. d. consil. 13. num. 45.* Ac si aliquid lege prohibeatur retractari: haud ideo intelligitur prohibita restitutio in integrum, per textum *in l. in causæ 16. ff. de minorib.* Licèt in contrarium allegetur à quibusdam, ut advertit Nevizanus *consil. 17. sub. n. 7. lib. 1.* & inquit; quod si Baldus aliter diceret, falsum diceret. Et idem sequitur Socinus Senior *consil. 299. capio primum. colum. fin. lib. 2.* & Jason *in l. 1. ff. de jurisdict.* & plenè refert ac tenet Marsilius *in sua pract. crimin. §. opportunè num. 58. & 59.* ac etiam Alexand. *in addit. ad Bartol. in l. 1. §. & parvi ff quod vi*
aut clam. Ajunt etiam nostri Doctores: quòd statutum, 357
adimens restitutionem, non procedat, quando statuentes, vel consuetudinis inductores recognoscerent Superiorem. *Aretin. in l. mere. 8. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Nec item procedit statutum prohibens restitutionem in casu enormissimæ læsionis: quia propter præsumptum dolum adversarii, qui continetur in tali læsione, non valeret statutum, tanquam præbens causam doli committendi, & sic peccati. *Capell. consil. 17. in fine.* Quin nec prohibitum intelligitur beneficium restitutionis in integrum, ex eo, quòd adversariò plenissima securitas à lege est promissa, *arg. l. omnes. 4. in fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi promittitur plenissima securitas illi, qui possedit 40. annis: & tamen contra eum datur restitutio in integrum ex capite ignorantiæ, secundùm sententiam magis communem, *per notata Sfortiæ Oddi d. tract. de restit. in integr. part. 2. quæst. 90. artic. penult.*

Quemadmodum suprà decisivè continetur: ita nos Decanus & cæteri Professores Facultatis juridicæ in Academiâ Tubingensi, unanimiter sentimus & consulimus, nec non juri Justitiæque consonum esse, respondemus, &c. Actum in consilio nostrò, die 27. Junii, Anno 1623.

Quartum Juris Responsum, à Collegio Facultatis Juridicæ Tubing. super re monetali conscriptum, Mense Septemb. Anno 1623.

Facti Species.

Civitas quædam S. R. I. Germ. nobilis, anno superiore, 358
die Salvatoris natali, cum thalerus ibi locorum decem adhuc florenis stabat, aliquot milla thalerorum à diversis è vicinio quemlibet thalerom in 6. fl. numerantibus accepit mutua, ut haberet quo civibus pressis suppeditanda emeretur annona. Ita autem ea de re confecta se habent instrumenta; nimirùm se pensionis emptori, seu creditori certum florenor. numerum monetâ Rhenanâ intellectorum, quemlibet quidem in batzenos 15. seu crucigeros Sexaginta, juxta legitimum valorem, anno quolibet recurrente numerandum, ex causâ emptæ venditæque pensionis, promittere; eamque pensionem certo numero florenorum, juxta memoratum valorem, emptam venditamque esse. Adjicitur porrò, pensionis venditori seu debitori, post elapsum biennium, liberum fore, alio quovis anno, pensionem istam certo numero florenorum ex legitimo publicoque valore, redimere: pariter pensionis emptori seu creditori licere,
post exactos binos annos, sortem repetere. Cùm autem 359
nuper circuli Suevici aliorumque è confinio circulorum communi concluso, monetæ pretium ad præscriptum constitutionum S. R. I. nempe thaleri ad Sesquiflorenum, revocatum sit: Inde nascitur quæstio valdè momentosa; num sc. à debitoribus, quoad usuras & sortem ipsam, thaleri, tanquam Sesquifloreno saltem æstimati in solutum numerandi sint: An verò creditores thaleros in sex florenos, uti ii anteà, cùm pensio emebatur dati sunt, accipere teneantur.

Quandoquidem autem Nos Decanus ceterique facultatis juridicæ Acad. Tubingensis DD. ea de re rogati sumus, ut secundùm Divinum humanumque jus, speciatim verò, juxtà S. R. I. jura & constitutiones,
morà

Digitized by Google

morâ nullâ responsum demus quo debitoribus certum sint, quid eis incumbat faciendum, in sorte ista restituenda, usurisque nunc vel in posterum præstandis; nec sc. ab eis contra justum honestumve quicquam admittatur: id sane officii denegare non licuit.

Etsi autem nobis sit compertum, quædam illustria Collegia propemodum conclusisse, ab iis qui antea, nondum ubique locorum revocato ad modicum intensiori nummorum pretio, certum florenorum numerum in probis, nimio verò æstimatis pretio nummis acceperint, tamen florenos eodem numero nunc, post depretiationem, esse præstandos, & quidem thaleros aliosve nummos juxtà id pretium quo tempore solutionis erunt: quam ipsam sententiam *Dn. Joh. Wolffgang Hillerus*, in *informatione juris & æqui*, quæ antè aliquot hebdomadas sumptibus *Sebastiani Mylii* prodiit, operose aliquibus Brocardicis ambidextris (quæ sc. eadem facilitate
361 contra eum retorqueri possunt) adstruere contendit. Re tamen accurate perpensa, rationibusque hinc inde militantibus perspectis, nostra est significanter aperienda sententia, communi regulæ consentanea; quod sc. qui monetam magno pretio dedit, eam juxta eundem valorem teneatur in solutum accipere. Id quod in duobus Responsis, itidem Augustæ Vindelicorum impressis (quorum unum prædicti D. Hilleri responso juris, ad quæstionem: *An creditori qui mihi proba nec legibus Imp. prohibita moneta, mutui nomine data, subvenerit, ego vili aut aucti nunc pretii moneta recte solvam?* in Octavo, *à fol.* 90. *usque* 128. annexum: alterum verò in quarto, *sub titulo, Tria responsa juris, &c.* extat, & numero primum est) satis nervose ac variis juris & æqui rationibus, necdum à Dn. Hillero enervatis, deductum & approbatum fuit. Consentit non solùm inclyta Universitas Helmstadiensis, quàm D. Hillerus *in d. sua informatione. fol.* 57. perperam pro se allegat: sed etiam Jurisconsultus quidam Anonymus, qui ad Volckmari & Hilleri responsa notas addidit, Spiræ impressas, *pag.* 59. nec non Henricus Petreus, in responso contra Ingolstadienses, itidem Spiræ impresso.

Neque enim in proposita facti specie occurrit quidquam, quo à nostrâ quam suprà diximus sententiâ dimoveamur. Quin etiam, multa heic versantur, ob quæ ipsi alioqui à nobis dissentientes jurisperiti, nostram huc pertinentem sententiam difficulter oppidò rejicere queant. Nam primò, omnibus penè juris peritis palam est, & ab ipso Hillero impensè defenditur; quod in re-
362 dimenda pensione pecuniaria, tempus contractûs sit respiciendum: atque indiscriminatim, sive mutati sint nummi quoad extrinsecam, sive intrinsecam bonitatem, ii nihilominus in ea proportione & bonitate, uti dati erant, restituendi sint. Ac communiter ita Doctores sentire, patet ex Rubeo *consil.* 17. Angusola *cons.* 37. *lib.* 3. Purpurato *ad l. cùm quid.* 3. *n.* 169. *& seq. ff. de reb. cred. si cert. petatur.* Sigismundo Scacc. *de commerc.* §. 2. *gl.* 5. *num.* 180. Quare Molinæus *in tractat. de usur. sub n.* 749. hancce plusquam communem & præjudicatam vocat opinionem; & pro ea se infinitos allegare posse, scribit. Idem tradunt Surdus *cons.* 406. *n.* 6. & Tessaur. *de augment. monet. part.* 2. *n.* 49. Consentit Petrus Heigius *ad princ. tit. Instit. quib. mod. re contrahit. obligat. n.* 28. *& seqq.* ubi notanter inter cætera scribit: Licet variè disputatum & tractatum sit; an, aucto vel imminuto pretio seu valore nummorum, periculum vel commodum creditoris, an debitoris sit: se tamen probabilius aut verius nihil invenire, quam distinguendum non esse, utrùm agatur de monetæ bonitate extrinsecâ, vel intrinsecâ: Extrinsecâ enim bonitate mutatâ, seu valore & quantitate monetæ auctâ, vel diminuta, justam esse solutionem & satisfactionem in eodem valore & pretio, quo data illa fuit: Itaque ad tempus contractûs respectum habendum esse: similiter & intrinseca bonitate, sive materia & forma monetæ mutatâ, secundùm tempus contractûs solutionem faciendam, vel si non amplius reperiatur illa moneta, quæ data fuit, aliam æquivalentem ad prioris æstimationem, restituendam esse. Cui eidem opinioni pariter etiam Augustissimi Cameralis Judicii infinita ferè præjudicia, & in eum sensum emanata Mandata (quorum nonnulla in suprà memorato Hilleri responso priori, in 8vo impresso, à fol. 73. usque 86. legere est) nec non recessus Circuli Ulmensis die 13. Martii an. 1622. §. *demnach sonderbare beschwerdt furkommen, &c.* adstipulantur ac penitus consentiunt; notanter autem in memorato recessu dicitur, quod ea res, citra vitium usurariæ pravitatis aliter procedere nequeat.

Cùm igitur, qui probam justoque pretio mutuam dedit 363
pecuniam, non teneatur nummos, aut pravos, aut majori pretio æstimatos in solutum accipere; pari ratione, neque justum profectò est, eum ad probam monetam minori pretio æstimatam præstandam compelli, qui nummos magno accepit pretio. Quocunque casus conversus, ubi nempe moneta mutuum tempore solutionis, melioris est bonitatis, aut vilis & ærosa reprobata fuit, ac proinde necessariò moneta major in valore extrinseco decrevit, suam quoque ex superioribus, vel invito D. Hillero, habeat decisionem (ut nempe debitor non teneatur per hanc meliorem monetam, aut majorem in eo valore, qui est tempore solutionis, solvere; sed satisfacere possit in aucto valore, qui tempore contractûs erat) non solùm evincunt tradita Baldi *cons.* 499 *in pr.* Oldradi *de Ponte consil.* 250. Rubei *d. cons.* 17. *n.* 2 Gomden *consil.* 77. Anton. *Fabri tract. de solut. cap.* 6 *d. non igitur cogendus, &c.* Molinæi, *d. tract. de usur. sub num.* 707. Cardinalis Tusch *lit. M. conclus.* 349. *n.* 14. sed & in eum sensum videtur textus expressus *in c. cum canonicis.* 26 *ext. de censib.* ubi glossa ad verbum (*pecuniæ*) prudenter notat: quòd pecunia, quæ ab initio fuit constituta, & non nova, quæ melior, ab hisce Canonicis sit exigenda. Si enim moneta diminuta fuisset, illam recipere recusa- 364
rent. Cùm ergo minorem recipere nollent: majorem exigere non debent. Et confert huc, quod contrariorum eadem sit ratio ac disciplina: quodque natura correlativorum sit, ut dispositum in uno ex ipsis correlativis, etiam in alio dispositum censeatur. Et inde inter creditorem & 365
debitorem æqualitas est servanda, & quod uni in suo casu non licet, nec alteri in antithesi concedendum erit. *Alemanus consult* 8. *quæst princ.* 6 *p* 808. & contractus claudicare non debet. *Fichard consil. lat.* 30. *n.* 3. *& cons* 28 *n.* 5. *Ernest. Cothman vol.* 1. *respons* 24 *n.* 154. Accedit, quod nemo id petere possit, cujus contrarium in casu contrario accipere recusaret. *l. pen. ff. de solut. & l. si ei lege,* 17 *C. de usur.* Imo semper partes Debitoris tanquam Rei favorabiles magis existunt, quàm creditoris, qui est Actor, *vulgata l. favorabiliores.* 125. *ff. de reg. jur.*

Nec enim capere possumus quo jure contendere queant, ab eo, qui probam justoque pretio dedit monetam, esse nummos juxta pretium tempore solutionis auctum accipiendos; contrà, ab eo qui immodicè æstimatam monetam accepit, eam tempore solutionis probis ac modice æstimatis nummis restituendam esse. Si enim hoc posterius ex eo velint deducere, quod a debitore qui nummos magno pretio accepit, ii pari modo eodemque pretio impendi possint, sicque nulla à tempore contractûs læsio sit; inde ergo (posito, rem in facto ita se habere, quod tamen plane negandum esse postmodum ostendemus) dicendum omnino esset, eum non esse audiendum qui probam dedit monetam, si ei nummos intensi pretii debitor restituere paratus sit; quia scilicet ille eos in totidem florenos impendere posset; quodque iniquum lucrum captaret, si monetam sibi pretio parvo resti-

Digitized by Google

restitui ita vellet, ut exinde quadruplum aut amplius lu-
craretur. Est adeoque in aprico; quod iis Doctoribus
aut judicibus (quorum ex sententiâ, creditori, loco
probæ & legitime æstimatæ monetæ, reproba vel ni-
mium aucta moneta nullo modo obtrudi potest) neces-
sariò hæc etiam probanda sit sententia; quod pro mo-
netâ, in immenso valore creditâ, eadem in valore mul-
tùm diminuto, præsertim intra tam breve tempus,
nullo colore exigi queat.

366 Atque huic decisioni nostræ vis insuperabilis indè ac-
cedit, quod creditores hac sibi debitorem devinciendi
ratione. multis modis adversùs Imperii leges, quin etiam
(ut ut hac intentione sua præstrictè stare velint) usura-
rie fecerint; nec proinde eis, in hoc negotio, ullum le-
gis beneficium, vel in Camera (si modò rem, ut gesta est,
narraverint) processus prodesse queat: siquidem ii tha-
lerum in 6. florenos dederint, qui tamen, nec ex com-
muni Imperii jure, nec recessibus Circuli, eo steterit pre-
tio. Quanquam enim, his ultimis annis, alicubi loco-
rum, valor probæ monetæ accessit major, &, in Suevi-
co Circulo, thalerus sex florenis æstimatus est; id tamen
connivendo tantùm, & ad tempus, majori mali evitan-
di causâ, factum est: Scilicet quia ei malo paratum re-
medium non erat: intereà tamen significanter edictum
est; quod ea res non perpetuò obtinebit, verùm, quam-
primum emendabitur; quapropter nec dilatio ista ullo
modo fecit, ut thalerus sex florenis æstimatus, pro le-
gitima, vel publicè æstimatâ monetâ, haberi potuerit;
367 eò quòd in monetis perpetua æstimatio, non ea, quæ
ad tempus inducitur, vel toleratur, attendi debeat, *per
textum in l. 3. ff. de eo, quod cert. loc. l. 3. de in lit. jurand.
l. 1. in princ. ff. de contrah. empt.* ubi eleganter Gotho-
fredus ait: quòd nec quidem generalis æstimatio mone-
tarum pro vera & perpetuâ æstimatione haberi debeat:
sed ea demum pro perpetuâ æstimatione sit admittenda,
quæ nullo tempore mutabilis est: ne si mutetur in horas,
ipsis possessoribus nummorum usus noceat. Et quòd nu-
368 mismatum valor, qui medico duravit tempore, nullo
pacto sit considerandus, argumento nobis est. *l. pretia
rerum. 63 §. fin. ff. ad leg. Falcid.*

Itaque illicita prorsus creditorum agendi ratio fuit,
qui monetam seu valorem ad tempus saltem proceden-
tem, nec nisi quotidiano mercimonio, brevique cre-
dendi debendive æri comparatum, in emendam pen-
sionem perpetuam, debitoribus, cum horum aperto
damno, obtruderint: cùm tamen ipsi, ut credibile est,
thaleros istos haud magno acquisiverint pretio. vel cùm
certò sciverint monetæ depreciationem (quæ heic nullo
modo est pro casuali habenda) brevi futuram esse. Ideò
autem Creditores litteris obligatoriis inseri voluerunt sin-
gularem sanè, nec verò probatam, ast legibus Imperii
penitùs contrariam cautelam, Ne sc. debitores ante
elapsum biennium pensionem redimant, sortemve resti-
tuant: Cujus rei ratio unica hæc fuit, quod nempe
creditores certò sciverint, immodicum monetæ pretium
post id tempus mutatum iri. Hæc autem lucri capta-
tio ab usurariâ pravitate minimè est aliena: Cùm enim
pro usurario manifesto habeatur, qui decimas sibi usu-
ras parat; ecquid melioris notæ esse is velit, qui lucrum
captat multò majus: quale est, cùm quis 400. thale-
ros ex 2000. thaleris usuræ nomine exigit: & ita
consequenter pro sorte 2000. aliam 8000 thalero-
rum, tempore solutionis sibi restitui contendere au-
det? Istis autem, creditoribus, tempore contractûs,
consilium non fuerit usurarium; tamen eo ipso usuræ
crimen committerent, si sufficienter moniti, ab ini-
369 quâ petitione non recedant. Dolo enim facit, qui
petit quid ex eâ stipulatione, ubi res dolum in se
habet *l. si quis. 36. ff. de verbor. oblig.* Et in terminis
nostri casûs, usuram esse reipsa pravam, cum quis
meliorem ac dedit pecuniam sibi deberi vult, testatur
nobilis theologus ac jurista, Ludovicus Molina, *in
tr. de just. & jur. tom. 2. disp. 312.* ubi *n. 11.* scribit;
quamvis usura non sit, mutuò dare cum onere, ut 370
pecunia ejusdem rationis solvatur cum eâ, quæ mutuò
datur: esse tamen usuram, mutuò dare cum onere,
ut mutuatarius reddere teneatur pecuniam rariorem
& meliorem in hominum æstimatione: ut mutuare
æream, quando illius est magna abundantia, cum
onere, ut aurea vel argentea reddatur: eo quòd gra-
vamen illud injustè ultra sortem apponatur.

Atqui tertiò, debitores eo contractu graviter, ac 371
longè ultrà dimidiam læsos esse, luce meridianâ clarius
est. Quanquam enim eâ pecuniâ civibus egenis an-
nonam suppeditarunt, thalerumque in decem florenos
impenderunt: tamen pro eâ annonâ pecuniam quadru-
plo majorem aut amplius numerarunt: deinde ab
egeno cive pecuniam in solutum nullam recuperare
potuerunt, nisi eam quæ tunc-temporis, ibique lo-
corum in usu fuit. Atque ejus pecuniæ ad minimum
dodrans residuus est ab ipsis conquirendus. Neque ve-
rò quisquam sanæ mentis homo non agnoscet, ex pecu-
niâ vel annonâ aut ejus generis rebus magno pretio,
superiore anno datis, parvum vel etiam nullum com-
pendium dantes fecisse: quia scilicet eo tempore cui-
libet jam suboluit, quantùm à temporario verus di-
stet valor: atque, cùm intereà merces eo majore pre-
tio emi vendique cœperint, nulla proinde imaginarii
istius nummorum valoris ratio habita unquam fuit.
Et ità isthæc valoris extrinseci auctio nemini aliquod
lucrum, sed potius omnibus certissimum damnum,
caritatem perniciosam, aliasque molestias quàm-plu-
rimas creavit: quod Imperii & Circulorum Acta,
omniumque Ordinum querelæ testantur abundè. Si- 372
quidem certum est, & quotidiana docet experientia:
quòd, crescente auri vel argenti æstimatione, omnes
res venales similiter augeantur in pretio, & hoc mo-
do carior indies fiat annona, resque pecuniâ compa-
rabiles, pecuniæ cursum sequantur. *Albericus in l. cùm
quid. 3. ff. de reb. credit. & ibid. Purpurat. num. 171.
& idem in consil. 522. n. 38. Curt. ad d. l. cum quid
n. 13. vers. circa quæstionem, &c. Tessaur. decis. 214.
n. 1. Joan. Petr. Surd. consil. 368. num. 27.*

Igitur sperandum omninò est, creditores seu pensio- 373
nis emptores hocce quadrupli lucrum non esse mor-
dicùs capturos: cum semper & ubique boni graves-
que viri lucrum, alterius cum jacturâ conjunctum,
sordidum inhonestumque putarint, ut individuo ex
Decio decidit Cephalus *consil. 25. n. 8 vol. 1.* & post
eos Fridericus Pruckman. *consil. 19. num. 51 lib. 1.*
Quò confert & illud, quod ex Johanne de Anan. do-
cet Jason *ad l. penultim. num. 5. in fine C. de pact.* quod
is, qui se in judicio virum bonum profitetur, decep-
tionem etiam infra dimidium nullâ fronte excusare
possit. Idemque comprobat Pruckmannus *consil. 29.
numero 26. vol. 1.* Atqui, cum ea res ad Rempublicam 374
pertineat, facillime sanè ei, adversùs hunc damno-
sum contractum, parata erit restitutio in integrum.
*l. Respublica. 4. Cod. quib. ex caus. major. in integr. resti-
tuant.* ubi habet textus: Rempublicam uti minorum ju-
re: ideoque restitutionis in integrum auxilium implo-
rare posse. Cujus legis dispositionem Castrensis ibi-
dem ad quamvis Rempublicam refert, etiamsi sim-
plex fuerit municipum. Nam (*secundum illum*)
pariter, ut Respublica, suos habet administratores,
& per eos regitur. *Latè Johann. Mauric. in tractat.
de re-*

de restitut. in integr. cap. 41. & *Sfortias Oddus. de restitut. in integr. part. 1 quæst. 18. art. 9. & seq.* ubi hoc item ad omnes villas, castra, & Universitates quascunque extendit.

Non autem fallit nos, quod quis dixerit, inter credi-
375 tores esse etiam mulieres & viduas, quarum favor in jure idem est ac illorum. Namque respondetur primò: privilegiatum non uti privilegio suo contra pariter privilegiatum, eo demum in casu, si privilegiatus restitutionem implorans, fuerit in lucro, aut si uterque damnum esset passus, *Oddus d. part. 1. quæst. 18. art. 4. 5.*
376 *& 6.* In nostro verò casu notorium est: hasce viduas lucrum cum maximo damno Reipublicæ appetere. Deinde juris est expressi: privilegiatum contra privilegiatum indifferenter restitui, quando privilegium impar & magis potens habet. *l. verùm. 11 §. penult ff de minorib. 25. ann.* Quia tunc potentius privilegium præfertur inferiori. *Caccialup. in l omnes populi. 9. num. 122. ff. de justit. & jur. Crot. in l. 1 num. 22. ff solut. matrim. latè Decius in c. in præsentia num 170 & seq. ext. de probat* Et in specie minorem ac Rempublicam mulieri præferri; tradit Oddus *d. part. 1. quæst. 18 artic. 8. num. 47. & seqq.*

Cùm igitur ista se ita habeant reipsa uti deducta sunt, & hæc sententia nostra pluribus, si requiratur, juris æquitatisque rationibus confirmari possit: Inde rectè concluditur, tenorem obligatorii scripti creditoribus nullo modo juvare posse. Nam primò, verba ipsa promissionem debitorum non aliam inferunt, ac de pecunia secundùm eum valorem quo in contrahendo mutuo data est, non autem alium, tempore solutionis restituenda. Nam in scripto cavetur de pensione annua certo numero florenorum moneta rhenana, eaque proba publicique valoris intellectorum (*reinisch muntz, guter, genehmer unverruffter landswehrung*) præstanda. Scriptum porrò est, emptam esse hanc pensionem N. millibus florenorum prædicti valoris: deinde, pretium in
377 thaleris quorum singuli in sex florenos dati sunt, emptores præstitisse; quæ verba nihil aliud inferunt quàm, pensionem creditoribus præstandam nummis ex valore publico non deterioribus ac ii fuerunt, qui in eam emendam numerati sunt. Atqui, ex suprà dictis patet, thalerum ex publico legitimoque valore nunquam sex florenis æstimari potuisse, ac proinde non licere creditoribus aliter pensionem petere quàm juxta hunc ipsum valorem, qui sanè verbis, *prædicti valoris*, apertè designatur. Ver-
378 bo enim *prædicti* repetunt modum & qualitatem præcedentem: & demonstrant, idem esse in sequentibus, quod in præcedentibus fuit: quemadmodum omnium dictionum relativarum natura est, referre præcedentia cum omnibus suis qualitatibus: & referens regulatur secundùm relatum, *uti docet Octavianus Usascus decis.* 110. Etsi porrò debitores dixissent, usuras aut sortem eo valore præstandas, qui quolibet solvendi tempore in usu erit, *gang und geb seyn Wurde*: attamen & hancce clausulam intelligendam esse, volunt nostri Doctores, si res permanserit in eodem, vel non planè dissimili statu, *arg. l. quæro. 54. §. inter locatorem. 1. ff. locati. Tiraquell. in præfat. l. si unquam. num. 166. & seq. C. de revoc. donat. Molin d. tract. de usur. n. 170. cum seq Cothman. cons. 35 n. 269. & 304. & Surd. decis 436. n. 2* quo loco scribit,
379 mutato rei monetariæ statu, recedi à pactis conventis. Item contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. Rub. *d. consil. 17. Surd. consil. 406. num. 3.* Quemadmodum etiam idem Sur-
380 dus *consil.* 120. censet: quando conveniunt partes, quòd solutio fiat de moneta currente tempore solutionis: tunc nihilominùs novam pecuniam solvendam esse, secundùm valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de nova, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam, vel conventionem aliud nil operari, quàm quòd debitor non cogatur solvere de pecunia antiqua, sed possit de nova.

Deindè, posito quod debitores disertis verbis, usu- 381
ras præstandas sortemque restituendam, thalero quasi sesquifloreno æstimando, promiserint: tamen esset hoc promissum, utpote usurariam resipiens pravitatem, eamque reipsa incurrens, ipso jure nullum. Et nec tantùm, quid promissum fuerit, attendi debet, sed & quid justè ac secundùm æquitatem exigi
possit, considerandum est. Atque adeò invalidus est 382
contractus, usurariam sapiens pravitatem, ut nec juramento corroborari validè satis possit. *c. tuas dudum. 13. ext. de usur. Mascard. de probationib. conclus. 447.*
num. 33. & seqq. Præterea, quòd Imperii Constitutio- 383
nes, de usurariis contractibus promulgatæ, eosdem non solùm reprobent; sed & omnibus Judicibus serio mandent, ne super ejusmodi contractibus sententiam ferant, executionemvè faciant, notius est, quàm ut debeat juris allegationibus roborari. Ac si quid ultra sortem, & legitimum atque concessum interesse petitum, aut in conventionem deductum est, id non debere attendi, probant Goden *consil. 3. in fine.* Richardus *vol. 2. consil. 30. num. 4.* & Cravetta *cons. 47. n 7.*

Quæ cùm ita sint, debitoribus auctores sumus, ut pensionem hanc iterum actu creditoribus offerant, adhibita formali interrogatione, nùm eis res ea uti deducta est, in animo sit. Si à sententia sua dimoveri nolint, licebit pensiones in urbe Imperiali neutrius partis studiosa, vel in qua domicilium creditoribus est, deponere.

Quemadmodum suprà decisivè continetur: ita nos Decanus & cæteri Professores Facultatis Juridicæ, &c. unanimiter sentimus, &c. Actum in Collegio nostro, vicesimo die Mensis Septembris, Anno Christi supra millesimum, sexcentesimum, vigesimo tertio.

Colophonis loco hic silentio involvendum non est: quòd 384
novissime D Martinus Rumelin *in disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 19.* autumat: in præmissis & decisis hactenus casibus, neque simpliciter tempus contractus, neq; tempus solutionis spectandum esse, sed potiùs dicendum: bonum Judicem rerum & factorum circumstantias diligenter expendendo, & in singulis casibus peculiarem rationem & æquitatem ante oculos habendo, variè constituturum, quomodo solutio facienda sit; non autem generaliter omnes & indiscriminatim, adinstar unius, statim decisurum (more imperitorum Medicorum, qui uno collyrio morbos omnes sanari volunt) sed omnino talem ubique sententiam pronunciaturum, quæ neque mutuantem cum damno mutuatarii, neque hunc cum damno illius locupletari sinat. Quam novam & singularem opinionem si Judex discretus æquitatisque studiosus in judicando secutus fuerit, fortassis minùs peccabit, *argum. l. placuit 9 & l. seq. C. de judiciis. l & si quis. 14. § idem Labeo ait 13. circa finem. ff. de religios. & sumpt. fun. l. si servum 91 §. sequitur. 3. vers. esse enim. ff. de verb obligationib. l. si res tuas. 8. in fin. C. ad exhibend. cum similibus.*

Etenim quòd in istiusmodi prodigiosa monetæ mutatione præcisè spectandum sit tempus, vel contractus, vel
solutionis: id nullo aperto jure doceri posse videtur. Tam 385
enim hæ quæstiones à jure communi exorbitant, quàm eodem jure barbarica hujuscemodi monetarum mutatio incognita est, imò reprobata & damnata, inquit Carolus Molinæus, *in tract. commercior. & usurar. &c. quæst. 95.*
num. 726. In his autem, super quibus jus non inveni- 386
tur expressum; Judex, æquitate servata, ac circumstantiis omnibus ponderatis, procedere jubetur. *c. ultim. in fin. ubi Panormitan num. 6. & 7. ext. de transactionibus.* Jure siquidem deficiente, id sequendum erit, quod æquitas suggerit, respondente Paulo Jurisconsulto *in l. 2. & item Varus ait. 5. vers quamquam ff. de aqua, & aquæ pluviæ arcend.* Hucque pertinent, quæ tradidi infrà *ad princip. tit. de officio judic. num. 20 cum aliquot seqq & in tractat. de process. judiciar. decad. 2. conclus. 6. num 4. & seq.*

& seq. itemque Decad. 16 conclus. 1. num. 5 & conclus. 3 n 27. & 8 alibique passim. Porrò plura monetalia juris responsa, nomine inclytæ Facultatis juridicæ, in præluſtri Academia Tubingensi, magno studio conscripsit Dn. Christophorus Besoldus: quæ extant *in volum. 2. consil. 58. & aliquot seqq. fol. 159. & multis seqq. item consil. 81. fol. 332. & seqq. nec non volum. 3. consil. 99. & 142. fol. 225. & subseqq.*

§. *Is quoque.* 1.

Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione: non magis, quàm mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere: cùm is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quàm contrahere.

SUMMARIA.

1 *Indebiti obligatio valde similis mutuo.*
2 *Ut ex mutuo, ita ex indebito sive promutuo usuræ non debentur.*
3 *Differentia inter mutuum & indebitum.*
4 *Promutuum & indebitum in quo differant.*
5 *Indebiti [illegible] definitur.*
6 *Indebiti [illegible] [illegible] sit contractum.*
7 *Quando [illegible] fit.*
8 *Scienter indebitum solvens, donare videtur, & num. 45.*
9 *Indebitum non oritur sine reali solutione.*
10 *Effectus indebiti.*
11 *Error translationem dominii impedit.*
12 *Indebitum unde æstimandum.*
13 *Ex re ipsa duo indebiti genera existunt.*
14 *Naturale tantum debitum, solutum repeti nequit: & num donatarius, ad ἀντίδωρον obligatus, si solvat, repetere solutum possit, quasi indebitum.*
15 *Utrum naturalis obligatio, quæ inter fratres contracta est, patri [illegible] acquiratur, an vero in persona sua creditoris subsistat.*
16 *Quæritur res & obligatio patri & domino per filium aut servum [illegible] acquiratur.*
17 *Obligationes in [illegible] consistunt.*
18 *Quis dicatur debitor.*
19 *Natura actionis de peculio.*
20 *Objectio, [illegible] solutio.*
21 *Nemo sibi ipsi potest obligari.*
22 *An & quatenus pater filio, & dominus servo naturaliter obligetur.*
23 *Quatenus mortuo patre, naturalis obligatio, quæ inter fratres contracta, & patri quæsita est, tollatur.*
24 *Confusione debiti & [illegible] extinguitur obligatio.*
25 *Item vi compensationis.*
26 *Debitum, à cujus petitione creditor per debitorem exceptione temporali repelli potest, solutum repeti nequit.*
27 *Ecquid in diem debitor, ante diem debitum solvens, id repetere valeat.*
28 *An medii temporis interusurium, [illegible], fructus, & emolumenta, quorum ratione debitor damno se ex præmatura solutione affectum ait, sint restituenda.*
29 *Generaliter dicta, sunt generaliter accipienda, tam in odiosis quàm favorabilibus.*
30 *Specialia semper generalibus insunt.*
31 *A quo removetur genus, ab eodem removentur species.*
32 *Principale qui perdit, is & accessorium perdit.*
33 *Nemo debet locupletari cum alterius jactura, & num. 79.*
34 *Debitum purum & debitum in diem æquiparantur.*
35 *Dies censetur pars summæ & obligationis.*
36 *An & quatenus debitum, quod quis perpetua exceptione tutus solvere non tenetur, si solutum sit, repeti queat.*
37 *Indebitum ex persona dantis & accipientis quando æstimetur.*
38 *Conciliatio l. si pœna. 19. §. 1. ff. de condict. indebit. cum l. repetitio. 44. ff. eod. & l. de hereditate. 5. C. de petit. hered.*
39 *An in dubio [illegible] alieno potius, quàm proprio nomine facta præsumatur.*
40 *In omnibus contractibus magis persona ipsius contrahentis, quàm alterius inspicitur.*
41 *Solutio in quam causam facta in dubio intelligatur.*
42 *Indebiti quantitas æstimatur ex persona pupilli, furiosi & prodigi.*
43 *Intellectus genuinus l. si cum pupilli. 64. in princip. ff. ad SC. Trebell.*
44 *Legum correctio & contrarietas vitanda.*
45 *Error quid sit: & quotnam indebitum condici possit.*
46 *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est.*
47 *Propositum in mente retentum, nihil operatur.*
48 *An, si quis debitum indebitum solvit, per errorem solvisse sit censendus.*
49 *Dubitans & errans in jure æquiparantur.*
50 *Num dubitans transigendi causa solvisse præsumatur.*
51 *Cessante causa, cessat effectus.*
52 *Duplex error: juris, & facti.*
53 *Utrùm facti tantùm, an juris etiam errore solutum repeti possit.*
54 *Jus finitum & potest, & debet esse.*
55 *Omnes homines scire jura debent.*
56 *Culpam contrahit, qui jus ignorat.*
57 *Sententia l. juris ignorantia. 7. & l. error. 8. ff. de jur. & fact. ignor.*
58 *Intellectus l. cum is. 32. §. 1. & l. si fidejussor. 59. ff. de condict. indeb.*
59 *Quæ significatio in dubio accipienda.*
60 *Sensus l. 1. in princ. ff. ut in possess. legator. &c.*
61 *Consideratio l. si a patre. 5. C. de condict. indebit.*
62 *Intellectus. l. frater à fratre. 38. in pr. ff. de condict. indebit.*
63 *Intellectus l. 2. §. 1. cum l. seq. ff. eod. tit.*
64 *Indebiti condictio oritur ex æquitate naturali. & num. 101.*
65 *Juris ignorantia consistit lata culpa, quæ dolo æquiparatur.*
66 *Dolus nemini prodesse debet.*
67 *Intellectus l. eleganter. 23. §. item si ob transactionem. ff. de condict. indebit.*
68 *Indebitum per errorem solutum quatenus repeti possit.*
69 *Incivile est, nisi tota lege perspecta, judicare vel respondere.*
70 *Totum juris corpus pro una lege habetur.*
71 *In toto jure generi per speciem derogatur.*
72 *Ignorantia in proprio facto intolerabilis.*
73 *Quæ personæ, & quibus casibus indebitum, errore juris solutum, repetere queant.*
74 *Differentia inter ignorantiam juris, quæ militibus, & illam, quæ fæminis indulgetur.*
75 *Rusticis jus ignorare quando liceat.*
76 *Ignorantia juris naturalis nemini permittitur.*
77 *Quibus ex causis indebitum, per errorem facti solutum, condici nequeat.*
78 *Intellectus l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.*
79 *Natura iniquum est, aliquem cum alterius damno locupletari.*
80 *Æquitas in omnibus rebus spectanda.*
81 *Volenti nulla fit injuria.*
82 *Æquitas, justitiæ cultrix & auctrix.*
83 *D. Boceri cavillationes refelluntur.*
84 *Verbum [illegible], & quasi [illegible] impropriietatis nota.*
85 *Animus de [illegible] Boceri opinatione [illegible].*
86 *Plures casus, secundum DD. quibus indebiti per errorem soluti repetitio cessat.*
87 *Id maximè debitum putatur, quod [illegible] exigi potest.*
88 *Qua actione indebitum solutum repeti queat.*
89 *Condictio indebiti cui competat, & adversus quem.*
90 *Donatio in dubio non præsumitur.*
91 *Condictio est actio personalis.*
92 *Heres & defunctus pro una eademque habentur persona.*
93 *Num procuratori, qui indebitam solvit pecuniam, & contra procuratorem, qui indebitum accepit, condictio detur: an verò domino, & contra dominum competat.*
94 *Si quis pro reo, qui indebitum promisit per errorem, fidejusserit & solverit, reone, an fidejussori condictio tribuatur.*
95 *Quid actione condictitia petatur.*
96 *Julianus in l. cùm is. 32. §. ult. ff. de condict. indebit. conciliatur cum Celso in l. si is, cui. 19. ff. de legat. 2.*
97 *In alternativis regulariter promissoris, aut rei electio.*
98 *Quando legatario electio concedenda.*
99 *Conciliatio l. pomis. Cod. de condict. indeb. cum l. si non sortem 26. §. si decem. 13. ff. eod. tit.*
100 *Explicatio l. si me si duos 21. ff. de condict. indeb.*
101 *Indebiti condictio cur dicatur naturalis.*
102 *Quænam in illam veniant.*
103 *An judex, qui reum ad redditionem pecuniæ, indebitè acceptæ, condemnat, simul eundem in usuras condemnare possit.*
104 *Numquid renunciatio, sive generalis, sive specialis, indebiti condictionem impediat.*
105 *Errantis nullus consensus.*
106 *Nemo intelligitur renunciare juri suo, quod sibi competere ignorat.*
107 *An actio condictitia cum rei vindicatione concurrat.*

Secunda

Digitized by Google

1 SEcunda species contractuum seu obligationum, quæ re contrahuntur, est *solutio indebiti*, per errorem facta. Nam is, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, *re*, hoc est, ex ipsa solutione seu numeratione, obligatur, quasi ex mutui datione, *ut indicat Justinianus hoc in §. & Cajus in l. si quis absentis. 5. §. is quoque qui non debitum. 3. ff. de obligat. & actionib.* Unde patet, indebiti obligationem valde esse similem mutuo, *de quo jam abundè tractatum in principio hujus titul.* Et quidem similitudines hæ potissimum notandæ veniunt. I. Actio ex utroque negotio nata dicitur condictio, *hoc § nostro. dict. l. 5. §. 3 ff. de obligat. & actionib.* II. Quemadmodum ex mutuo usuræ non debentur. *leg. Titius Sempronio. 24. ff. de*
2 *script. verb.* ita quoque ex indebito (quod promutuum nonnulli appellitant. *Cujacius in paratitl. Cod. de condict. indebit. & lib. 8. observat. cap. 34. Anton. Matthæus & Heigius in hoc §.*) usuræ non dantur. *l. 1. C. de condict. indeb.* III. Dominium in utroque transfertur. *l. dominus. 53. ff. d. tit initio hujus tit. in fine.* IV. In utroque redditur res ejusdem bonitatis. *leg. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condict. indebit.* V. Ut ex mutuo; ita ex indebito sive promutuo pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur, *hoc §. nostro. ibique Mynsinger. num. 8 l. obligari. 9. ff. de auctorit. & consens. tutor. & curator* VI. Ut mutui; ita & promutui actio per liberam personam nobis acquiritur. *l. certi 9 § si nummos 8 ff. de reb credit. l. si per ignorantiam. 6. C. de condict. indebit. Cujac. d. lib 8. observat. cap. 34.* Differentiæ verò inter
3 isthæc duo negotia afferuntur illæ. I. Mutuum verus est contractus, *ut ostensum suprà ad principium hujus tit. num. 8.* indebitum videtur potiùs distractus, *ut hìc in versicul. Sed hæc species obligationis, &c. §. item is, cui. 6. infr. de obligationibus quæ quasi ex contractibus nascunt.* II. Mutuum est juris gentium. *§. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure supr. de jur. nat gent. & civil.* indebitum est ex jure naturali. *l. indebiti. 15. in princ. & l si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit.* III. Ex mutuo promanat tantùm certi condictio. *per princip. hujus titul.* ex indebito quandoque etiam incerti condictio nascitur, *l. sed & si me. 22. in fine. ff. de condict. indebit.* IV. In mutuo redditur tantundem, quantum est datum. *l. 2. in princip. & dict. l. 3. ff. de reb. credit.* Ast in indebito sæpè plus restituitur, velut fundus cum fructibus, &c. *leg. videamus. 38. §. 2. ff. de usuris, leg. indebiti 15. d. l. in summa. 65. § ei, qui indebitum. 5. ff. de condict. indebit.* V. Etsi utrumque in iisdem ferè rebus habet locum: tamen indebitum interdum in aliis quoque rebus, quam iis, quæ numero, pondere, aut mensura constant, ut in fundo, in servo, in servitutibus, & cæteris, locum obtinet. *dict. l. sed & si. 22. in fin & l. cùm is. 32. §. ultim. cum similibus ff eodem tit. Giphan. hic in vers. nam perinde, &c.* VI. Mutuam pecuniam accipiens tenetur ex mutuo, etiamsi illa perierit, & debitor locupletior factus non sit. *leg. incendium. 11. Cod. si cert. pet. & expositum suprà initio hujus titul. num. 20. & seqq.* Indebitum autem per errorem accipiens, eatenus tantùm tenetur, quatenus ex eo locupletior est factus, *d. l. cùm is. 32. in pr. d l. in summa. 65. §. penult. ff. de condict. indeb l cùm hi 8. § si quis de alimentis. 22. ff. de transactionibus. Andr Clud. in Commentar. de condict. indebit. cap. 2. num. 84. & seqq. ubi plures differentias fusiùs recenset.* Enimverò promutu-
4 um & indebitum in eo maximè differre sciendum est: quòd promutuum dicitur, quando res solvitur, cujus datione in creditum itur, hoc est, quæ pondere, numero, mensuravè continetur: quo casu accipiens ex quasi mutuo, ex promutuo, ex tacito mutuo obligatus est. Quòd si alia quævis res solvatur, cujus datione in creditum ire non solemus, putà si corpora, homines, vasa, hisque similia soluta fuerint; promutuum non censetur, sed indebitum: ac proinde eo casu condictio non est ex quasi mutuo, sive ex promutuo, sed ex bono & æquo: *ut post Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 34. circa fin. & ad princ. tit. C. de condict. indebit. explicat Cludius d. capit. 1. num. 93. Vide Bachovium hic n. 1 pag. 713.*
5 Indebiti solutio non malè definitur contractus, vel quasi contractus, re initus, quo pars una per errorem quippiam, quod non debet, sui liberandi causa alteri dedit parti, & eandem ad id reddendum obligavit. *Dn. Collega Bocer class. 2. Disput. 8. thes. 1. edit 2.* Et sanè con 6
tractus iste indebiti solutio, cùm id agitur, ut, si postea appareat, solutum esse indebitum, restituatur, *l. 2. in princ. ibique Jason. ff. de condictione indebit Timæus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. thes. 10.* Quo etiam referri poterit *l. si in area 33. ff. eod titul* ubi Julianus disertè respondit: eum, qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerere, id est, contrahere, ut ibi præcedens ac subsequens propositio ostendit: quemadmodum & alibi phrasis illa accipitur, *leg. in commodato 17. §. sicut autem. 3. vers. geritur. ff. commodat Olemann. ad lib. 3. Disputation. juris civil. Giphanii. disputat. 24. num. 46. Rittershus. in hoc §. pag. 408.* Quasi verò con- 7
tractus est indebiti solutio, si quis tantùm animo liberandi se ab obligatione, eamque distrahendi, non etiam causa obligandi accipientem, solvat, *hoc §. nostro, vers. sed hæc species &c. d. §. item is, cui 6. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc l. si quis absentis. 5. §. is quoque. 3. fin. inff. de obligat. & actionib. l. is qui commodatum. 13. §. fin ff commodati. D. Bocerus hic num. 7. pag. 169* ubi ait, negotium hoc esse contractum, esse etiam distractum diversa consideratione. Contractus est, si appareat indebitum: distractus obligationis est, si sit debitum. Verùm hanc rem latè, licet diversimodè, examinant *Donellus lib. 14. Commentar. de jur. civil cap. 16. & 17. & utrobique Hilliger. in suis notat. Cludius in d. Commentar. de condict. indebit. c. 1. num. 67. cum multis seqq. Mozzius in tractat. de contractibus rubr. de indebito in princip. num. 2. Rainaldus Corsus libro 1. indagat. jur. cap. 31. Rober. Disputat 14. thes. 6. Schickard. Disputat. ad Institut. 12. thes. 4 & resolut. q. 1. Arumæus Exercit. Justin. 15. thes. 14. Wesenbec. hic num. 1. & Vultejus in d. §. item is, cui. 6. infr. de obligation. quæ qs ex contract. nascunt Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract 3. part. 2. quæst. 1. & 2. Bachovius in tractat. de actionib. Disputat 4. th. 15. pag. 139. & seq Ungepaur. exercit. Justin. 12. quæst. 8 pag. 470. & seq. edit. ult. Richter. in tract. de contract. Disput 3. th 2 lit. 6. &c. pag. 58. cum seq. nec non Osterman hic in suis rationalib. pag. 66. & seqq.*
Dicitur in definitione, *per errorem.* Nam qui sciens in- 8
debitum solvit, donare videtur, *l. qui fundum. 7. § servus. 2. in fine. ff. pro emptore l. cujus 53 ff de reg. jur.* eoque nec accipiens ad id reddendum obligatur. *l. 1. l. si is, qui 4. l. judex 28 l. quod quis. 50 ff. de condict indebit. l. indebitum. 9. C. eod. & latiùs tractabitur infrà suo loco* Additur, *al-* 9
teri &c. Etenim cùm re hic obligatio constituatur, *per hunc §. nostrum ibi re obligatur. & d. l. si quis. 5 § 3 ibi, obligatur quidem ff de obligat. & act* proficisci illa debet per solutionem à solvente ad eum, cui solvitur, *argument. leg [illegible] § item emptio ff. de rer. permutat* & solutam intelligimus pecuniam utique naturaliter, si numerata sit. *l. solutam. 49 ff de solutionib* & dandum est quod [illegible] tur, hoc est, dominium ejus in accipientem est transferendum: cùm pro eo repetendo competat condictio, quâ non nostram, sed adversarii rem persequimur, *§ sic itaque discretis 14 [illegible] de actionib D. Bocerus [illegible] 2 Dispu-*
tat. 8. thes. 1. ad lit g Effectu quippe indebiti est, ut 10
per illud in accipientem dominium transferatur, *argum. l. interdum. 29 in fin & l. dominus. 53. ff de condict. indebit.* Neque obstat, per errorem indebiti solutionem fieri, *ut ex hoc §. nostro, & definitione modo proposita constat.* Erro- 11
rem autem dominii translationem impedire *l. [illegible] tor. 35. ff de acquir rer. domin. l. [illegible] § penult. ff de condict. causa dati, &c.* Hoc enim locum sibi vindicat in iis, quæ essentiam solutionis spectant, vel quando in ipsa re, ejusque solutione est erratum: quo casu dominium non transfertur, *dictis juribus* Secus se res habet, quando in causa solvendi error committitur, ut in indebiti solutione: quo casu dominii translatio non impeditur, *argument. l. cùm tale 72. § falsam ff. de conditionib & demonstrat. Jul Pac. ad rubr. tit. C. de condict. indebit. num. 4 Vultejus ad §. sequens. 16. num. 53 infr de actionib. Cludius d. Commentar. de condict indeb. cap. 1. num. 32 & cap. 9. n. 7. pag. 374.* Adde Valentinum Riemer. *decad. 9. quæst. illustr. 7.*

Digitized by Google

12 Indebitum porrò non ex re ipsa solum, verùm etiam ex persona dantis & accipientis æstimandum est, docente Donello *lib.* 14. *Commentar. de jur. civ. cap* 11. *pag.* 354. *num.* 40 *cum seqq.* & *cap.* 13. *in princ. pag.* 264. Ex re ipsa duo indebiti genera, quæ locum faciunt repetitioni soluti,
13 existunt. Unum genus est: cùm quid omnino non, neque civili, neque naturali jure debetur. *l. si non sortem*, 26. §. *indebitum.* 3. *ff. de condict. indebit.* Hujusmodi quoque indebitum est: cùm verè causa præcessit, ex qua quid debeatur, sed debetur sub conditione vera, de qua scilicet incertum sit natura, an existat, necnè. *l. sub conditione* 16 *ff. d. tit.* Alterum genus est: cùm quid jure quidem civili peti potest; sed actio per exceptionem perpetuam infirmatur. *d. l. si non sortem* 26. §. *indebitum l. qui exceptionem.* 40. *l. ex his omnibus.* 54 *ff. de condict. indeb. l. creditor.* 55. *ff. de verbor. significat. Pac. in epitom. jur. Disputat.* 15. *thes.* 14. *lit. b.* & *centur* 4 ἐναντιοφαν. *quæst.* 15. *Wegner Disput.* 13 *thes* 4. *ad lit.* C. Cui exceptioni annumeratur etiam exceptio, quæ ad rei debitæ perpetuam retentionem comparata est, puta vel ad servandas impensas, in rem alienam factas. *d. l. qui exception* 40. §. 1 *ubi Bartol. ff. de condict. indebit. l. quod dicitur.* 5 §. *penult. ff. de impens. in res dotal. fact. l. heres.* 21. *vers. similem. ff. ad senatusconf. Trebell. Pac. d. centur.* 2 *quæst.* 9. & 12. *Vult in* § *sequens.* 16. *num.* 34. *infr. de actionib.* vel hereditate vendita ad servandum id, quod venditori defunctus debuit. *l. si is, qui* 54 *ff. de condict. indebit. juncta l.* 2. §. *ult. ff. de heredit. vel actionib. vendit.* vel soluto fideicommisso aut legato, ad exigendam cautionem Falcidiæ nomine inventam. *l. si quis, cum* 39. *ff. de condict. indebit. juncta l. is, cui* 31. *ff. ad leg. Falcid. & leg.* 1. *ff si cui plus, quàm per l. Falcid. &c.* vel fundo vendito, & servitute, quæ ei imponi debuit, non imposita, ad eam imponendam. *l. sed & si* 22 §. *ult ff. de condict. indebit. l. si tibi.* 8. *ff. de action. empt D. D Bocer. class.* 2. *disputat.*
14 *thes.* 7. *lit* g. *edit* 2. Itaque qui illud, quod jure naturali tantùm debet, solvit; quamvis indebitum hac censeatur ratione, quod ab invito exigi non potest. *l. creditores.* 10. *vers. quod si natura, &c. juncta l. debitor.* 108 *ff. de verbor. significat.* solutum tamen repeti nequit. *l. naturales.* 10. *ff. de obligationibus & actionibus fidejussor* 16. §. *naturales.* 4 *ff. de fidejussor l. naturaliter.* 13. *l. si pœnæ.* 19. *in princip. l. frater à fratre.* 38 §. 1. & 2. *l. si quod dominus.* 64 *ff. de condict. indebit. l. sed etsi* 9 *in fin. cum l. seq. ff. ad senatusconsult. Macedon. D. Bocer. hic num.* 18. & *d. Disputat.* 8. *thes.* 8. *Pac. d. Disputat.* 15. *thes* 15 Vide Bachovium, ingeniosè in contrarium disputantem, *d. tr. de actionib. ad part.* 4. *ad thes.* 16. *p.* 141. & *seq.* De donatario, ad ἀντίδωρα obligato, quæri solet: num si solvat, repetere possit solutum, tanquam nullo jure, nec civili, nec naturali debitum. Affirmativam probabiliorem judicant *Arius Pinelus ad l.* . *C. de bon. matern. parte* 3. *num.* 60. *Donellus lib* 12 *commentar. de jur. civ. cap.* 2. *pag* 8. *num* 20. *cum seqq* & *D. Bocerus hic num.* 33. & *seqq. pag.* 172. Verùm pro negativa militare videtur textus expressus *in l sed & si* 25. §. *consuluit.* 11. *ff. de petit. heredit.* & *l. si pignore* 54 § 1 *ff. de furt.* Quos textus quamvis eludere conetur Donellus: tamen ad ipsius rationes prolixè respondet D. Hunnius *d. lib.* 3. *variar. resolut. jur. civ tract.* 3 *part.* 1. *quæst.* 4. *pag.* 901. & *seqq.* Eamque negantem sententiam, ceu naturali æquitati apprimè consentaneam, jam olim defenderunt *Fortunius Garsi in l.* 1. §. *jus naturale num.* 65. & *seqq. ff. de justit & jur. Zasius lib.* 1. *singul. respons. caput.* 3. *num.* 22. & *Covarruv in c. cum in officiis.* 7. *numero.* 10. *ext. de testament.* Tametsi illam, ceu ineptam, repudiet Bachovius *d. Disput.* 4. *sub thes.* 16. *pag.* 143.
15 Sanè & illud naturale tantùm est debitum, quod ea obligatione naturali continetur, quæ ex datione mutuæ pecuniæ, quam frater fratri, ejusdem patris potestati subjecto, credidit, nascitur. *d. l frater à fratre* 38. *in princ ff. de condict. indebit.* At vehemens hic concertatio exsurgit ecquid naturalis illa obligatio, quæ inter fratres contracta est, patri confestim acquiratur; an verò in persona filii creditoris subsistat? Et (quidquid in contrarium diversimodè & anxiè disputent *Accursius & Hotomanus ad d l. frater à fratre.* 38. *ff. eod. Johan. Robert lib* 1. *recept. lect. cap.* 30. & *libr.* 3. *animadvers. cap.* 6. *cum* 2. *seqq.* & *lib.* 3. *notat. ad notata Mercatoris. cap.* 6. *cum* 2. *seqq. Henricus à Sverin. in lib. repetit. lection. jur. cap.* 10. *Anton. Faber lib.* 20. *conject. cap. ult. hosque referens novissimè Hilliger. in Donello enucleato libr.* 14. *cap.* 19.) communiorem ego, verioremque eorum puto esse sententiam, qui obligationem illam naturalem patri per filium confestim adeo acquiri autumant, ut ne momento quidem in persona filii subsistat. *Ita tenent Bartol. Bald Jason. Lessurius & Mercerius ad d l. frater à fratre.* 38. *ff. de condict. indebit. Cujacius tract.* 9. *ad Afric. in explicatione dictæ. l.* 38. *Duaren. ad dict. tit. cap.* 6. *Donell. d. lib.* 14. *Commentar. de jur civil. cap.* 19 *pagin* 289. *Vincent. Cabotius lib.* 1. *Disputat. cap* 22. *D. Bocer d. Disputat.* 8. *thes* 9. *lit. b.* & *in hoc* §. *num.* 22. *pag.* 170. *Pacius cent.* 4. ἐναντιοφανῶν. *quæst.* 17. & *Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap.* 4. *num.* 20. & *seq.* Atque hæc 16
sententia comprimis probatur textu perquàm luculento *in leg. placet.* 79. *ff. de acquir. vel omitt. hered* ubi Ulpianus generaliter ostendit; non solùm hereditatem, sed & aliud quodlibet jus, sive quamcunque aliam rem, sive obligationem qualemcunque, patri & domino per filium & servum confestim acquiri; neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur. Maximè verò patri & domino acquiruntur ea, quæ juris sunt, vel in jure consistunt. *l. quod dicitur.* 130. *ff. de verb. obligationib.* Obligationes autem inter ea referri, quæ in 17
jure consistunt, & in oculos non cadunt, patescit *ex* §. *incorporales.* 2. *supr. de rebus corporalibus & incorporalib.* Deinde obligationem acquiri patri per filium, evincitur *ex d. l. frater à fratre.* 38 *in princ. vers. adeò ut, &c ff. de cond. indebit.* ubi filius, qui mutuam pecuniam à fratre accepit, debitor patris vocatur. Si ergo debitor est patris: obligationem certè patri acquisitam esse, necesse est. Ille enim debitor dicitur, qui nobis obligatus est: & verbum, *debetur*, obligationem præsupponit, *argument. l. debitor.* 108. & *l. pecuniæ verbum.* 178. §. *ult ff. de verbor. significat.*
Præterea patri obligationem per filium acquiri, ex natura 18
actionis de peculio, *de qua agitur in d l frater à fratre* 38 *ff. de condict. indebit* perspicuum evadit. Pater namque 19
ex contractu filii, cui peculium concessit, actione de peculio conventus, deducere potest non tantùm, quod sibi filius debet; verùm etiam quod idem filius fratri suo, alteri filio, debet: cùm hoc ipsum patri quoque debeat. Si igitur hoc ipsum pater deducere potest: obligationem naturalem per filium patri esse acquisitam, consequens est. Hoc etenim naturalis obligatio, patri acquisita, operatur: ut ipse deducere possit, quod frater fratri debet, ac filius patri acquisivit. Et quemadmodum domino servus debet, quod debet conservo, vel filiofamilias domini. *l. sed si damnum* 9. § *huic definitioni* 3 *ff de peculio. l. si peculium* 6. *in princ ff. de pecul. legat* ita quoque quod frater debet fratri, ipsi patri debere dicitur: cum eadem ratio in utroque militet. *Donell. & Cludius locis prællegatis, ubi id fusius confirmant.*

Huic assertioni non obstat sequens argumentatio: Si 20
naturalis obligatio patri per filium acquireretur: pater ipse filio nunquam naturaliter obligaretur: siquidem obligatio naturalis filio acquisita adversus patrem, non consisteret in persona filii; sed patri mox acquireretur, & ad patrem statim recurreret: & sic obligatio naturalis confusione extingueretur, patre eodem momento creditore & debitore existente: cùm nemo sibi ipsi possit obligari. *l. cum filiofamilias.* 11. *vers. denique. ff de legat.* 1. *l. Granius.* 71. *ff. de fidejussorib.* Atqui patrem filio naturaliter obligari, liquet *ex d. l. frater à fratre.* 38. §. *contrà si pater.* 21
2 *ff. de condict. indebit.* ubi filius patri pecuniam peculiarem credit, & pater filio naturaliter obligatur: adeò, ut ista patris obligatio etiam post emancipationem duret. Ergo obligatio naturalis patri per filium non acquiritur. Hæc, *inquam*, argumentatio non obstat. Nam respondetur: acquiri patri quidem naturalem obligationem ipso jure; sed quamdiu pater ea acquisitione non utitur, id est, quamdiu peculium manet apud filium, non intelligi acquisitam. Nam sua sponte pater patrimonium suum separavit à peculio, ac veluti patrimonio filii; rationes suas, à rationibus filii: quemadmodum Julianus pecuniam servi, à rationibus domini separari inquit.

inquit. l. per servum. 37. §. 1 ff. de acquir. rer. domin. & Pom-
ponius, dominium suum à servi ratione separare & discer-
22 nere, ait. l. peculii. 4 in princip. ff. de pecul. Hæc ratio-
num separatio mentem & voluntatem patris declarat,
quòd obligatione naturali, quæ ipso jure ei acquisita est, &
competit, uti nolit. Hæc item bonorum separatio perso-
nam patris, à filii persona distinguit, effectumque pa-
triæ potestatis impedit: ut obligatio naturalis, quæ alias
patri acquiritur, pro non acquisita habeatur. Cujac.
in explicatione dictæ l. frater à fratre. 38. ff. de condict.
indebit. Deinde in hac quæstione distinguendum & di-
spiciendum est: an contractus celebretur inter patrem
& filium, vel dominum & servum: an inter fratres, vel
conservos. Priori casu pater filio, & dominus servo
naturaliter obligatur, nec ea obligatio patri aut domino
acquiritur; sed in persona filii & servi subsistit. dict. l.
38. §. quæsitum. 1. ff. eo lem tit. Posteriori verò casu ob-
ligatio naturalis patri & domino acquiritur; nec in filii
atque servi persona subsistit. Ratio diversitatis hæc red-
ditur: quoniam priori casu, quando cum ipso patre
contractus est habitus, natura non patitur, ut pater si-
bi ipsi debeat, quod debet filio. In id quippe contra-
xit cum filio, ut filio debeatur, eique obligatio quæra-
tur. At casu posteriori, cùm ipse pater non contraxit,
secus se res habet. Tunc enim quod filius acquirit, non
sibi, sed patri acquirit: ac proinde obligationem quoque
naturalem patri acquiri, rectè statuitur. Cæterum si fi-
lius vel servus cum extraneo contraxerit: patri civilis et-
iam obligatio acquiritur, argumento l. nec servum. 41. vers.
itaque ff. de peculio ibi dum Ulpianus ait, quod servo debe-
tur, ab extraneo dominum rectè petere, satis evidenter
arguit, civiliter id domino quoque deberi. Illud nam-
que, quod civiliter debetur, petitur: & ex civili obliga-
tione, non item ex naturali, petitio actiove oritur. Sed
vide omninò Cludium d. Commentar. de condict. indebit.
cap. 4 num. 29. & multis seqq. ubi omnia argumenta, quæ
contra nostram conclusionem à Roberto & Hotomano
obijciuntur, abundè refutat atque resolvit. Enim verò
23 mortuo patre, naturalis isthæc obligatio, quæ inter fra-
tres contracta, & patri confestim quæsita est, per fra-
tris debitoris successionem tollitur pro ea parte, qua he-
res est, sæpè citata l. frater à fratre. 38. in princip. ff. de
condict. indebit. Cùm enim debitor creditori, vel hic il-
24 li succedit: confusione debiti & crediti obligationem tolli,
clarissimi juris est, l. heres. 21 §. quod si stipulator. ff. de fide-
jussorib. l. matrem. 80. ff. ad senatusconf. Trebell. l. Stichum.
95 §. aditio. ff. de solutionib. l. debitori. 7. C. de pact. Merce-
rius in suo lib. singul. ad dict. l. frater à fratre. pag. 25. &
seq. Tollitur item ista obligatio pro portione profecti-
25 tii peculii fratris debitoris, quæ ad fratrem creditorem per-
venit, compensationis potestate. d. l. frater. 38. in princ. ff.
de condict. indeb. l. etiam. 6. ff. de compensat. D. Bocer. d. class.
2. Disput. 8. thes. 10. lit. b. edit. 2. Quare si frater debitor,
post mortem patris, fratri creditori mutuam pecuniam sol-
verit: poterit utique frater debitor pro ea parte, qua ipse
patri heres extitit, repetere solutam per errorem pecuni-
am; ut & pro sua portione peculii profectitii, quæ ad fra-
trem creditorem pervenit. d. l. frater à fratre. 38. in princ.
ff. de condict. indeb. Cujac. prædicto tractat. 9. ad African.
pag. 586 & seq. Donell. d. lib. 14 cap. 19. Treutler. Disput 22.
thes. 9. ad lit. b. volum 1.

26 Sanè illud quoque debitum, à cujus petitione creditor
per debitorem exceptione temporali repelli potest, solu-
tum repeti nequit. l. si is qui perpetua. 24 & l. qui exceptio-
nem 40. in prin. ff. de cond. indeb. Cujusmodi censetur etiam
exceptio mariti, & similium personarum, ne convenian-
tur ultra quàm facere possunt, utpote petitionem differens
in id tempus, cùm ampliùs facere poterunt. l. nam. & mari-
tus. 9 ff. eod. l. unic. §. cum autem. C. de rei ux. act. D. Bocer. d.
class. 2. Disp 8. th. 12. lit. a. Clud. d. Comm. de cond indeb. c. 5.
27 n. 120. & cap 8. num. 113. Hinc quæri solet: num in di-
em debitor, ante diem debitum solvens, id repetere valeat?
Et distinctione hic utendum est: Aut enim in diem cer-
tum; aut incertum aliquid debetur, & ante diem solvi-
tur. Hoc casu condictio locum habet: illo non item.
Ratio differentiæ est perspicua: quia in diem certum
quando aliquid debetur: certum est, diem futurum;
ideoque antè diem deberi rectè dicitur. l. in diem 10. ff.
de condict. indebit. l. cedere diem. 213. in princip. ff. de
verbor. significat. l. centesimis. 6. in princip. ff. de verbor.
obligat. Nec officit, diem adjectum efficere, ne præsen-
ti die pecunia debeatur: proindeque in diem promissum
statim non deberi. leg. cum qui Calendis. 41. §. quotiens.
vers. verùm dies. ff. eod. Illud si quidem ad effectum referri
debet: quia in diem quod promissum est, statim non ita
debetur, ut peti possit, sed demum adveniente die: ob-
ligatio autem incipit ex illa die, qua pecunia est promissa:
& diei adjectio pro promissore est, ut ait Ulpian. in d. vers.
verùm dies, &c. Cæterùm in diem incertum promissum
(putà, cum Sempronius consul. factus fuerit: vel Cæsar
hostes vicerit, &c.) conditioni comparatur: propterea
quòd potest non venire: ac idcircò vim conditionis illud
habet, & repetitionem permittit. leg. dies incertus. 7. ff. de
condition. & demonstrat. l. sub conditione. 16. & l. sufficit, 56.
ff. de condict. indebit. Tametsi id solutum, quod debetur
sub conditione, quam certum est omnimodo extitu-
ram, condici neutiquam possit. l. quod si ea conditione 18.
ff. d. tit. conditione in certum collata, propter eventus
certitudinem, obligatio pura censeatur. l. si pupillus 9 §. 1.
ff. de novat. & delegat. Clud. d. Commentar. de condict. in-
debit. caput. 2. num. 7. cum seqq. & cap. 3 num 3 & seqq.
Adde Hunnium lib. 3. var. resolution. jur. civ. tract. 2.
quæst. 11. item tractat. 3. part. 2. quæst. 5. pagin. 904.
& seq.

Cùm igitur is, qui in diem certum debet, adeò debitor 28
sit; ut antè diem solutum repetere haud possit: non abs re
ambigitur, an medii temporis interusurium, accessiones,
fructus, commoda aut emolumenta, quorum ratione debi-
tor damno se ex præmatura solutione affectum dicit, resti-
tuenda sit? Et licèt ajens sententia arrideat Alberico de Ro-
sat. Fulgosio & Jasoni ad d. l. in diem 10. ff. de condict. indeb.
Duareno ad eundem tit. c. 5. vers. sed quæritur, an interusu-
rium, &c. Molinæo in tract. de usur. quæst. 74. n. 479. Hackeln.
illustr. disp. 10. thes. 8. lit. C. Cludio d. Comm. de cond. indeb.
c. 8 n. 29 & seqq. Philippo Knipschildt. exercitat. Acad. 11.
quæst. 10. pag. 299. itemque Hunnio locis antedictis negati-
vam tamen (quam & ego in puncto juris veriorem censeo)
non sine rationibus defendunt Bartolus in l. 1. num. 30. Co-
stalius & alii in d. l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. Treut-
ler. Disputat. 22. thes. 5 lit. d. volum. 1. Matthias Stephani
centur. 3. quæst. 28. Robertus Disputat. 13. thes. 7. & Robertus
lib. 1. sententiar. jur. cap. 26 ubi asserit, ex communi anti-
quiorum sententia veriùs id esse: soluto eo, quod in di-
em debebatur, nec sortis principalis, nec accessionum, nec
interusurii medii temporis nomine quicquam repeti posse,
quocunque errore id solutum sit. Cùm enim principale
debitum repeti non possit. d. l. in diem. 10. d. l. sub conditio-
ne. 16. in pr. cum l. seq. ff. de condict. indebit. ubi genera-
liter & simpliciter rei solutæ condictio prohibetur: utique
nec interusurii, tanquam accessorii, ratio habebitur, l. eos,
qui. 26 in prin. C. de usur. c. accessorium. 42 de reg. jur. in 6.
l. cùm principalis. 178 eod. Nam generaliter dicta, 29
generaliter etiam sunt accipienda: tam in odiosis,
quàm favorabilibus. l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti
urb. l. 1. ff. de offic. præsid. l. regula 9. §. ult. ff. de jur. &
fact. ignor. Tiber. Decian. consil. 39. num. 54. volum. 2.
Et semper specialia generalibus insunt, auctore Cajo in l. 30
semper. 147. ff. de reg. jur. Et à generalitate quod non est 31
nominatim exceptum, non videtur specialiter dictum.
l. uxorem. 41. §. felicissimo. 3. ff. de legat. 3. Et de genere
quod dicitur, idem de specie judicatur. leg. quæ de tota. 76.
in princ. ff. de rei vindicat. Et à quo removetur genus, ab
eodem removentur species. l. 1. §. quod autem ff. de aleato-
rib. cum similibus allegatis per Everhardum à Middelburgo
in loc. à genere ad speciem. num. 1. Et denique principale 32
qui perdit, eum etiam accessorium perdere palàm est.
l. Labeo. 17. ubi Bartol. ff. quemadmod. servitutes amit-
tunt. Præterea ipsa diei adjectio obligationis substanti-
am verè non respicit, sed executionem tantùm: si qui-
dem dilatio solummodo in favorem debitoris adjecta
censetur. Quocirca diem obligationi adjectum lex in-
terpretatur, non ut debitor medii temporis interusurio

Digitized by Google

fruatur: sed ut faciliùs solutionem parare, suoque tempore debitum præstare possit. *leg. eum, qui Calendis.* 14. §. *quoties. ff de verb. oblig. l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actionib. l. cum tempus.* 17. *ff. de regul. juris*

33 Hanc decisionem nihil impedit vulgatum istud axioma juris: quod nemo debeat locupletari cum alterius injuria, jactura & detrimento. *l. nam hoc natura.* 14. *ff. de condict. indebit. l. jure naturæ* 206. *ff. de reg. jur.* Is autem, qui ante diem accipit debitum & medii temporis interusurium non restituit, cum alterius, videlicet debitoris, jactura & damno locupletetur. *Etenim* respondetur: eum, qui in

34 diem certum debet, verè debere, debitumque purum, & debitum in diem æquipararі *leg. si Stichum.* 8. §. 1 *ff. de novat. & delegat.* Ideoque ante diem qui solvit, plus solvit tantum ratione executionis, non verò obligationis. Atqui solutio transfert dominium in eum, cui est solutum, *argument. l. si rem meam* 20. *& l. qui sibi.* 33. *ff. de solutionib. l. naturaliter.* 13 *l. Julianus.* 60. *& l. si quod dominus.* 64 *ff. de condict. indebit.* Itaque non immeritò commoda & emolumenta dominii consequitur, *arg. § item ea, quæ ex animalibus.* 19. *Instit. de rer. divis. & l. item quæ* 6. *ff. de acquir. rer. domin.*

Eandem quoque decisionem minimè infringit, quòd is, qui per errorem ratione quantitatis plus solvit, id repetat. *l. si pœna.* 19. *§. fin. ff de condict. indebit.* & qui solvit ante diem, plus solvat, *argument. § si quis agens.* 33 *vers. plus autem*

35 *infr de actionib* cùm dies sit pars summæ & obligationis. *leg.* 1 *§ editiones.* 2. *ff. de edend. l. ut si cui.* 12 *in fin ff. de verbor. signific.* ac proinde eadem ratione, quod tempore plus solutum est, rectè condicatur. *Ratio* namque diversitatis inter hæc satis evidens est. Qui enim quantitate plus solvit; revera plus solvit: qui tempore; respectu executionis duntaxat, non debiti, plus solvisse dicitur, ut paulò antè monitum. *Sed vide accuratius id explicantem Robertum d lib.* 1. *sentent. jur cap.* 26. *& Roberum d. Disput.* 14 *ad thes.* 7.

36 Quanquam autem debitum, quod quis perpetua exceptione tutus solvere non tenetur, si solutum sit per errorem, repeti queat: ut & illud quod num temporariam, an perpetuam exceptionis defensionem habiturum sit, incertum est; veluti de quo convenit, ne petatur, donec Titius consul fiat *l. sufficit.* 56. *ff. de condict. indebit. Cujac. in Comment in lib.* 8. *quæst. Papin. pag.* 156. *& seq. Duaren. ad d. tit ff. de condict. indebit. caput.* 5 *Vult. in § sequens.* 16 *num* 43. *infr. de actionib. Treutler. d. disput.* 22 *thes.* 5. *ad lit. f. vol.* 1. *D. Bocer. class.* 2. *Disputat.* 8 *th.* 13. *edit.* 2. attamen si exceptio illa in odium ejus, cui debetur, sit comparata, soluti repetitio cessat. Unde si mulier ex intercessione sua quod debet, per errorem solvat, ejus repetitionem habet: at filiusfamilias si pecuniam, quam contra senatusconsultum Macedonianum accepit mutuam, paterfamilias factus solvat, non repetit. *l. si pœna.* 19. *in principio. l. si non sortem.* 26. *§. filiusfamilias.* 9 *& l. qui exceptionem* 40. *in princ. ibique Gothofred. ff. de condict indebit. l. sed si paterfamilias.* 9. *in fin. & l seq. ff. ad senatusconf Maced. Donell. libr.* 14. *Commentar. de jur. civil. cap.* 11. *pag.* 256. *num* 40. *Pacius cent.* 4. *ἐναντιοφανῶν. quæst.* 15. *Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap.* 2. *num.* 28. *cum seqq. pag* 65. *cap.* 5 *n.* 126. *pag.* 284. *item cap.* 8. *num.* 61. *cum seqq pag* 358. *& num* 74. *cum seqq. pag.* 361. Enimverò hîc non ignorandum: eum, qui solvit per errorem, quod exceptione doli mali, vel rei judicatæ tutus solvere non tenebatur, solutum repetere posse, *per textum notabilem in l. qui se debere.* 7. *ff. de cond. causa dat. causa non secuta. d. l. qui except.* 40 *ff. de condict. indebit.* ita tamen, ut vero debitori, quem judex malè absolvit, repetitio denegetur, si sua sponte sciens, bonamque fidem agnoscens, solverit, *l. judex.* 28. *& l. Julianus.* 60. *in princip. ff. eod. Cujac. ad lib.* 22. *Pauli ad edict. pagin.* 120. *latissimè Donell. d. lib.* 14. *cap.* 12 *ibique Hilliger. in suis not. D. Bocer. dict. Disputat.* 8. *thesi* 14. Eaque de re vide diffusiùs disputantem D. Hunnium, *d. libr.* 3. *tractat.* 3. *part.* 2. *quæst.* 7. *& seq. pagin.* 907. *& seqq.*

37 Ex persona dantis & accipientis indebitum æstimatur; si vel is, qui suo solvit nomine, non debet illi, cui solvit, tametsi quod solvitur, accipienti debeatur ab alio, *leg. si pœna.* 19. *§.* 1. *juncta l. in summa.* 65. *§. ult. ff. de condict. indeb.* vel si is, qui solvit, debet quidem, quod dat, sed non ei, cui solvit: proindeque solutum quod est, ut indebitum repeti potest, *dict. l. summa.* 65. *§. ult. ff. eod. D. Bocer. d. class.* 2 *Disputat.* 8. *thes.* 16. *edit,* 2. *& in hoc § n.* 41. *& seq.*

Cæterùm *prædictæ l. si pœnæ* 19. *§.* 1. *ff. d. tit.* (ubi nominatim traditur, quamvis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dedit, non debuit, repetitionem competere) 38

non contrariantur *l repetitio* 44. *ff eod. & l. de hereditate.* 5, *C. de petit. heredit.* ex quibus clarescit, repetitionem cessare, quandò suum, vel sibi debitum quis recepit, licet à vero debitore non sit solutum. *Etenim* communi, eaque verissima distinctione res explicanda: Aut is, qui solvit, quod alius debet, suo nomine solvit; & tunc competit condictio indebiti, & verus debitor non liberatur. *d. l. si pœna* 19. *§.* 1. *d. l. in summa.* 65 *§ ult. ff de condict. indebit. l si à patre.* 5. *C. eod l si quid possessor.* 31 *in princip. ff. de petit. heredit. l. cùm quis.* 38. *§ de peculio.* 2 *ff. de solutionib.* Aut debitoris nomine solvit, & tunc nulli datur condictio, verusque debitor liberatur. *d. l. repetitio.* 44 *l. quod nomine* 8 *& l servum.* 36 *ff. de condict. indebit.* Sic in specie *dictæ l. de hereditate.* 5. *C. de petit. heredit.* præsupponendum est eum, qui falsò putabat, se heredem esse, solvisse heredis nomine: ac ea propter cessat condictio: quia cùm hereditario nomine solvit, indebitum non solvit. Atque distinctionem istam approbant *Accursius & Bartolus in d. l. si pœna,* 19 *§* 1. *ff. de cond. indeb. Cujacius lib.* 8 *obs. c.* 9. *Don. d. lib.* 14. *Comm. de jur. civ. c.* 13. *Pacius cent.* 4 *ἐναντιοφανῶν.* 49. 2. *Ritterhusius hic pag.* 408. *in fine. Bronchorst. centur.* 1. *ἐναντιοφαν. assert.* 78. *edit.* 1. *Vultejus ad §. sequent.* 16. *infr. de actionib. num.* 57. *Cludius in Comment de condict indebit. cap.* 1. *num.* 38. *cap.* 4. *num* 95. *pag* 205. *Hunnius d. lib.* 3. *var. resolut. jur civ. tract.* 3. *part.* 2 *quæst.* 9 *pag* 911 *Gilkenius ad rubric. tit. C. de condict indebit. num.* 27. *& Paulus Berent Disput.* 12. *them.* 3. *quæst.* 5. *ubi varias variorum interpretationes refert.* Quibus addatur Dn. Collega Besoldus *part* 2. *delibator. jur. ex lib.* 12. *Pandect. quæst.* 11. *pag.* 79. *& seq.* ubi aliam, & quidem non inscitam oppositarum legum conciliationem adfert, *post Georgium Lopez. animadvers. cap.* 13.

Quid verò statuendum, si non constet, an proprio, vel 39
alieno nomine quis solverit? Bartolus, Angelus, Fulgosius, Castrensis, Costalius, & alii *in sæpe allegata l. si pœna.* 19 *§.* 1. *ff. de condict. indebit.* item Mozzius *in tract de contract. tit. de condict indeb. rubr. de caus. quæ faciunt cessare cond n.* 11. opinantur: in dubio præsumendum, solutionem nomine alieno esse factam. Sed rectiùs, me judice, concluditur: in dubio potiùs nomine proprio, quàm alieno, solutionem factam censeri: nisi adsint circumstantiæ, quæ aliud suadeant. Tum quia in omnibus conventionibus ac 40
contractibus potiùs personam, quæ conventionem sive negotium celebrat & contrahit, inspicimus, quàm alium, qui conventioni non interest: cùm magis ipsius contrahentis, quàm alterius causa res agi, & quilibet proprio potiùs, quàm alieno nomine contrahere existimetur. *l. & magis.* 4 *ff. de solutionib. l cùm de indebito* 24 *in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus.* Tùm quia solutio in du- 41
bio intelligitur facta eam in causam, quæ magis est utilis solventi. *l* 1. *&* 2. *ff. de solutionib. & l.* 1. *C. eod. tit.* Atqui magis utilis est, si solvens intelligatur proprio nomine solvisse. Hoc enim modo solutum repetere potest, quod ab altero, si ejus nomine solutum præsumeretur, quia fortè non esset solvendo, condicere solvens integrum haud esset. Tum denique si eo casu, quo duæ sunt obligationes, solvens potiùs suam, quàm alienam dissolvisse obligationem, suoque nomine dedisse præsumitur, *argum. d. l. & magis.* 4. *ff. d. tit.* nihil certè prohibet, quò-minus idem obtineat, quando hoc casu quis solvit, quo ipsemet nunquam obligatus fuit, neque de alia ejus mente apparuit. Et ita, *post Jasonem in dict. l. si pœnæ.* 19. *§.* 1. *ff. de condict. indebit* docuit novissimè Cludius *d c.* 4 *n.* 97. *p.* 206.

Æstimatur præterea indebiti qualitas ex personis pupilli, 42
furiosi & prodigi. Si enim hæ personæ sine tutore vel curatore suo naturale debitum solvant: etsi in alia persona cessaret naturalis debiti soluti repetitio: in iis tamen personis generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur. *l. interdum*

interdum.29 ff. de condict. indeb. Robert lib. 1. sent. jur. c. 10.
D. Bocer. in hoc §. num. 44. & d. class. 2. Disputat. 8. thes. 17.
43 edit. 2. Cui non refragatur. l. si eius pupilli 64 in princ. ff.
ad senatuscons. Trebell. ubi Mæcianus JC. ait, pupillum,
44 si naturâ tantùm debitum solverit, non repetere. Nam
ut legum correctio & contrarietas evitetur. c. cum dilectus 8 ibique gloss. in verb. juri communi. ext. de consuetud.
non usque adeò malè respondetur: in illa lege proponi
quidem mutuam pecuniam accepisse pupillum sine tutore; sed non exprimi, an absque tutore, aut pubes is effectus solverit. Ideoque nihil vetat, quò minùs legem istam
exaudiamus eo de casu, quo pupillus solvit tutore auctore,
vel eo tempore, quo ipse efficaciter solvere potuit, nempe
pubes factus. Tunc etenim non repetet, ut fusius ostendit Robertus dicto loco. Eadem de re consulendi sunt
Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. cap. 3. Anton. Faber. lib. 8.
conject. cap. 6. Petrus Faber. Sturtius, & Hippol. à Collibus
ad l. cujus per errorem 53. ff. de reg. jur. aliique, quos refert Cludius in Commentar. de condict. indeb. cap. 5. num.
24. & seqq. pag. 239.
45 Porrò indebitum, ut condici possit, per errorem (Est
autem error nihil aliud, quàm falsa opinio, ex ignorantia
contracta, tradente Frantzkio, exercit. jurid. 11 quæst. 8.
num. 1. pag. 364.) solutum esse oportet. Siquidem scienter indebitum qui solvit, donasse potius, quàm indebitum
solvisse reputatur. leg. qui fundum 7. § servus meus. in fin.
ff. pro emptor. leg. 1. §. 1. leg. si is, qui. 24. l. si non sortem. 26.
§. indebitum 3 in fin. & §. qui filiofamiliæ 8. ff. de condict.
46 indeb. l. indebitum. 9. in princip. C. eod. Et huc confert trita
juris regula: cujus per errorem dati repetitio est; ejus
consultò dati donatio est. d. l. cujus per errorem. 53 ff. de
reg. jur. l. si quis delegaverit. 12. ff. de novat. & de legat. Idque adeò procedit: ut, licet ea mente quis sciens solverit,
ut repeteret: tamen condictio cedet. l. quod quis sciens.
47 50. ff. de condict. indebit. Propositum namque in mente
retentum, nihil operatur. l. si repetendi. 7. ibique Gothofred.
Cod. de condict. ob caus. dator. Cephal cons. 107. n. 24. Pacius
48 cent. 3. [illegible] quæst. 99. At quid dicendum, si quis
dubitans indebitum solvit: an per errorem solvisse censendus est? Maximè: ac propterea ei condictio competit,
constituente Justiniano in l. ult. C. de condict. indeb. Ejusque
constitutionis rationes sunt perspicuæ. Tum quia dubi-
49 tans & errans in jure æquiparantur, leg. 1. in princip. ff. de
legit. 3. l. de statu. 15 ff. qui t. stam. fac. poss. Tum quia
nulla donationis præsumptio hic militat: quandoquidem
animo incerto & titubante qui solvit, donare non censetur: ac proinde ei soluti repetitio datur. Causa quippe
donationis hic cessante, meritò quoque ejusdem effectus
cessare, atque repetitio locum obtinere debet. l. adigere.
6. § quamvis. ff. de jur. patronat. l. ex facto. 43. in princip. ff.
de vulg. & pupill. substit. c. cùm cessante. 6. ext. de appellat. Tum etiam, quia in re obscura potius favendum
est illi, qui indebitum repetit, quàm qui indebitum
accepit, sibique donatum esse contendit. l. non debet.
41. in fine. ff. de regul. juris. Cùm ergo hoc casu, quo
quis mente ancipiti ac titubante indebitum solvit, res satis
obscura sit, favorque indebitum condicentis subsit, indebiti condictionem solventi accommodari, rectè statuitur.
d. l. ult. C. de cond. indeb. Vultej. in §. sequens. 16. infr. de act.
num. 56. Wesenb. in Paratitl. ff. de condict. indeb. n. 9. vers.
pari ratione, &c.
50 Nec movet in contrarium, quòd dubitans transigendi
causa solvisse præsumatur, & ob id repetitioni locus nullus relinquatur. l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.
Nam transactionis præsumptio contra animo dubio solventem induci minimè potest, auctore ipso Justiniano in d. l.
ult. circa finem. C. eod. cùm in transactionibus animus, voluntas & consensus, qui in solvente animo ancipiti atque
51 incerto præsumendus non est, intervenire debeat. Meritò
itaque hic quoque axioma istud obtinet: quòd cessante
causa transactionis, videlicet animo, voluntate & consensu, effectus ejusdem cesset, sicque solventi repetitio
concedatur. d. c. cum cessante 60. ext. de appellat. Clud. in
Comment. de condict. indeb. c. 5. num. 6. pag. 231. Porrò
dubitans & errans sive ignorans an & quatenus parificentur, post alios, explicat Joannes Baptista Costa. tom. 1.
tract. de facti scientia & ignorantia. inspect. 82 fol. 288.
Quandoquidem verò constat duplicem esse errorem, 52
juris & facti, leg. 1. in princip. l. regula. 9. in princip.
& §. sed facti. 2. cum § seq. & tot. tit. ff. de jur. & facti
ignorant. tempestive hoc loco quæritur: utrum facti saltem, an juris etiam errore solutum repeti queat? Et quam- 53
vis multi autument, juris quoque errorem producere indebiti condictionem. Accurs. in l. 1 super verb. per errorem.
Cod. de condict. indebit. ibique ad Rubric. Sichardus num. 9. &
in l. 1. num. 2. eod. Wesenb. in Paratitl. ff. eod. tit. num. 9. Joan.
Faber. in Breviario jur. in l. 1. & 5. Ludovic Vitalis lib. 2.
variar. lect. cap. 22. Schickhard Disputat. ad Instit. 12.
thes. 4. in resolut. quæst. 2. Bachovius in tract. de actionib.
disput. 4. ad th. 17. pag. 134. & seqq. & alii: mihi tamen eorum, qui facti tantum errorem admittunt, sententia magis arridet, per textum apertum in l. cùm quis. 10. C. de jur.
& fact. ignorant. l. si per ignorantiam 6. & l. fideicommissum.
7. C. de condict. indebit. l. error. 9. Cod. ad leg. Falcid. l. regula.
9 § penultim. ff. de jur. & facti ignorant. cum similibus. Ra- 54
tio diversitatis petenda est ex Neratio in l. 2. ff. dicto tit.
quia jus finitum & potest, & debet esse: facti interpretatio plerunque etiam prudentissimos fallit. Unde omnes 55
homines jura intelligere & scire debere, alibi dicitur. l. leges. 3. & l. leges sacratissimæ. 9. C. de legib. Et culpam con- 56
trahit, qui jus ignorat, argum. l. lata culpa 223 in princip.
ff. de verbor. significat. Huicque adstipulantur sententiæ
Duarenus in Commentar. ad tit. de condict. indebit. cap. 3.
Cujacius in d. l. si per ignorantiam. 6. C. eod. & in Comment.
lib 19. quæstion. Papinian. p. 512. cum seq. Equinar. Baro &
Hergius in hoc § num 18. Robert lib. 1 sentent. jur cap. 6 &
7. Donell lib. 14 Commentar. de jur. civil. cap. 14. Julius Pacius centur. 4 [illegible] quæst. 6. & in Rubric. C. de condict. indebit. num. 6. & in l. si à patre. 5. num. 50. & in dict. l.
fideicommissum. 7. Cod. eod. Vulteius in dict. § sequens. 16.
num. 54. infr. de actionibus. Hotoman. ad titul. ff. de condict.
indebit. pag. mihi 81. D. Bocer. class. 2. Disput. 8. thes. 18. edit.
2. & in hoc §. num. 45. & seqq. Matth. Stephani centur. 3.
quæst. 317 Petrus Faber in l. cujus per errorem. 53. ff. de reg.
jur. Bronchorst. cent. 1. [illegible] assert. 77. edit. 1. Arumæus exercit. Justin. 15. thes. 15. Clud. dict. Commentar. de
condict. indeb. cap. 1. num. 14. & seqq. Hænon. Disputat. 13.
controvers. 7. Robertus Disput. 14. th. 5. Joan. Ulricus Wolff,
in prodromo responsor. & consilior. jur. cons. 1. num. 349.
Frantzkius d. exercit. 11. q. 8. n. 7. & seqq. Ungep. jur. exerc.
Justin. 12. q. 8. pag. 471. edit. ult. Andr. Gerhard. Decad. 16.
q. 6. Paulus Berens Disput. 12 them. 3. quæst. 4. & Hunnius
d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quæst. 3. pag. 898.
& seqq. Quibus omnibus adjiciatur Petrus Franciscus
Linglois decis. Justin. 10 quæst. 1 fol. 102. & seq.
Huic assertioni primò non obstat, quod ex l. juris igno- 57
rantia. 7. & l. error 8 ff. de jur. & fact. ignor. objici solet:
juris errorem in damnis rei suæ amittendæ non nocere.
Eum autem, qui indebitum solutum repetit, quod suum
est, petere. Ergo juris errorem ei non nocere, & consequenter indebiti condictionem parere. Nam Papinianus JC.
in utraque lege apertè ait, errorem seu ignorantiam juris
suum petentibus non nocere. Ast indebitum condicens
seu repetens, suum petere dici non potest: cum dominium rei indebite solutæ in accipientem transtulerit, argum.
l. dominus. 53 ff. de condict. indeb. § sic itaq; 14. infr. de actionib. & l. ult. ff. usufructuarius quemadm. caveat. Duaren. &
Donellus locis præallegatis, & Clud. dict. cap. 1. num. 26. &
seqq. ubi etiam aliter, & quidem satis prolixè, ad istam objectionem respondet. Quanquam illam Duareni, eiusque
asseclarum responsionem omninò captatoriam & cavillatoriam, imò ineptam & nullam, contra clarissimos juris
textus suprà num. 53. allatos, ineptè pronunciet Bachovius d. disputat. 4. sub th. 17. pag. 145.
Secundò non obstat l. cum is. 52. § 1 & l. si fidejussor 59. 58
ff. de condict. indebit. ubi fidejussori in jure erranti, atque
indebitum solventi, condicendi jus competit. Etenim in
hisce ll. fidejussor non juris, sed facti imprudentiâ lapsus
creditori, qui pactum de non petendo fecerat, satisfecit.
Fidejussor siquidem ille fortassis propter memoriam labilem, pacti de non petendo quod ipsi fecerat creditor, fuit
oblitus. Neque hæc solutio, tanquam divinatoria, cul- 59

Digitized by Google

que creditorum qui probam dederint pecuniam, debitor solutum eat, neve solutionem denunciet. Contrà hoc prohibitivum decretum, debitores per institorem creditari id ignoranti solutionem denunciarunt, ac nummos, ut sæpius dictum est, immodico pretio æstimatos venditari jusserunt. Ex quibus colligi nihil potest, nisi, quod creditori, utpote enormissimè læso, vixque quintam ejus pecuniæ quam dedit partem consecuto, remedium competat restitutionis: maximè cum is ad pecuniam istam accipiendam, callida fraudulentaque circumventione debitorum sit perductus.

355 Inde rursus consequitur; quod mediante hoc juris beneficio, creditor in eum restituendus sit statum, in quo ante factam solutionem, erat; ita ut res eò jam sit revocanda, ac si is thalerorum numerus, nunc primùm in solutum offerretur. Restitutio enim est prioris status vel juris redintegratio. *d. c. ex literis. 4. ext. de in integr. restit. l. 1. C. de sentent. pass.* ac per judicium rescindens res eum statum assumit, quem jam induerat tempore læsionis. *Mauritius in tract. de restitut. in integr. cap. 4. num. 2.* Atque inde est ut concluditur, quod nunc creditor haudquaquam thaleris quasi 2. fl. 15. cr. ex Norimbergico valore æstimatis, dimittendus sit. Is namque valor, ex sententiâ declaratorii edicti, anno 1623. die 13. Maii dati, non in solutum pecuniæ anteà debitæ, quæque nummis probis tradita erat, extendendus est. Ergo ista pecunia, juxta ea quæ suprà latè satis sunt deducta, & secundùm Norimbergense decretum ultimum, nummis iisdem vel ejusdem bonitatis valorisque, uti dati sunt, restituenda est.

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

356 Necessarium autem non ducimus propositas superiùs dubitandi rationes prolixiùs refellere; quod enim in prima de apocha instrumentisque obligatoriis redditis, deque accepta solutione objiciebatur, id creditori nocere nequit; is quippe ut supra luculenter satis evictum est, in integrum sit restituendus.

Neque contrà creditorem facit ultimum Norimbergense decretum, quo statuitur, si quid deinceps solutum erit, id ratum esse oportere: Nam id statuti ad speciem præsentem non est extendendus, ubi solutio extra territorium Statuentis facta est, *argum. l. ultim. ubi DD. ff. de jurisdict.* Quódque tale statutum extra territorium statuentium nullatenus, nullove respectu locum habeat propter ejus exorbitantiam, censet Sfortias Oddus *d. tract. de restitut. in integr. part. 1. quæst. 15. artic. 1. num. 30.* Et præterea restitutio in integrum, præsertim propter dolum adversarii competens, statuto tolli nequit: quia beneficium restitutionis in integrum dicitur fundatum in naturali æquitate, *secundùm Baldum in addit. ad Spec. d. tit. de restitut. col. fin. vers. item illud, &c.* Sed jura naturalia non possunt tolli aliquâ lege, vel statuto *§. sed naturalia. 11. Instit. de jure natur. gent. & civ.* Cùmque hoc statutum non adimat restitutionem, sed tantùm roboret solutionem factam: nullatenus extendendum est extra proprium casum, de quo est conceptum. *Paris. consil. 13. num. 43. 44. & 45. lib. 1. Pet. Ant. August. consil. 38. n. 8. lib. 2.* Et ideo si statutum tollat restitutionem in integrum ex uno edicto, non intelligitur tollere ex alio competentem. *Paris. d. consil. 13. num. 45.* Ac si aliquid lege prohibeatur retractari: haud ideo intelligitur prohibita restitutio in integrum, per textum *in l. in causæ. 16. ff. de minorib.* Licèt in contrarium allegetur à quibusdam, ut advertit Nevizanus *consil. 17. sub. n. 7. lib. 1.* & inquit; quòd si Baldus aliter diceret, falsum diceret. Et idem sequitur Socinus Senior *consil. 299. capio primum. colum. fin. lib. 2.* & Jason *in l. 1. ff. de jurisdict.* & plenè refert ac tenet Marsilius *in sua pract. crimin. §. opportunè num. 58. & 59.* ac etiam Alexand. *in addit. ad Bartol. in l. 1. §. & parvi ff. quod vi aut clam.* Ajunt etiam nostri Doctores: quòd statutum, 357 adimens restitutionem, non procedat, quando statuentes, vel consuetudinis inductores recognoscerent Superiorem. *Aretin. in l. mere. 8. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Nec item procedit statutum prohibens restitutionem in casu enormissimæ læsionis: quia propter præsumptum dolum adversarii, qui continetur in tali læsione, non valeret statutum, tanquam præbens causam doli committendi, & sic peccati. *Capell. consil. 37. in fine.* Quin nec prohibitum intelligitur beneficium restitutionis in integrum, ex eo, quòd adversariò plenissima securitas à lege est promissa, *arg. l. omnes. 4. in fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi promittitur plenissima securitas illi, qui possedit 40. annis: & tamen contra eum datur restitutio in integrum ex capite ignorantiæ, secundùm sententiam magis communem, *per notata Sfortiæ Oddi d. tract. de restit. in integr. part. 2. quæst. 90. artic. penult.*

Quemadmodum suprà decisivè continetur: ita nos Decanus & cæteri Professores Facultatis juridicæ in Academiâ Tubingensi, unanimiter sentimus & consulimus, nec non juri Justitiæque consonum esse, respondemus, &c. Actum in consilio nostro, die 27. Junii, Anno 1623.

Quartum Juris Responsum, à Collegio Facultatis Juridicæ Tubing. super re monetali conscriptum, Mense Septemb. Anno 1623.

Facti Species.

Civitas quædam S. R. I. Germ. nobilis, anno superiore, 358 die Salvatoris natali, cum thalerus ibi locorum decem adhuc florenis stabat, aliquot milla thalerorum à diversis è vicinio quemlibet thalerum in 6. fl. numerantibus accepit mutua, ut haberet quo civibus pressis suppeditanda emeretur annona. Ita autem ea de re confecta se habent instrumenta; nimirùm se pensionis emptori, seu creditori certum florenor. numerum monetâ Rhenanâ intellectorum, quemlibet quidem in batzenos 15. seu crucigeros Sexaginta, juxta legitimum valorem, anno quolibet recurrente numerandum, ex causâ emptæ venditæque pensionis, promittere; eamque pensionem certo numero florenorum, juxta memoratum valorem, emptam venditamque esse. Adjicitur porrò, pensionis venditori seu debitori, post elapsum biennium, liberum fore, alio quovis anno, pensionem istam certo numero florenorum ex legitimo publicoque valore, redimere: pariter pensionis emptori seu creditori licere, post exactos binos annos, sortem repetere. Cùm autem 359 nuper circuli Suevici aliorumque è confinio circulorum communi conclusio, monetæ pretium ad præscriptum constitutionum S. R. I. nempe thaleri ad Sesquiflorenum, revocatum sit: Inde nascitur quæstio valdè momentosa; num sc. à debitoribus, quoad usuras & sortem ipsám, thaleri, tanquam Sesquifloreno saltem æstimati in solutum numerandi sint: An verò creditores thaleros in sex florenos, uti ii anteà, cùm pensio emebatur dati sunt, accipere teneantur.

Quandoquidem autem Nos Decanus ceterique facultatis juridicæ Acad. Tubingensis DD. ea de re rogati sumus, ut secundùm Divinum humanumque jus, speciatim verò, juxtà S. R. I. jura & constitutiones, morâ

morâ nullâ responsum demus quo debitor bus certum fiat, quid eis incumbat faciendum, in fore illa restituenda, uturisque nunc vel in posterum præstandis; nec sc. ab eis contra justitiam honestumve quicquam admittatur: id fuit e officii denegare non licuit.

Etsi autem nobis sit compertum, quædam illustria Collegia propemodum conclusisse, ab iis qui antea, nondum ubique locorum revocato ad modicum intensiori nummorum pretio, certum florenorum numerum in probis, nimiò verò æstimatis pretio nummis acceperint, tamen florenos eodem numero nunc, post de, reciatio nem, esse præstandos, & quidem thaleros aliosve nummos juxta id pretium quo tempore solutionis erunt: quam insuper sententiam Dn. Joh. Wolffgang Hillerus, in informatione juris & æqui, quæ ante aliquot hebdomadas sumptibus Sebastiani Myli prodiit, operosè aliquibus Brocardis ambidextris (quæ sc. eadem facilitate
361 contra eum retorqueri possunt) adstruere contendit. Re tamen accuratè perpensâ, rationibusque hinc inde militantibus perspectis, nostra est significanter aperienda sententia, communi regulæ consentanea; quod sc. qui monetam magno pretio dedit, eam juxta eundem valorem teneatur in solutum accipere. Id quod in duobus Responsis, itidem Augustæ Vindelicorum impressis (quorum unum præd cti D. Hilleri responsio juris, & quæstionem: *An creditori qui mihi probâ nec legibus Imp. prohibitâ monetâ, mutui nomine datâ, subvenerit, ego vili aut auctâ nunc pretii monetâ recte solvam?* in Octavo, à *fol.* 90. *usque* 128. annexum: alterum verò in quarto, *sub titulo, Trias responsa juris*, &c. extat, & numero primum est) satis nervose ac variis juris & æqui rationibus, necdum à Dn. Hillero enervatis, deductum & approbatum fuit. Consentit non solùm inclyta Universitas Helmstadiensis, quam D. Hillerus *in d. suâ informatione. fol.* 57. perperam pro se all gat: sed etiam Jurisconsultus quidam Anonymus, qui ad Volckmari & Hilleri responsa notas addidit, Spiræ impressas, *pag.* 59. nec non Henricus Petreus, in responso contra Ingolstadienses, itidem Spiræ impresso.

Neque enim in proposita facti specie occurrit quidquam, quo à nostrâ quam supra diximus sententiâ dimoveamur. Quin etiam, multa heic versantur, ob quæ ipsi alioquin nobis dissentientes jurisperiti, nostram huc pertinentem sententiam difficulter oppidò rejicere queant. Nam primò, omnibus penè juris peritis palam est, & ab ipso Hillero impensè defenditur; quod in re-
362 dimenda pensione pecuniaria, tempus contractûs sit respiciendum: atque indiscriminatim, sive mutati sint nummi quoad extrinsecam, sive intrinsecam bonitatem, ii nihilominus in ea proportione & bonitate, uti dati erant, restituendi sint. Ac communiter ita Doctores sentire, patet ex Rubeo *consil.* 17. Angusola *cons.* 37. *lib.* 3. Purpurato *ad l. cum quid.* 3. *n.* 169. & *seq. ff. de reb. cred. si cert. petatur*. Sigismundo Scacc. *de commerc.* §. 2. *gl.* 5. *num.* 180. Quare Molinæus *in tractat. de usur. sub n.* 749. hancce plusquam communem & præjudicatam vocat opinionem; & pro ea se infinitos allegare posse, scribit. Idem tradunt Surdus *cons.* 406. *n.* 6. & Tessaur. *de augment. monet. part.* 2. *n.* 49. Consentit Petrus Heigius *ad princ. tit. Instit. quib. mod. re contrahit. obligat. n.* 28. & *seqq.* ubi notanter inter cætera scribit: Licet variè disputatum & tractatum sit; an, aucto vel imminuto pretio seu valore nummorum, periculum vel commodum creditoris, an debitoris sit: se tamen probabilius aut verius nihil invenire, quam distinguendum non esse, utrùm agatur de monetæ bonitate extrinsecâ, vel intrinsecâ: Extrinsecâ enim bonitate mutatâ, seu valore & quantitate monetæ auctâ, vel diminuta, justam esse solutionem & satisfactionem in eodem valore & pretio, quo data illa fuit: Itaque ad tempus contractûs respectum habendum esse: similiter & intrinseca bonitate, sive materia & formâ monetæ mutatâ, secundum tempus contractûs solutionem faciendam, vel si non amplius reperiatur illa moneta, quæ data fuit, aliam æquivalentem, ad prioris æstimationem, restituendam esse. Cui eidem opinioni pariter etiam Augustissimi Cameralis Judicii infinita ferè præjudicia, & in eum sensum emanata Mandata (quorum nonnulla in supra memorato Hilleri responso priori, in 8vo impresso, à fol. 73. usque 86. legere est) nec non recessus Circuli Ulmensis die 13. Martii an. 1622. §. *demnach sonderbare beschwerde furkommen*, &c. adstipulantur ac penitus consentiunt; notanter autem in memorato recessu dicitur, quod ea res, citra vitium usurariæ pravitatis aliter procedere nequeat.

Cùm igitur, qui probam justoque pretio mutuam dedit 363 pecuniam, non teneatur nummos, aut pravos, aut majori pretio æstimatos in solutum accipere; pari ratione, neque justum profectò est, eum ad probam monetam minori pretio æstimatam præstandam compelli, qui nummos magno accepit pretio. Quin sique casus conversus, ubi nempe moneta minùs tempore solutionis, melioris est bonitatis, aut vilis & ærosa reprobata fuit, ac proinde necessariò moneta major in valore extrinseco decrevit, suam quoque ex superioribus, vel invito D. Hillero, habeat decisionem (ut nempe debitor non teneatur per hanc meliorem monetam, aut majorem in eo valore, qui est tempore solutionis, solvere; sed satisfacere possit in aucto valore, qui tempore contr. ctûs erat) non solùm evincunt tradita Bal'di *conf.* 499 *in pri.* Oldradi *de Ponte consil.* 250. Rubei *d. cons.* 17. *n.* 2 Godeni *consil.* 77. Anton. Fabri *tract. de solut. cap.* 6 *d. non igitur cogendus*, &c. Molinæi, *d. tract. de usur. sub num.* 707. Cardinalis Tusch. *lit. M. conclus.* 349. *n.* 14. sed & in eum sensum videtur textus expressus *in c. cum canonici*. 26 *ext. de censib.* ubi glossa ad verbum (*pecuniæ*) prudente notat: quod pecunia, quæ ab initio fuit constituta, & non nova, quæ melior, ab hisce Canonicis sit exigenda. Si enim moneta diminuta fuisset, illam recipere recusa- 364
rent. Cum ergo minorem recipere nollent; majorem exigere non debent. Et confert huc, quod contrariorum eadem sit ratio ac disciplina: quodque natura correlativorum sit, ut dispositum in uno ex ipsis correlativis, etiam in alio dispositum censeatur. Et inter creditorem & 365
debitorem æqualitas est servanda: & quod uni in uno casu non licet, nec alteri in antithesi concedendum erit. *Alemanus consult* 8. *quæst princ.* 6 *p* 808. & contractus claudicare non debet. *Fichard consil. lat.* 30. *n.* 3. & *conf* 28 *n.* 5. *Ernest. Cothman vol.* 1. *respons* 14 *n.* 154. Accedit, quod nemo id petere possit, cujus contrarium in casu contrario accipere recusaret. *l. pen. ff. de solut.* & *l. si ea lege*. 17. *C. de usur.* Imo semper partes Debitoris tanquam Rei favorabiles magis existunt, quàm creditoris, qui est Actor, *vulgata l. favorabiliores*. 125. *ff. de reg. jur.*

Nec enim capere possumus quo jure contendere queant, ab eo, qui probam justoque pretio dedit monetam, esse nummos juxta pretium tempore solutionis auctum accipiendos; contra, ab eo qui immodicè æstimatam monetam accepit, eam tempore solutionis probis ac modice æstimatis nummis esse tuendam esse. Si enim hoc posterius ex eo velint deducere, quod a debitore qui nummos magno pretio accepit, ii pari modo eodemque pretio impendi possint, sicque nulla à tempore contractus læsio sit; indè ergo (posito, rem in facto ita se habere, quod tamen plane negandum esse postmodum ostendemus) dicendum omnino esset, eum non esse audiendum qui probam dedit monetam, si ei nummos intensi pretii debitor restituere paratus sit; quia scilicet ille eos non totidem florenos impendere posset; quodque iniquum lucrum caperet, si monetam sibi pretio parvo resti-

Digitized by Google

de restitut. in integr. cap. 41. & Sfortias Oddus. de restitut. in integr. part. 1 quæst. 18. art. 9. & seq. ubi hoc item ad omnes villas, castra, & Universitates quascunque extendit.

Non autem fallit nos, quod quis dixerit, inter credi-
375 tores esse etiam mulieres & viduas, quarum favor in jure idem est ac illorum. Namque respondetur primò: privilegiatum non uti privilegio suo contra pariter privilegiatum, eo demum in casu, si privilegiatus restitutionem implorans, fuerit in lucro, aut si uterque damnum esset passus, *Oddus d. part. 1. quæst. 18. art. 4. 5.*
376 *& 6.* In nostro verò casu notorium est: hasce viduas lucrum cum maximo damno Reipublicæ appetere. Deinde juris est expressi: privilegiatum contra privilegiatum indifferenter restitui, quando privilegium impar & magis potens habet. *l. verùm. 11 §. penult ff de minorib. 25. ann.* Quia tunc potentius privilegium præfertur inferiori. *Caccialup. in l omnes populi. 9. num. 122. ff. de justit. & jur. Crot. in l. 1. num. 22. ff solut. matrim. late Decius in c. in præsentia num 170 & seq. ext. de probat* Et in specie minorem ac Rempublicam mulieri præferri; tradit Oddus *d. part. 1. quæst. 18 artic. 8. num. 47. & seqq.*

Cùm igitur ista se ita habeant reipsa uti deducta sunt, & hæc sententia nostra pluribus, si requiratur, juris æquitatisque rationibus confirmari possit: Inde rectè concluditur, tenorem obligatorii scripti creditoribus nullo modo juvare posse. Nam primò, verba ipsa promissionem debitorum non aliam inferunt, ac de pecunia secundùm eum valorem quo in contrahendo mutuo data est, non autem alium, tempore solutionis restituenda. Nam in scripto cavetur de pensione annua certo numero florenorum moneta rhenana, eaque proba publicique valoris intellectorum (*reinisch muntz, guter, genehmer unverruffter landswehrung*) præstanda. Scriptum porrò est, emptam esse hanc pensionem N. millibus florenorum prædicti valoris: deinde, pretium in
377 thaleris quorum singuli in sex florenos dati sunt, emptores præstitisse; quæ verba nihil aliud inferunt quàm, pensionem creditoribus præstandam nummis ex valore publico non deterioribus ac ii fuerunt, qui in eam emendam numerati sunt. Atqui, ex supra dictis patet, thalerum ex publico legitimoque valore nunquam sex florenis æstimari potuisse, ac proinde non licere creditoribus aliter pensionem petere quàm juxta hunc ipsum valorem, qui sanè verbis, *prædicti valoris*, apertè designatur. Ver-
378 bo enim *prædicti* repetunt modum & qualitatem præcedentem: & demonstrant, idem esse in sequentibus, quod in præcedentibus fuit: quemadmodum omnium dictionum relativarum natura est, referre præcedentia cum omnibus suis qualitatibus: & referens regulatur secundùm relatum, *uti docet Octavianus Usascus decis. 110.* Etsi porrò debitores dixissent, usuras aut sortem eo valore præstandas, qui quolibet solvendi tempore in usu erit, *gang und geb seyn Wurde*: attamen & hancce clausulam intelligendam esse, volunt nostri Doctores, si res permanserit in eodem, vel non planè dissimili statu, *arg. l. quæro. 54. §. inter locatorem. 1. ff. locati. Tiraquell. in præfat. l. si unquam. num. 166. & seq. C. de revoc. donat. Molin. d tract. de usur. n. 170. cum seq Cothman. cons. 35 n. 269. & 304. & Surd decis 436. n. 2* quo loco scribit,
379 mutato rei monetariæ statu, recedi à pactis conventis. Item contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. Rub. *d. consil. 17. Surd. consil. 406. num. 3* Quemadmodum etiam idem Sur-
380 dus *consil.* 120. censet: quando conveniunt partes, quòd solutio fiat de moneta currente tempore solutionis: tunc nihilominùs novam pecuniam solvendam esse, secundùm valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de nova, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam, vel conventionem aliud nil operari, quàm quòd debitor non cogatur solvere de pecunia antiqua, sed possit de nova.

Deindè, posito quod debitores disertis verbis, usu- 381
ras præstandas sortemque restituendam, thalero quasi sesquifloreno æstimando, promiserint: tamen esset hoc promissum, utpote usurariam resipiens pravitatem, eamque rei sis incurrens, ipso jure nullum. Et nec tantùm, quid promissum fuerit, attendi debet, sed & quid justè ac secundùm æquitatem exigi
possit, considerandum est. Atque adeò invalidus est 382
contractus, usurariam sapiens pravitatem, ut nec juramento corroborari validè satis possit. *c. tuas dudum. 13. ext. de usur. Mascard. de probationib. conclus. 447.*
num. 33. & seqq. Præterea, quòd Imperii Constitutio- 383
nes, de usurariis contractibus promulgatæ, eosdem non solùm reprobent; sed & omnibus Judicibus serio mandent, ne super ejusmodi contractibus sententiam ferant, executionemvè faciant, notius est, quàm ut debeat juris allegationibus roborari. Ac si quid ultra sortem, & legitimum atque concessum interesse petitum, aut in conventionem deductum est, id non debere attendi, probant Goden *consil. 3. in fine.* Richardus *vol. 2. consil. 30. num. 4.* & Cravetta *cons. 47. n. 7.*

Quæ cùm ita sint, debitoribus auctores sumus, ut pensionem hanc iterum actu creditoribus offerant, adhibita formali interrogatione, nùm eis res ea uti deducta est, in animo sit. Si à sententia sua dimoveri nolint, licebit pensiones in urbe Imperiali neutrius partis studiosa, vel in qua domicilium creditoribus est, deponere.

Quemadmodum suprà decisum continetur: ita nos Decanus & cæteri Professores Facultatis Juridicæ, &c. unanimiter sentimus, &c. Actum in Collegio nostro, vigesimo die Mensis Septembris, Anno Christi supra millesimum, sexcentesimum, vigesimo tertio.

Colophonis loco hic silentio involvendum non est: quòd 384
novissimè D Martinus Rumelin *in disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 19.* autumat: in præmissis & decisis hactenus casibus, neque simpliciter tempus contractus, neq; tempus solutionis spectandum esse, sed potiùs dicendum: bonum Judicem rerum & factorum circumstantias diligenter expendendo, & in singulis casibus peculiarem rationem & æquitatem ante oculos habendo, varie constituturum, quomodo solutio facienda sit; non autem generaliter omnes & indiscriminatim, adinstar unius, statim decisurum (more imperitorum Medicorum, qui uno collyrio morbos omnes sanari volunt) sed omnino talem ubique sententiam pronunciaturum, quæ neque mutuantem cum damno mutuatarii, neque hunc cum damno illius locupletari sinat. Quam novam & singularem opinionem si Judex discretus æquitatisque studiosus in judicando secutus fuerit, fortassis minùs peccabit, *argum. l. placuit 9. & l. seq. C. de judiciis. l & si quis. 14. § idem Labeo ait. 13. circa finem. ff. de religios. & sumpt. fun. l si servum 91 §. sequitur. 3. vers. esse enim. ff. de verb obligationib. l. si res tuas. 8. in fin. C. ad exhibend. cum similibus.*

Etenim quòd in istiusmodi prodigiosa monetæ mutatione præcisè spectandum sit tempus, vel contractus, vel
solutionis: id nullo aperto jure doceri posse videtur. Tam 385
enim hæ quæstiones à jure communi exorbitant, quàm eodem jure barbarica hujuscemodi monetarum mutatio incognita est, imò reprobata & damnata, inquit Carolus Molinæus, *in tract. commercior. & usurar. &c. quæst. 95.*
num. 726. In his autem, super quibus jus non inveni- 386
tur expressum; Judex, æquitate servata, ac circumstantiis omnibus ponderatis, procedere jubetur. *c. ultim in fin. ubi Panormitan num. 6 & 7. ext. de transactionibus.* Jure siquidem deficiente, id sequendum erit, quod æquitas suggerit, respondente Paulo Jurisconsulto *in l. 2. & item Varus ait. 5. vers. quamquam ff. de aqua, & aquæ pluviæ arcend.* Hucque pertinent, quæ tradidi infrà *ad princip. tit. de officio judic. num. 20. cum aliquot seqq & in tractat. de process. judiciar. decad. 2. conclus. 6. num 4.*

Digitized by Google

& ſeq. itemque Decad. 16. concluſ. 1. num. 5. & concluſ. 3. n 27. & 8 alibique paſſim. Porrò plura monetalia juris reſponſa, nomine inclytæ Facultatis juridicæ, in præluſtri Academia Tubingenſi, magno ſtudio conſcripſit Dn. Collega Beſoldus: quæ extant *in volum. 2. conſil. 58. & aliquot ſeqq. fol. 159. & multis ſeqq. item conſil. 81. fol. 332. & ſeqq. nec non volum. 3. conſil. 99. & 142. fol. 225. & ſubſeqq.*

§. *Is quoque.* 1.

Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem ſolvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici poteſt, ſi apparet, eum dare oportere, ac ſi mutuum accepiſſet. Unde pupillus, ſi ei ſine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum eſt, non tenebitur indebiti condictione: non magis, quàm mutui datione. Sed hæc ſpecies obligationis non videtur ex contractu conſiſtere: cùm is, qui ſolvendi animo dat, magis voluerit negotium diſtrahere, quàm contrahere.

SUMMARIA.

1 *Indebiti obligatio valde ſimilis mutuo.*
2 *Ut ex mutuo, ita ex indebito ſive promutuo uſuræ non debentur.*
3 *Differentiæ inter mutuum & indebitum.*
4 *Promutuum & indebitum in quo differant.*
5 *Indebiti ſolutio definitur.*
6 *Indebiti ſolutio quando ſit contractus.*
7 *Quando quaſi-contractus ſit.*
8 *Scienter indebitum ſolvens, donare videtur, & num. 45.*
9 *Indebitum non oritur ſine reali ſolutione.*
10 *Effectus indebiti.*
11 *Error tranſlationem dominii impedit.*
12 *Indebitum unde æſtimandum.*
13 *Ex re ipſa duo indebiti genera exiſtunt.*
14 *Naturale tantum debitum, ſolutum repeti nequit: & num donatarius, ad ἀντίδωρα obligatus, ſi ſolvat, repetere ſolutum poſſit, quaſi nullo jure debitum.*
15 *Utrùm naturalis obligatio, quæ inter fratres contracta eſt, patri confeſtim acquiratur; an verò in perſona filii creditoris ſubſiſtat.*
16 *Quævis res & obligatio patri & domino per filium aut ſervum confeſtim acquiritur.*
17 *Obligationes in jure conſiſtunt.*
18 *Quis dicatur debitor.*
19 *Natura actionis de peculio.*
20 *Objectio, ejusque diſſolutio.*
21 *Nemo ſibi ipſi poteſt obligari.*
22 *An & quatenus pater filio, & dominus ſervo naturaliter obligetur.*
23 *Quatenus mortuo patre; naturalis obligatio, quæ inter fratres contracta, & patri quæſita eſt, tollatur.*
24 *Confuſione debiti & crediti extinguitur obligatio.*
25 *Item vi compenſationis.*
26 *Debitum, à cujus petitione creditor per debitorem exceptione temporali repelli poteſt, ſolutum repeti nequit.*
27 *Ecquid in diem debitor, ante diem debitum ſolvens, id repetere valeat.*
28 *An medii temporis interuſurium, acceſſiones, fructus, & emolumenta, quorum ratione debitor damno ſe ex prænatura ſolutione affectum ait, ſint reſtituenda.*
29 *Generaliter dicta, ſunt generaliter accipienda, tam in odioſis quàm favorabilibus*
30 *Specialia ſemper generalibus inſunt.*
31 *A quo removetur genus, ab eodem removentur ſpecies.*
32 *Principale qui perdit, is & acceſſorium perdit.*
33 *Nemo debet locupletari cum alterius jactura, & num. 79.*
34 *Debitum purum & debitum in diem æquiparantur.*
35 *Dies cenſetur pars ſummæ & obligationis.*
36 *An & quatenus debitum, quod quis perpetua exceptione tutus ſolvere non tenetur, ſi ſolutum ſit, repeti queat.*
37 *Indebitum ex perſona dantis & accipientis quando æſtimetur.*
30 *Conciliatio l. ſi pœnæ. 19. §. 1. ff. de condict. indebit. cum l. repetitio. 44. ff. eod. & l. de hereditate. 5. C. de petit. hered.*
39 *An in dubio ſolutio alieno potiùs, quàm proprio nomine facta præſumatur.*
40 *In omnibus contractibus magis perſona ipſius contrahentis, quàm alterius inſpicitur.*
41 *Solutio in quam cauſam facta in dubio intelligatur.*
42 *Indebiti quantitas æſtimatur ex perſonis pupilli, furioſi & prodigi.*
43 *Intellectus geminus l. ſi ejus pupilli. 64. in princip. ff. ad SC. Trebell.*
44 *Legum correctio & contrarietas vitanda.*
45 *Error quid ſit: & quodnam indebitum condici poſſit.*
46 *Cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſultò dati donatio eſt.*
47 *Propoſitum in mente retentum, nihil operatur.*
48 *An, ſi quis dubitans indebitum ſolvit, per errorem ſolviſſe ſit cenſendus.*
49 *Dubitans & errans in jure æquiparantur.*
50 *Num dubitans tranſigendi cauſa ſolviſſe præſumatur.*
51 *Ceſſante cauſa, ceſſat effectus.*
52 *Duplex error: juris, & facti.*
53 *Utrùm facti tantùm, an juris etiam errore ſolutum repeti poſſit.*
54 *Jus finitum & poteſt, & debet eſſe.*
55 *Omnes homines ſcire jura debent.*
56 *Culpam contrahit, qui jus ignorat.*
57 *Sententia l. juris ignorantia. 7. & l. error. 8. ff. de jur. & fact. ignor.*
58 *Intellectus l. cùm is. 32. §. 1. & l. ſi fidejuſſor. 59. ff. de condict. indeb.*
59 *Quæ ſignificatio in dubio accipienda.*
60 *Senſus l. 1. in princ. ff. ut in poſſeſſ. legator. &c.*
61 *Conſideratio l. ſi à patre. 5. C. de condict. indebit.*
62 *Intellectus. l. frater à fratre. 38. in pr. ff. de condict. indebit.*
63 *Intellectus l. 2. §. 1. cum l. ſeq. ff. eod. tit.*
64 *Indebiti condictio oritur ex æquitate naturali. & num. 101.*
65 *Juris ignorantia cenſetur lata culpa, quæ dolo æquiparatur.*
66 *Dolus nemini prodeſſe debet.*
67 *Intellectus l. eleganter. 23. §. item ſi ob tranſactionem. ff. de condict. indebit.*
68 *Indebitum per errorem ſolutum quatenus repeti poſſit.*
69 *Incivile eſt, niſi tota lege perſpecta, judicare vel reſpondere.*
70 *Totum juris corpus pro una lege habetur.*
71 *In toto jure generi per ſpeciem derogatur.*
72 *Ignorantia in proprio facto intolerabilis.*
73 *Quæ perſonæ, & quibus caſibus indebitum, errore juris ſolutum, repetere queant.*
74 *Differentia inter ignorantiam juris, quæ militibus, & illam, quæ fœminis indulgetur.*
75 *Ruſticis jus ignorare quando liceat.*
76 *Ignorantia juris naturalis nemini permittitur.*
77 *Quibus ex cauſis indebitum, per errorem facti ſolutum, condici nequeat.*
78 *Intellectus l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.*
79 *Naturæ iniquum eſt, aliquem cum alterius damno locupletari.*
80 *Æquitas in omnibus rebus ſpectanda.*
81 *Volenti nulla fit injuria.*
82 *Eccleſia, juſtitiæ cultrix & auctrix.*
83 *D. Boceri cavillationes refelluntur.*
84 *Verbum (videri, & quaſi) improprietatis nota.*
85 *Arumæi de nova Boceri opinatione judicium.*
86 *Plures caſus, ſecundùm Dd. quibus indebiti per errorem ſoluti repetitio ceſſat.*
87 *Id maximè debitum putatur, quod ab invito exigi poteſt.*
88 *Qua actione indebitum ſolutum repeti queat.*
89 *Condictio indebiti cui competat, & adverſus quem.*
90 *Donatio in dubio non præſumitur.*
91 *Condictio eſt actio perſonalis.*
92 *Heres & defunctus pro una eademque habentur perſona.*
93 *Num procuratori, qui indebitam ſolvit pecuniam, & contra procuratorem, qui indebitum accepit, condictio detur: an verò domino, & contra dominum competat.*
94 *Si quis pro reo, qui indebitum promiſit per errorem, fidejuſſerit & ſolverit; reoné, an fidejuſſori condictio tribuatur.*
95 *Quid actione condictitia petatur.*
96 *Julianus in l. cùm is. 32. §. ult. ff. de condict. indebit. conciliatur cum Celſo in l. ſi is, cui. 19. ff. de legat. 2.*
97 *In alternativis regulariter promiſſoris, aut rei electio.*
98 *Quando legatario electio concedenda.*
99 *Conciliatio l. penult. Cod. de condict. indeb. cum l. ſi non ſortem 26. §. ſi decem. 13. ff. eod. tit.*
100 *Explicatio l. planè ſi duos 21. ff. de condict. indeb.*
101 *Indebiti condictio cur dicatur naturalis.*
102 *Quænam in illam veniant.*
103 *An judex, qui reum ad redditionem pecuniæ, indebitè acceptæ, condemnat, ſimul eundem in uſuras condemnare poſſit.*
104 *Numquid renunciatio, ſive generalis, ſive ſpecialis, indebiti condictionem impediat.*
105 *Errantis nullus conſenſus.*
106 *Nemo intelligitur renunciare juri ſuo, quod ſibi competere ignorat.*
107 *An actio condictitia cum rei vindicatione concurrat.*

Secunda

1 SEcunda species contractuum seu obligationum, quæ re contrahuntur, est *solutio indebiti*. per errorem facta. Nam is, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, *re*, hoc est, ex ipsa solutione seu numeratione, obligatur, quasi ex mutui datione, *ut indicat Justinianus hoc in §. & Cajus in l. si quis absentis. 5 §. is quoque qui non debitum. 3 ff. de obligat. & actionib.* Unde patet, indebiti obligationem valde esse similem mutuo, *de quo jam abundè tractatum in principio hujus titul.* Et quidem similitudines hæ potissimum notandæ veniunt. I. Actio ex utroque negotio nata dicitur condictio, *hoc § nostro. dict. l. 5. §. 3 ff de obligat. & actionib* II. Quemadmodum ex mutuo usuræ non debentur. *leg. Titius Sempronio. 24. ff. de*
2 *script. verb.* ita quoque ex indebito (quod promutuum nonnulli appellitant. *Cujacius in paratitl. Cod. de condict. indebit. & lib. 8. observat. cap. 34. Anton. Matthæus & Heigius in hoc §.*) usuræ non dantur. *l. 1. C. de condict. indeb.* III. Dominium in utroque transfertur. *l. dominus. 53. ff. d. tit initio hujus tit. in fine.* IV. In utroque redditur res ejusdem bonitatis. *leg. cùm quid. 3. ff. de reb. credit. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condict. indebit.* V. Ut ex mutuo; ita ex indebito sive promutuo pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur, *hoc §. nostro. ibique Mynsinger. num. 8 l. obligari. 9. ff. de auctorit. & consens. tutor. & curator* VI. Ut mutui; ita & promutui actio per liberam personam nobis acquiritur. *l. certi 9 § si nummos 8 ff. de reb credit. l. si per ignorantiam. 6. C. de condict indebit. Cujac. d lib 8. observat. cap. 34.* Differentiæ verò inter
3 isthæc duo negotia afferuntur illæ. I. Mutuum verus est contractus, *ut ostensum suprà ad principium hujus tit. num. 8.* indebitum videtur potiùs distractus, *ut hic in versicul. Sed hac species obligationis, &c. §. item is, cui. 6. infr. de obligationibus quæ quasi ex contractibus nascunt.* II. Mutuum est juris gentium. *§. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure supr. de jur. nat gent. & civil.* indebitum est ex jure naturali. *l. indebiti. 15. in princ. & l si quod dominus 64. ff. de condict. indebit.* III. Ex mutuo promanat tantùm certi condictio. *per princip. hujus titul.* ex indebito, quandoque etiam incerti condictio nascitur, *l. sed & si me. 22. in fine. ff. de condict. indebit.* IV. In mutuo redditur tantundem, quantum est datum. *l. 2. in princip. & dict. l. 3. ff de reb. credit.* Ast in indebito sæpè plus restituitur, velut fundus cum fructibus, &c. *leg. videamus. 38. §. 2. ff. de usuris. leg. indebiti 15. d. l. in summa. 65. § ei, qui indebitum. 5. ff de condict indebit.* V. Etsi utrumque in iisdem ferè rebus habet locum: tamen indebitum interdum in aliis quoque rebus, quam iis, quæ numero, pondere, aut mensura constant, ut in fundo, in servo, in servitutibus, & cæteris, locum obtinet. *dict. l. sed & si. 22. in fin & l. cùm is. 32. §. ultim. cum similibus ff. eodem tit. Giphan. hic in vers. nam perinde, &c.* VI. Mutuam pecuniam accipiens tenetur ex mutuo, etiamsi illa perierit, & debitor locupletior factus non sit. *leg. incendium. 11. Cod. si cert. pet. & expositum suprà initio hujus titul. num. 20. & seqq.* Indebitum autem per errorem accipiens, eatenus tantùm tenetur, quatenus ex eo locupletior est factus, *d. l. cùm is. 32. in pr. d l. in summa. 65. §. penult. ff. de condict. indeb l cùm hi 8. § si quis de alimentis. 23. ff. de transactionibus. Andr Clud. in Commentar. de condict. indebit. cap. 2. num. 84. & seqq. ubi*
4 *plures differentias fusiùs recenset.* Enimverò promutuum & indebitum in eo maximè differre sciendum est: quòd promutuum dicitur, quando res solvitur, cujus datione in creditum itur, hoc est, quæ pondere, numero, mensuravè continetur: quo casu accipiens ex quasi mutuo, ex promutuo, ex tacito mutuo obligatus est. Quòd si alia quævis res solvatur, cujus datione in creditum ire non solemus, putà si corpora, homines, vasa, hisque similia soluta fuerint; promutuum non censetur, sed indebitum: ac proinde eo casu condictio non est ex quasi mutuo, sive ex promutuo, sed ex bono & æquo: *ut post Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 34. circa fin. & ad princ. tit. C. de condict. indebit. explicat Cludius d. capit. 2. num. 93. Vide Bachovium hic n. 1 pag. 713.*
5 Indebiti solutio non malè definitur contractus, vel quasi contractus, re initus, quo pars una per errorem quippiam, quod non debet, sui liberandi causa alteri dedit parti, & eandem ad id reddendum obligavit. *Dn. Collega Bocer class. 2. Disput. 8. thes. 1 edit 2.* Et sanè con 6
tractus iste indebiti solutio, cùm id agitur, ut, si postea appareat, solutum esse indebitum, restituatur, *l 2. in princ. ibique Jason. ff. de condictione indebit Timæus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. thes. 10.* Quo etiam referri poterit *l. si in area 33 ff eod titul* ubi Julianus disertè respondit: eum, qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerere, id est, contrahere, ut ibi præcedens ac subsequens propositio ostendit: quemadmodum & alibi phrasis illa accipitur, *leg. in commodato 17. §. sicut autem. 3. vers. geritur. ff. commodat Olemann. ad lib. 3. Disputation. juris civil. Giphanii. disputat. 24. num. 46. Rittershus. in hoc §. pag 408.* Quasi verò con- 7
tractus est indebiti solutio, si quis tantùm animo liberandi se ab obligatione, eamque distrahendi, non etiam causa obligandi accipientem, solvat, *hoc §. nostro, vers. sed hac species &c. d. §. item is, cui 6. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc l. si quis absentis. 5. §. is quoque. 3. fin. inff. de obligat. & actionib. l. is, qui commodatum. 13. §. fin ff commodati. D. Bocerus hic num. 7. pag. 169* ubi ait, negotium hoc esse contractum, esse etiam distractum diversa consideratione. Contractus est, si appareat indebitum: distractus obligationis est, si sit debitum. Verùm hanc rem latè, licet diversimodè, examinant *Donellus lib. 14. Commentar. de jur. civil cap. 16. & 17. & utrobique Hilliger. in suis notat. Cludius in d. Commentar. de condict indebit. c. 1. num. 67. cum multis seqq. Mozzius in tractat. de contractibus rubr. de indebito in princip. num. 2. Rainaldus Corsus libro 1. indagat. jur. cap. 31. Rober. Disputat 14. thes. 6. Schickard. Disputat. ad Institut. 12. thes. 4. & resolut. q. 1. Arumæus Exercit. Justin. 15. thes. 14. Wesenbec. hic num. 1. & Vultejus in d. §. item is. cui 6. infr. de obligation. quæ q; ex contract nascunt Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract 3. part. 2. quæst. 1. & 2. Bachovius in tractat. de actionib. Disputat 4. th. 15. pag. 139. & seq Ungepaur. exercit. Justin. 12. quæst. 8 pag. 470. & seq. edit. ult. Richter. in tract. de contract. Disput 3. th 2 lit. 6. &c. pag. 58. cum seq. nec non Osterman hic in suis rationalib. pag. 66. & seqq.*
Dicitur in definitione. *per errorem.* Nam qui sciens in- 8
debitum solvit, donare videtur, *l. qui fundum. 7. § servus. 2. in fine. ff. pro emptore l. cujus 53 ff de reg. jur.* eoque nec accipiens ad id reddendum obligatur. *l. 1. l. si is, qui 4. l. judex 28 l. quod quis. 50 ff de condict indebit. l indebitum. 9. C. eod. & latiùs tractabitur infrà suo loco.* Additur, *al-* 9
teri &c. Etenim cùm re hic obligatio constituatur, *per hunc §. nostrum ibi re obligatur. & d. l. si quis. 5 § 3 ibi, obligatur qui. iem ff de obligat. & act* proficisci illa debet per solutionem a solvente ad eum, cui solvitur, *arg. [illegible] leg [illegible]. §. item emptio ff. de rer. permutat* & solutam intelligimus pecuniam utique naturaliter, si numerata sit. *l. solutam. 49 ff de solutionib* & [illegible] quod [illegible]vitur, hoc est, dominium ejus in accipientem est transferendum: cum pro eo repetendo competat condictio, quâ non nostram, sed adversarii rem persequimur, *§. sic itaque discretis 14 [illegible] de actionib D Bocerus [illegible] 2 Disputat. 8. thes. 1 ad lit g* Effectu quippe indebiti est, ut 10
per illud in accipientem dominium transferatur, *argum. l. interdum. 29 in pr & l. dominus. 53. ff [illegible] indebit.* Neque obstat, per errorem indebiti solutionem fieri, *ut ex hoc §. nostro, & definitione modo prop[illegible] constat.* Erro- 11
rem autem dominii translationem impedire *l. [illegible] tor. 35. ff de acquir rer domin. [illegible] pen[illegible] de condict. causa dati, &c.* Hoc enim locum sibi vindicat in iis, quæ essentiam solutionis spectant, vel quando in ipsa re, ejusque solutione est erratum: quo casu dominium non transfertur, *d. tis juribus* Secus se res habet, quando in causa solvendi error committitur, ut in indebiti solutione: quo casu dominii translatio non impeditur, *argument. l. cùm tale. 72. §. falsam ff. de conditionib & demonstrat. Jul Pac. ad rubr. tit. C. de condict. indebit. num. 4 Vultejus ad §. sequens. 16. num. 53 infr. de actionib. Cludius d. Commentar. de condict indeb. cap. 1. num. 32 & cap. 9. n. 7. pag. 374.* Adde Valentinum Riemer. *decad. 9. quæst. illustr. 7.*

Digitized by Google

12 Indebitum porrò non ex re ipsa solum, verùm etiam ex persona dantis & accipientis æstimandum est, docente Donello lib. 14. Commentar. de jur. civ. cap 11. pag. 354. num. 40 cum seqq. & cap. 13. in princ. pag. 264. Ex re ipsa duo indebiti genera, quæ locum faciunt repetitioni soluti,
13 existunt. Unum genus est: cùm quid omnino non, neque civili, neque naturali jure debetur. l. si non sortem, 26. §. indebitum. 3. ff. de condict. indebit. Hujusmodi quoque indebitum est: cùm verè causa præcessit, ex qua quid debeatur, sed debetur sub conditione vera, de qua scilicet incertum sit natura, an existat, necnè. l. sub conditione 16 ff. d. tit. Alterum genus est: cum quid jure quidem civili peti potest; sed actio per exceptionem perpetuam infirmatur. d. l si non sortem 26. §. indebitum l. qui exceptionem. 40 l ex his omnibus. 54. ff. de condict. indeb. l. creditor. 55. ff. de verbor. significat Pac. in epitom. jur. Disputat. 15 thes 14. lit b. & centur 4 ἐναντιοφανῶν. quæst. 15. Wegner Disput. 13 thes 4. ad lit. C. Cui exceptioni annumeratur etiam exceptio, quæ ad rei debitæ perpetuam retentionem comparata est, puta vel ad servandas impensas, in rem alienam factas. d. l. qui exception 40. §. 1 ubi Bartol. ff. de condict. indebit. l. quod dicitur. 5 §. penult ff. de impens. in res dotal. fact l. heres 21. vers. similem ff. ad senatuscons. Trebell. Pac. d. centur. 4 quæst. 9. & 12. Vide in § sequens. 16. num. 14. infr. de actionib. vel hereditate vendita ad servandum id, quod venditori defunctus debuit. l. si is, qui 54 ff. de condict. indebit. juncta l. 2. § ult. ff. de heredit. vel action. vendit. vel soluto fideicommisso aut legato, ad exigendam cautionem Falcidiæ nomine inventam. l. si quis, cum 39. ff. de condict. indebit. juncta l. is, cui 31. ff. ad leg. Falcid. & leg. 1. ff. si cui plus, quàm per l. Falcid. &c. vel fundo vendito, & servitute quæ ei imponi debuit, non imposita, ad eam imponendam. l. sed & si 22 § ult ff. de condict indebit. l. si tibi. 8. ff. de action. empt D. D Bocer. class. 2. disputat.
14 thes 7 lit gredit 2. Itaque qui illud, quod jure naturali tantùm debet, solvit; quamvis indebitum hac censeatur ratione, quod ab invito exigi non potest. l. creditores. 10. vers. quod si natura, &c. junct. d. l. debitor. 108 ff de verbor. significat solutum tamen repeti nequit. l. naturales. 10. ff. de obligationibus & actionibus fidejussor 16. §. naturales. 4 ff de fidejussor l. naturaliter 13. l. si pœnæ. 19. in princip. l. frater a fratre. 38 § 1. & 2. l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit. l. sed etsi 9 in fin. cum l. seq. ff. ad senatus consult. Macedon. D. Bocer. hic num. 18. & d. Disputat. 8. thes 8 Pac. d Disputat. 15. thes 15 Vide Bachovium, ingeniosè in contrarium disputantem, d. tr. de action. disput. 4. ad thes. 16. p. 141. & seq. De donatario, ad ἀντίδωρα obligato, quæri solet: num si solvat, repetere possit solutum, tanquam nullo jure, nec civili, nec naturali debitum. Affirmativam probabiliorem judicent Arius Pinelus ad l. .C. de bon. matern. part 3. num. 63. Donellus lib 12 commentar. de jur. civ. cap 2. pag 8. num 20. cum seqq & D. Bocerus hic num. 33. & seqq. pag. 172. Verùm pro negativa militare videtur textus expressus in l sed & si 25. § consuluit. 11. ff. de petit. heredit. & l. si pignore 54 § 1 ff. de furt. Quos textus quamvis eludere conetur Donellus: tamen ad ipsius rationes prolixè respondet D. Hunnius d. lib. 3. variar. resolut. jur civ tract. 3 part 1. quæst. 4. pag 901. & seqq. Eamque negantem sententiam, ceu naturali æquitati apprimè consentaneam, jam olim defenderunt Fortunius Gars in l. 1. §. jus naturale. num. 65. & seqq. ff. de justit & jur. Zasius lib. 1. singul. respons. caput. 3. num. 22. & Covarruv in c. cum in officiis. 7. numero. 10. ext. de testament. Tametsi illam, ceu ineptam, repudiet Bachovius d. Disput. 4. sub thes. 16. pag. 143.
15 Sanè & illud naturale tantum est debitum, quod ea obligatione naturali continetur, quæ ex datione mutuæ pecuniæ, quam frater fratri, ejusdem patris potestati subjecto, credidit, nascitur. d l frater à fratre 38. in princ ff. de condict indebit At vehemens hic concertatio exsurgit ecquid naturalis illa obligatio, quæ inter fratres contracta est, patri confestim acquiratur, an verò in persona filii creditoris subsistat? Et (quidquid in contrarium diversimodè & anxiè disputent Accursius & Hotomannus ad d. l. frater à fratre. 38. ff. eod Johan. Robert lib 1. recept. lect. cap. 30. & libr. 3. animadvers. cap. 6. cum 2 seqq. & lib. 3. notat. ad notata Mercator. cap. 6. cum 2. seqq. Henricus à Sverin. in lib repetit. lection jur cap. 10. Anton. Faber lib 20. conject. cap. ult. hosque referens novissimè Hilliger. in Donello enucleato libr. 14. cap 19.) communiorem ego, vérioremque eorum puto esse sententiam, qui obligationem illam naturalem patri per filium confestim adeo acquiri autumant, ut ne momento quidem in persona filii subsistat. Ita tenent Bartol. Bald Jason. Lesurius & Mercerius ad d l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit. Cujatius tract. 9. ad Afric. in explicatione dictæ. l. 38. Duaren. ad dict. tit. cap. 6. Donell d. lib. 14. Commentar. de jur civil. cap. 19 pagin 289. Vincent Cabotius lib. 1. Disputat. cap 22. D. Bocer d. Disputat 8. thes 9 lit. b. & in hoc §. num. 22. pag. 170. Pacius cent 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 17. & Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap. 4. num. 20. & seq. Atque hæc 16
sententia comprimis probatur textu perquàm luculento in leg. placet. 79 ff. de acquir vel omitt. hered ubi Ulpianus generaliter ostendit; non solùm hereditatem, sed & aliud quodlibet jus, sive quamcunque aliam rem, sive obligationem qualemcunque, patri & domino per filium & servum confestim acquiri; neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur. Maximè verò patri & domino acquiruntur ea, quæ juris sunt, vel in jure consistunt. l. quod dicitur. 130. ff. de verb. obligationib. Obligationes autem inter ea referri, quæ in 17
jure consistunt, & in oculos non cadunt, patescit ex §. incorporales. 2. supr. de rebus corporalibus & incorporalib. Deinde obligationem acquiri patri per filium, evincitur ex d. l frater à fratre. 38 in princ. vers. adeò ut, &c ff. de cond. indebit. ubi filius, qui mutuam pecuniam à fratre accepit, debitor patris vocatur. Si ergo debitor est patris: obligationem certè patri acquisitam esse, necesse est. Ille enim debitor dicitur, qui nobis obligatus est: & verbum, debetur, obligationem præsupponit, argument. l. debitor. 108. & l. pecunia verbum. 178. §. ult ff. de verbor. significat. Præterea patri obligationem per filium acquiri, ex natura 18
actionis de peculio, de qua agitur in d l frater à fratre 38. ff. de condict. indebit perspicuum evadit. Pater namque 19
ex contractu filii, cui peculium concessit, actione de peculio conventus, deducere potest non tantùm, quod sibi filius debet; verùm etiam quod idem filius fratri suo, alteri filio, debet: cum hoc ipsum patri quoque debeat. Si igitur hoc ipsum pater deducere potest: obligationem naturalem per filium patri esse acquisitam, consequens est. Hoc etenim naturalis obligatio, patri acquisita, operatur: ut ipse deducere possit, quod frater fratri debet, ac filius patri acquisivit. Et quemadmodum domino servus debet, quod debet conservo, vel filiofamilias domini. l. sed si damnum 9. § huic definitioni 3 ff de peculio. l. si peculium 6. in princ ff. de pecul. leg. et ita quoque quod frater debet fratri, ipsi patri debere dicitur: cum eadem ratio in utroque militet. Donell. & Cludius locis præællegatis, ubi id fusiùs confirmant.

Huic assertioni non obstat sequens argumentatio: Si 20
naturalis obligatio patri per filium acquireretur: pater ipse filio nunquam naturaliter obligaretur: siquidem obligatio naturalis filio acquisita adversus patrem, non consisteret in persona filii; sed patri mox acquireretur, & ad patrem statim recurreret: & sic obligatio naturalis confusione extingueretur, patre eodem momento creditore & debitore existente: cum nemo sibi ipsi possit obligari. l. cum filiofamilias. 11. vers. denique. ff. de legat. 1. l. Granius. 71. ff. de fidejussorib. Atqui patrem filio naturaliter obli- 21
gari, liquet ex d. l. frater a fratre. 38. §. contra si pater. 2 ff. de condict. indebit. ubi filius patri pecuniam peculiarem credit, & pater filio naturaliter obligatur: adeò, ut ista patris obligatio etiam post emancipationem duret. Ergo obligatio naturalis patri per filium non acquiritur. Hæc, inquam, argumentatio non obstat. Nam respondetur: acquiri patri quidem naturalem obligationem ipso jure; sed quamdiu pater ea acquisitione non utitur, id est, quamdiu peculium manet apud filium, non intelligi acquisitam. Nam sua sponte pater patrimonium suum separavit à peculio, ac veluti patrimonio filii; rationes suas, à rationibus filii: quemadmodum Julianus pecuniam servi, à rationibus domini separari inquit.

Digitized by Google

inquit. *l. per servum. 37. §. 1 ff. de acquir. rer. domin.* & Pom-
22 ponius, dominium suum à servi ratione separare & discer-
nere, ait. *l. peculii. 4. in princip. ff. de pecul.* Hæc ratio-
num separatio mentem & voluntatem patris declarat,
quòd obligatione naturali, quæ ipso jure ei acquisita est, &
competit, uti nolit. Hæc item bonorum separatio perso-
nam patris, à filii persona distinguit, effectumque pa-
triæ potestatis impedit: ut obligatio naturalis, quæ alias
patri acquiritur, pro non acquisita habeatur. *Cujac.
in explicatione dictæ l. frater à fratre. 38. ff. de condict.
indebit.* Deinde in hac quæstione distinguendum & di-
spiciendum est: an contractus celebretur inter patrem
& filium, vel dominum & servum: an inter fratres, vel
conservos. Priori casu pater filio, & dominus servo
naturaliter obligatur, nec ea obligatio patri aut domino
acquiritur; sed in persona filii & servi subsistit. *dict. l.
38. §. quæsitum. 1. ff. eodem tit.* Posteriori verò casu ob-
ligatio naturalis patri & domino acquiritur; nec in filii
atque servi persona subsistit. Ratio diversitatis hæc red-
ditur: quoniam priori casu, quando cum ipso patre
contractus est habitus, natura non patitur, ut pater si-
bi ipsi debeat, quod debet filio. In id quippe contra-
xit cum filio, ut filio debeatur, eique obligatio quæra-
tur. At casu posteriori, cùm ipse pater non contraxit,
secus se res habet. Tunc enim quod filius acquirit, non
sibi, sed patri acquirit: ac proinde obligationem quoque
naturalem patri acquiri, rectè statuitur. Cæterùm si fi-
lius vel servus cum extraneo contraxerit: patri civilis et-
iam obligatio acquiritur, *argumento l. nec servum. 41. vers.
itaque ff. de peculio.* Ibi dum Ulpianus ait, quod servo debe-
tur, ab extraneo dominum rectè petere, satis evidenter
arguit, civiliter id domino quoque deberi. Illud nam-
que, quod civiliter debetur, petitur: & ex civili obliga-
tione, non item ex naturali, petitio actiove oritur. Sed
vide omninò Cludium *d. Commentar. de condict. indebit.
cap. 4. num. 29. & in seqq.* ubi omnia argumenta, quæ
contra nostram conclusionem à Roberto & Hotomano
23 objiciuntur, abundè refutat atque resolvit. Enim verò
mortuo patre, naturalis illthæc obligatio, quæ inter fra-
tres contracta, & patri confestim quæsita est, per fra-
tris debitoris successionem tollitur pro ea parte, qua he-
res est, *sæpè citata l. frater à fratre. 38. in princip. ff. de
condict. indebit.* Cùm enim debitor creditori, vel hic il-
24 li succedit: confusione debiti & crediti obligationem tolli,
clarissimi juris est, *l. heres. 21. §. quod si stipulator. ff. de fide-
jussorib. l. matrem. 80. ff. ad Senatusconf. Trebell. l. Stichum.
95. §. aditio. ff. de solutionib. l. debitori. 7. C. de pact. Merce-
rius in suo lib. singul. ad dict. l. frater à fratre. pag. 25. &
25 seq.* Tollitur item ista obligatio pro portione profecti-
tii peculii fratris debitoris, quæ ad fratrem creditorem per-
venit, compensationis potestate. *d. l. frater. 38. in princ. ff.
de condict. indeb. l. etiam. 6. ff. de compensat. D. Bocer. d. class.
2. Disput. 8. thes. 10. lit. b. edit. 2.* Quare si frater debitor,
post mortem patris, fratri creditori mutuam pecuniam sol-
verit: poterit utique frater debitor pro ea parte, qua ipse
patri heres extitit, repetere solutam per errorem pecuni-
am; ut & pro sua portione peculii profectitii, quæ ad fra-
trem creditorem pervenit. *d. l. frater. à fratre. 38. in princ.
ff. de condict. indeb. Cujac. prædicto tractat. 9. ad African.
pag. 586. & seq. Donell. d. lib. 14. cap. 19. Treutler. Disput. 22.
thes. 9. ad lit. b. volum. 1.*

26 Sanè illud quoque debitum, à cujus petitione creditor
per debitorem exceptione temporali repelli potest, solu-
tum repeti nequit. *l. si is qui perpetua. 24. & l. qui exceptio-
nem 40. in prin. ff. de cond. indeb.* Cujusmodi censetur etiam
exceptio mariti, & similium personarum, ne convenian-
tur ultra quàm facere possunt, utpote petitionem differens
in id tempus, cùm amplius facere poterunt. *l. nam. & mari-
tus 9. ff. eod. l. unic. §. cùm autem. C. de rei ux. act. D. Bocer. d.
class. 2. Disp. 8. th. 12. lit. a. Clud. d. Comm. de cond. indeb. c. 5.
27 n. 120. & cap. 8. num. 113.* Hinc quæri solet: num in di-
em debitor, ante diem debitum solvens, id repetere valeat?
Et distinctione hic utendum est: Aut enim in diem cer-
tum; aut incertum aliquid debetur, & ante diem solvi-
tur. Hoc casu condictio locum habet: illo non item.
Ratio differentiæ est perspicua: quia in diem certum
quando aliquid debetur: certum est, diem futurum;
ideoque ante diem deberi rectè dicitur. *l. in diem. 10. ff.
de condict. indebit. l. cedere diem. 213. in princip. ff. de
verbor. significat. l. centesimis. 6. in princip. ff. de verbor.
obligat.* Nec officit, diem adjectum efficere, ne præsen-
ti die pecunia debeatur: proindeque in diem promissum
statim non deberi. *leg. eum qui Calendis. 41. §. quoties.
vers. verùm dies. ff. eod.* Illud si quidem ad effectum referri
debet: quia in diem quod promissum est, statim non ita
debetur, ut peti possit, sed demum adveniente die: ob-
ligatio autem incipit ex illa die, qua pecunia est promissa:
& diei adjectio pro promissore est, *ut ait Ulpian. in d. vers.
verùm dies, &c.* Cæterùm in diem incertum promissum
(*puta, cùm Sempronius consul. factus fuerit: vel Cæsar
hostes vicerit, &c.*) conditioni comparatur: propterea
quòd potest non venire: ac idcircò vim conditionis illud
habet, & repetitionem permittit. *leg. dies incertus. 7. ff. de
condition. & demonstrat. l. sub conditione. 16. & l. sufficit, 56.
ff. de condict. indebit.* Tametsi id solutum, quod debetur
sub conditione, quam certum est omnimodo extitu-
ram, condici neutiquam possit. *l. quod si ea conditione 18.
ff. d. tit.* conditione in certum collata, propter eventus
certitudinem, obligatio pura censeatur. *l. si pupillus 9. §. 1.
ff. de novat. & delegat. Clud. d. Commentar. de condict. in-
debit. caput. 2. num. 7. cum seqq. & cap. 3. num. 3. & seqq.*
Adde Hunnium *lib. 3. var. resolution. jur. civ. tract. 2.
quæst. 11. item tractat. 3. part. 2. quæst. 5. pagin. 904.
& seq.*

Cùm igitur is, qui in diem certum debet, adeò debitor 28
sit; ut antè diem solutum repetere haud possit: non abs re
ambigitur, an medii temporis interusurium, accessiones,
fructus, commoda aut emolumenta, quorum ratione debi-
tor damno se ex præmatura solutione affectum dicit, resti-
tuenda sit? Et licèt ajens sententia arrideat *Alberico de Ro-
sat. Fulgosio & Jasoni ad d. l. in diem 10. ff. de condict. indeb.
Duareno ad eundem tit. c. 5. vers. sed quæritur, an interusu-
rium &c. Molinæo in tract. de usur. quæst. 74. n. 479. Hackelm.
illustr. disp. 10. thes. 8. lit. C. Cludio d. Comm. de cond. indeb.
c. 8. n. 29. & seqq. Philippo Knipschildt. exercitat. Acad. 11.
quæst. 10. pag. 299. itemque Hunnio locis antedictis* negati-
vam tamen (quam & ego in puncto juris veriorem censeo)
non sine rationibus defendunt *Bartolus in l. 1. num. 30. Ca-
stalius & alii in d. l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. Treut-
ler. Disputat. 22. thes. 5. lit. d. volum. 1. Matthias Stephani
centur. 3. quæst. 28. Robertus Disputat. 12. thes. 7. & Robertus
lib. 1. sententiar. jur. cap. 26.* ubi asserit, ex communi anti-
quiorum sententia veriùs id esse: soluto eo, quod in di-
em debebatur, nec sortis principalis, nec accessionum, nec
interusurii medii temporis nomine quicquam repeti posse,
quocunque errore id solutum sit. Cùm enim principale
debitum repeti non possit. *d. l. in diem. 10. d. l. sub conditio-
ne. 16. in fin. cum l. seq. ff. de condict. indebit.* ubi genera-
liter & simpliciter rei solutæ condictio prohibetur: utique
nec interusurii, tanquam accessorii, ratio habebitur, *l. eos,
qui. 26. in princ. C. de usur. c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6.
l. cùm principalis. 178. eod.* Nam generaliter dicta, 29
generaliter etiam sunt accipienda: tam in odiosis,
quam favorabilibus. *l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti
urb. l. 1. ff. de offic. præsid. l. regula 9. §. ult. ff. de jur. &
fact. ignor. Tiber. Decian. consil. 39. num. 54. volum. 2.*
Et semper specialia generalibus insunt, *auctore Cajo in l.* 30
semper. 147. ff. de reg. jur. Et à generalitate quod non est 31
nominatim exceptum, non videtur specialiter dictum.
l. uxorem. 41. §. felicissimo. 3. ff. de legat. 3. Et de genere
quod dicitur, idem de specie judicatur. *leg. quæ de tota. 76.
in princ. ff. de rei vindicat.* Et à quo removetur genus, ab
eodem removentur species. *l. 1. §. quod autem ff. de aleato-
rib. cum similibus allegatis per Everhardum à Middelburgo
in loc. à genere ad speciem. num. 1.* Et denique principale 32
qui perdit, eum etiam accessorium perdere palàm est.
*l. Labeo. 17. ubi Bartol. ff. quemadmod. servitutes amit-
tunt.* Præterea ipsa diei adjectio obligationis substanti-
am verè non respicit, sed executionem tantùm: si qui-
dem dilatio solummodo in favorem debitoris adjecta
censetur. Quocirca diem obligationi adjectum lex in-
terpretatur, non ut debitor medii temporis interusurio
fruatur:

Digitized by Google

fruatur: sed ut faciliùs solutionem parare, suoque tempore debitum præstare possit. *leg. cum, qui Calendis. 14. §. quoties. ff de verb. oblig. l. quod quis. 50. ff de obligat & actionib. l. cum tempus. 17. ff. de regul. juris*

33 Hanc decisionem nihil impedit vulgatum istud axioma juris: quòd nemo debeat locupletari cum alterius injuria, jactura & detrimento. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. l. jure naturæ 206. ff. de reg. jur.* Is autem, qui ante diem accipit debitum & medii temporis interusurium non restituit, cum alterius, videlicet debitoris, jactura & damno
34 locupletetur. *Etenim* respondetur: eum, qui in diem certum debet, verè debere, debitumque purum, & debitum in diem æquiparari *l. et si Stichum. 8. § 1 ff de novat. & delegat.* Ideoque ante diem qui solvit, plus solvit solutum ratione executionis, non verò obligationis. Atqui solutio transfert dominium in eum, cui est solutum, *argument. l. rem meam 20. & l. qui sibi. 33 ff. de solutionib. l. naturaliter 13 l. Julianus. 60. & l si quod dominus 64 ff. de condict. indebit.* Itaque non immeritò commoda & emolumenta dominii consequatur, *arg. § item ea, quæ ex animalibus 19. inst. de rer. divis. & l item quæ 6. ff. de acquir. rer. domin.*

Eandem quoque decisionem minimè infringit, quòd is, qui per errorem ratione quantitatis plus solvit, id repetat. *l. si pœna. 19. [illegible] ff. de condict. indebit.* & qui solvit ante diem, plus solvat, *argument. § si quis agens 33 vers. plus autem inst. de actionib.*
35 cum dies sit pars summæ & obligationis. *leg. 1 § editiones. 2 ff de edend l. ut si rei. 12 in fin. ff. de verbor. signif.* ac proinde eadem ratione, quod tempore plus solutum est, rectè condicatur. *Ratio* namque diversitatis inter hæc satis evidens est. Qui enim quantitate plus solvit; revera plus solvit: qui tempore; respectu executionis duntaxat, non debiti, plus solvisse dicitur, ut paulo ante monitum. *Sed vide accuratius id explicantem Robertum d. lib. 1. sentent. jur cap. 46. & Roberum d. Disput. 14 ad thes. 7.*

36 Utrumquam autem debitum, quod quis perpetua exceptione tutus solvere non tenetur, si solutum sit per errorem, repeti queat: et & illud quod num temporariam, an perpetuam exceptionis defensionem habiturum sit, incertum est, veluti de quo convenit, ne petatur, donec Titius consul fiat *l. si pœnit. 56. ff. de condict. indebit. Cujac. in Comment. in lib. 5. quæst. Papin. pag. 156. & les. Duaren. ad d. tit ff. de condict. indebit. caput. 5 l. ult. in § tempus. 26 num 43. inst. de actionib. Treutler. d. disput. 22 thes. 5. ad lit f. vol. 1. D. Bocer. class. 2 Disputat. 8 th. 13 edit 2.* attamen si exceptio illa in odium ejus, cui debetur, sit comparata, soluti repetitio cessat. Unde si mulier ex intercessione sua quod debet, per errorem solvat, ejus repetitionem habet: at filiusfamilias si pecuniam, quam contra senatusconsultum Macedonianum accepit mutuam, paterfamilias factus solvat, non repetit. *l. si pœna. 19. in principio. l. si non sortem. 26. §. filiusfamilias 9 & l. qui exceptionem 40. in princ. ibique Gothofr. ed. ff de condict. indebit. l. sed si paterfamilias. 9. in fin. & l seq. ff. ad senatusconf. Maced. Donell. libr. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 11. pag. 256. num 30. Pacius centur. 4. [illegible] quæst. 15. Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap 2 num. 28. cum seqq pag 65. cap. 5 n. 126 pag. 284. item cap. 8. num. 61. cum seqq pag 358. & num 74. cum seqq. pag. 361.* Enimverò hic non ignorandum: eum, qui solvit per errorem, quod exceptione doli mali, vel rei judicatæ tutus solvere non tenebatur, solutum repetere posse, *per textum notabilem in l qui se debere. 7 ff. de cond. causa dat. causa non secuta. d l. qui except. 40 ff. de condict. indebit.* ita tamen, ut vero debitori, quem judex malè absolvit, repetitio denegetur, si sua sponte sciens, bonamque fidem agnoscens, solverit, *l. judex. 28. & l. Julianus. 60. in princip. ff. eod. Cujac. ad lib. 22. Pauli ad edict. pagin. 120. latissime Donell. d. lib. 14 cap. 12 ibique Hilliger. in suis not. D. Bocer. dict. Disputat. 8. thesi 14.* Eaque de re vide diffusiùs disputantem D. Hunnium, *d. libr. 3. tractat. 3. part. 2. quæst. 7. & seq. pagin. 907. & seqq.*

37 Ex persona dantis & accipientis indebitum æstimatur; si vel is, qui suo solvit nomine, non debet illi, cui solvit, tametsi quod solvitur, accipienti debeatur ab alio. *leg. si pœnæ. 19. §. 1. juncta l. in summa. 65. §. ult. ff. de condict. indeb.* vel si is, qui solvit, debet quidem, quod dat, sed non ei, cui solvit: proindeque solutum quod est, ut indebitum repeti potest, *dict. l. summa. 65. §. ult. ff. eod. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 8. thes. 16. edit. 2. & in hoc §. n. 41. & seq.*

Cæterum *prædictæ l. si pœnæ 19. §. 1. ff. d. tit.* (ubi nominatim traditur, quamvis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dedit, non debuit, repetitionem competere) 38
non contrariantur *l. repetitio 44. ff. eod. & l. de hereditate 5, C. de petit. heredit.* ex quibus clarescit, repetitionem cessare, quando suum, vel sibi debitum quis recepit, licet à vero debitore non sit solutum. *Etenim* communi, eaque verissima distinctione res explicanda: Aut is, qui solvit, quod alius debet, suo nomine solvit; & tunc competit condictio indebiti, & verus debitor non liberatur. *d. l. si pœna 19. § 1. d l. in summa. 65 § ult. ff. de condict. indebit. l. si à patre. 5. C. eod l. si quid possessor. 31. in princip. ff. de pet. heredit. l. cum quis. 38. § de peculio. 2 ff. de solutionib.* Aut debitoris nomine solvit, & tunc nulli datur condictio, verumque debitor liberatur. *d l. repetitio. 44 l. quod nomine 8 & l. servum. 36 ff. de condict. indebit.* Sic in specie *dictæ l. de hereditate. 5. C. de petit. heredit.* præsupponendum est eum, qui falso putabat, se heredem esse, solvisse heredis nomine: ac ea propter cessat condictio: quia cùm hereditario nomine solvit, indebitum non solvit. Atque distinctionem istam approbant *Accursius & Bartolus in d l. si pœna. 19 § 1. ff. de cond indeb. Cujacius lib. 8 obs. c. 9. Don. d. lib. 14. Comm. de jur. civ. c. 13. Pacius cent. 4 [illegible] 2 Ritterhusius bic pag. 408. in fine. Bronchorst. centur. 1. [illegible] assert. 78. edit. 1. Vultejus ad §. sequens. 16. infr. de actionib. num 57 Cludius in Comment de condict indebit. cap 1. num. 38. cap. 4. num 95. pag 205. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur civ. tract. 3. part. 2 quæst. 9 pag 911 Gilkenius ad rubric. tit. C de condict indebit. num. 27. & Paulus Berens Disput. 12. them. 3. quæst. 5. ubi varias variorum interpretationes refert.* Quibus addatur Dn. Colleg. Bel[illegible]dus *part 2. delibator. jur. ex lib. 12. Pandect. quæst. 11. pag. 79. & seq* ubi aliam, & quidem non infeticem oppositarum legum conciliationem adfert, *post Georgium Lopez. animadvers. cap. 13.*

Quid verò statuendum, si non constet, an proprio, vel 39
alieno nomine quis solverit? Bartolus, Angelus, Fulgosius, Castrensis, Costalius, & alii *in sæpe allegata l si pœna. 19 § 1. ff. de condict. indebit.* item Mozzius *in tract. de contract. tit. de condict indeb. rubr. de caus. quæ faciunt cessare cond n. 11.* opinantur: in dubio præsumendum, solutionem nomine alieno esse factam. Sed rectiùs, me judice, concluditur: in dubio potiùs nomine proprio, quàm alieno, solutionem factam censeri: nisi adsint circumstantiæ, quæ aliud suadeant. Tum quia in omnibus conventionibus ac 40
contractibus potiùs personam, quæ conventionem sive negotium celebrat & contrahit, inspicimus, quàm alium, qui conventioni non interest: cùm magis ipsius contrahentis, quàm alterius causâ res agi, & quilibet proprio potiùs, quàm alieno nomine contrahere existimetur. *l. & magis 4 ff. de solutionib. l. cum de indebito 24 in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus.* Tùm quia solutio in du- 41
bio intelligitur facta eam in causam, quæ magis est utilis solventi *l. 1. & 2 ff. de solutionib. & l. 1. C. eod. tit.* Atqui magis utilis est, si solvens intelligatur proprio nomine solvisse. Hoc enim modo solutum repetere potest, quod ab altero, si ejus nomine solutum præsumeretur, quia fortè non esset solvendo, condicere solventi integrum haud esset. Tum denique si eo casu, quo duæ sunt obligationes, solvens potiùs suam, quàm alienam dissolvisse obligationem, suoque nomine dedisse præsumitur, *argum. d. l. & magis. 4. ff. d. tit* nihil certè prohibet, quo-minùs idem obtineat, quando hoc casu quis solvit, quo ipsemet nunquam obligatus fuit, neque de alia ejus mente apparuit. Et ita, *post Jasonem in dict. l. si pœnæ. 19. §. 1. ff. de condict. indebit* docuit novissimè Cludius *d c. 4 n. 97. p. 2 6.*

Æstimatur præterea indebiti qualitas ex personis pupilli, 42
furiosi & prodigi. Si enim hæ personæ sine tutore vel curatore suo naturale debitum solvant: etsi in alia persona cessaret naturalis debiti soluti repetitio: in iis tamen personis generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur. *l.*

interdum

Digitized by Google

interdum. 29 *ff. de condict. indeb. Robert lib.* 1. *sent. jur. c.* 10.
D. Bocer. in hoc §. num. 44. & *d. class.* 2. *Disputat.* 8. *thes.* 17.
43 *edit.* 2. Cui non refragatur. *l. si eius pupilli* 64 *in princ. ff.*
ad senatuscons. Trebell. ubi Mœcianus JC. ait, pupillum,
44 si naturâ tantùm debitum solverit, non repetere. *Nam*
ut legum correctio & contrarietas evitetur. *c. cùm dilectus.* 8. *ibique gloss. in verb. juri communi. ext. de consuetud.*
non usque adeò malè respondetur: in illa lege proponi
quidem mutuam pecuniam accepisse pupillum sine tutore; sed non exprimi, an absque tutore, aut pubes is effectus solverit. Ideoque nihil vetat, quò minùs legem istam
exaudiamus eo de casu, quo pupillus solvit tutore auctore,
vel eo tempore, quo ipse efficaciter solvere potuit, nempe
pubes factus. Tunc etenim non repetet, *ut fusius ostendit Robertus dicto loco.* Eadem de re consulendi sunt
Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. cap. 3. *Anton. Faber. lib.* 8.
conject. cap. 6. *Petrus Faber. Sturtius*, & *Hippol. à Collibus*
ad l. cujus per errorem. 53. *ff. de reg. jur. aliique, quos refert Cludius in Commentar. de condict. indeb. cap.* 5. *num.*
24. & *seqq. pag.* 229.
45 Porrò indebitum, ut condici possit, per errorem (Est
autem error nihil aliud, quàm falsa opinio, ex ignorantia
contracta, tradente Frantzkio, *exercit. jurid.* 11 *quæst.* 8.
num. 1 *pag.* 364) solutum esse oportet. Siquidem scienter indebitum qui solvit, donasse potiùs, quàm indebitum
solvisse reputatur. *leg. qui fundum* 7. § *servus meus. in fin.*
ff. pro emptor. leg. 1. §. 1. *leg. si is, qui.* 24. *l. si non sortem.* 26.
§. *indebitum* 3 *in fin.* & §. *qui filiofamiliæ* 8. *ff. de condict.*
46 *indeb. l. indebitum.* 9. *in princip. C. eod.* Et huc confert trita
juris regula: cujus per errorem dati repetitio est; ejus
consultò dati donatio est. *d. l. cujus per errorem.* 53. *ff. de*
reg. jur. l. si quid delegaverit. 12. *ff. de novat.* & *de legat.* Idque adeò procedit: ut, licet ea mente quis sciens solverit,
ut repeteret: tamen condictio cesset. *l. quod quis sciens.*
47 50. *ff. de condict. indebit.* Propositum namque in mente
retentum, nihil operatur. *l. si repetendi.* 7. *ibique Gothofred.*
Cod. de condict. ob caus. dator. Cephal. cons. 107. *n.* 24. *Pacius*
48 *cent.* 3 *ἐναντιοφανῶν quæst.* 99. At quid dicendum, si quis
dubitans indebitum solvit: an per errorem solvisse censendus est? Maximè: ac propterea ei condictio competit,
constituente Justiniano in l. ult. C. de condict. indeb. Ejusque
49 constitutionis rationes sunt perspicuæ. Tum quia dubitans & errans in jure æquiparantur, *leg.* 1. *in princip. ff. de*
legit. 3. *l. de statu.* 15 *ff. qui testam. fac. poss.* Tum quia
nulla donationis præsumptio hic militat: quandoquidem
animo incerto & titubante qui solvit, donare non censetur: ac proinde ei soluti repetitio datur. Causa quippe
donationis hic cessante, meritò quoque ejusdem effectus
cessare, adeoque repetitio locum obtinere debet. *l. adigere.*
6. §. *quamvis. ff. de jur. patronat. l. ex facto.* 43. *in princip. ff.*
de vulg. & *pupill. substit. c. cùm cessante.* 60. *ext. de appellat.*
Tum etiam, quia in re obscura potiùs favendum
est illi, qui indebitum repetit, quàm qui indebitum
accepit, sibique donatum esse contendit. *l. non debet.*
41. *in fine. ff. de regul. juris.* Cum ergo hoc casu, quo
quis mente ancipiti ac titubante indebitum solvit, res satis
obscura sit, favorque indebitum condicentis subsit: indebiti condictionem solventi accommodari, rectè statuitur.
d. l. ult. C. de cond. indeb. Vultej. in §. sequens. 16. *infr. de act.*
num. 56. *Wesenb. in Paratitl. ff. de condict. indeb. n.* 9. *vers.*
pari ratione, &c.
50 Nec movet in contrarium, quòd dubitans transigendi
causa solvisse præsumatur, & ob id repetitioni locus nullus relinquatur. *l. in summa.* 65. §. 1. *ff. de condict. indebit.*
Nam transactionis præsumptio contra animo dubio solventem induci minimè potest, *auctore ipso Justiniano in d. l.*
ult. circa finem. C. eod. cùm in transactionibus animus, voluntas & consensus, qui in solvente animo ancipiti atque
51 incerto præsumendus non est, intervenire debeat. Meritò
itaque hic quoque axioma istud obtinet: quòd cessante
causa transactionis, videlicet animo, voluntate & consensu, effectus ejusdem cesset, sicque solventi repetitio
concedatur. *d. c. cùm cessante* 60, *ext. de appellat. Clud. in*
Comment. de condict. indeb. c. 5. *num.* 6. *pag.* 231. Porrò
dubitans & errans sive ignorans an & quatenus parificentur, *post alios*, explicat Joannes Baptista Costa *tom.* 1.
tractat. de facti scientia & *ignorantia. inspect.* 82 *fol.* 288.
Quandoquidem verò constat duplicem esse errorem, 52
juris & facti, *leg.* 1. *in princip. l. regula.* 9. *in princip.*
& §. *sed facti.* 2. *cum* § *seq.* & *tot. tit. ff. de jur.* & *facti*
ignorant. tempestivè hoc loco quæritur: utrùm facti saltem, an juris etiam errore solutum repeti queat? Et quam- 53
vis multi autument, juris quoque errorem producere indebiti condictionem. *Accurs. in l.* 1 *super verb. per errorem.*
Cod. de condict. indebit. ibique ad Rubr. Sichardus num. 9. &
in l. 1. *num.* 2. *eod. Wesenb. in Paratitl. ff. eod. tit. num.* 9 *Joan.*
Faber. in Breviario jur. in l. 1. & 5. *Ludovic. Vitalis lib.* 2.
variar. lect. cap. 22. *Schickhard Disputat. ad Instit.* 12.
thes. 4. *in resolut. quæst.* 2. *Bachovius in tract. de actionib.*
disput. 4 *ad th.* 17. *pag.* 134. & *seqq.* & *alii*: mihi tamen eorum, qui facti tantùm errorem admittunt, sententia magis arridet, *per textum apertum in l. cùm quis.* 10. *C. de jur.*
& *fact. ignorant. l. si per ignorantiam* 6. & *l. fideicommissum.*
7. *C. de condict. indebit. l. error.* 9. *Cod. ad leg. Falcid. l. regula.*
9 § *penultim. ff. de jur.* & *facti ignorant. cum similibus.* Ra- 54
tio diversitatis petenda est ex Neratio *in l.* 2. *ff. dicto tit.*
quia jus finitum & potest, & debet esse: facti interpretatio plerunque etiam prudentissimos fallit. Unde omnes 55
homines jura intelligere & scire debere, alibi dicitur. *l. leges.* 3. & *l. leges sacratissimæ.* 9. *C. de legib.* Et culpam con- 56
trahit, qui jus ignorat, *argum. l. lata culpa* 223 *in princip.*
ff. de verbor. significat. Huicque adstipulantur sententiæ
Duarenus in Commentar. ad tit. de condict. indebit. cap. 3.
Cujacius in d. l. si per ignorantiam. 6. *C. eod.* & *in Comment.*
lib. 19. *quæstion. Papinian. p.* 512. *cum seq. Eguinar. Baro* &
Hegius in hoc § *num.* 18. *Robert lib.* 1 *sentent. jur. cap.* 6 &
7. *Donell. lib.* 14 *Commentar. de jur. civil. cap.* 14. *Julius Pacius centur.* 4 *ἐναντιοφανῶν quæst.* 6. & *in Rubric. C. de condict. indebit. num.* 6. & *in l. si a patre.* 5. *num.* 50. & *in dict. l.*
fideicommissum. 7. *Cod. eod. Vulteius in dict.* § *sequens.* 16.
num. 54. *infr. de actionibus. Hotoman. ad titul. ff. de condict.*
indebit. pag. mihi 81. *D. Bocer. class.* 2. *Disput.* 8 *thes.* 18. *edit.*
2. & *in hoc* §. *num.* 45. & *seqq. Matth. Stephani centur.* 3.
quæst. 317 *Petrus Faber in l. cujus per errorem.* 53. *ff. de reg.*
jur. Bronchorst. cent. 1. *ἐναντιοφανῶν assert.* 77. *edit.* 1. *Arumæus exercit. Justin.* 15. *thes.* 15. *Clud. dict. Commentar. de*
condict. indeb. cap. 1. *num.* 14. & *seqq. Hunon. Disputat.* 13.
controvers. 7. *Robertus Disput.* 14. *th.* 5. *Joan. Ulricus Wolff,*
in prodromo responsor. & *consilior. jur. cons.* 1. *num.* 349.
Frantzkius d. exercit. 11. *q.* 8 *n.* 7. & *seqq. Ungep. jur. exerc.*
Justin. 12. *q.* 8 *pag.* 471. *edit. ult. Andr. Gerhard. Decad.* 16.
q. 6. *Paulus Berens Disput.* 12 *them.* 3 *quæst.* 4. & *Hunnius*
d. lib. 3 *var. resolut. jur. civ. tract.* 3 *part.* 2. *quæst.* 3 *pag.* 898.
& *seqq.* Quibus omnibus adjiciatur Petrus Franciscus
Linglois *decis. Justin.* 10 *quæst.* 1 *fol.* 102. & *seq.*
Huic assertioni primò non obstat, quod *ex l. juris ignorantia.* 7 & *l. error* 8 *ff. de jur.* & *fact. ignor.* objici solet: 57
juris errorem in damnis rei suæ amittendæ non nocere.
Eum autem, qui indebitum solutum repetit, quod suum
est, petere. Ergo juris errorem ei non nocere, & consequenter indebiti condictionem parere. *Nam* Papinianus JC.
in utraque lege apertè ait, errorem seu ignorantiam juris
suum petentibus non nocere. Ast indebitum condicens
seu repetens, suum petere dici non potest: cum dominium rei indebitè solutæ in accipientem transtulerit, *argum.*
l. dominus. 53 *ff. de condict. indeb.* § *sic itaque.* 14 *infr. de actionib.* & *l. ult. ff. usufructuarius quemadm. caveat. Duaren.* &
Donellus locis præallegatis, & *Clud. dict. cap.* 1. *num.* 26. &
seqq. ubi etiam aliter, & quidem satis prolixè, ad istam objectionem respondet. Quanquam illam Duareni, ejusque
assectarum responsionem omninò captatoriam & cavillatoriam, imò ineptam & nullam, *contra clarissimos juris*
textus suprà num. 53. *allatos*, ineptè pronunciet Bachovius *d. disputat.* 4. *sub th.* 17. *pag.* 145.
Secundò non obstat *l. cùm is.* 32. §. 1. & *l. si fidejussor* 59. 58
ff. de condict. indebit. ubi fidejussori in jure erranti, atque
indebitum solventi, condicendi jus competit. Etenim *in*
hisce ll. fidejussor non juris, sed facti imprudentiâ lapsus
creditori, qui pactum de non petendo fecerat, satisfecit.
Fidejussor siquidem ille fortassis propter memoriam labilem, pacti de non petendo quod ipsi fecerat creditor, fuit
oblitus. Neque hæc solutio, tanquam divinatoria, cul- 59

Digitized by Google

panda est, aut rejicienda; præsertim cùm in dubio ea accipienda sit significatio seu interpretatio, quæ vitio vacat, aliisque legibus non contradicit. *l. in ambigua. 19. ff. de legib.*

60 Tertiò non obstat, *lex. 1. in princ. vers. si verò hoc. ff. ut in possess. legatorum servand. caus. esse lic.* ubi heres, qui legatorum nomine per errorem juris satisdedit, cùm remissa ei esset à testatore cautio, satisdationem condicere potest. *Ex ipso* namque textu responsio commodè sumitur. Non enim ibi præcisè Ulpianus affirmat, heredem in jure errantem condicere satisdationem posse: sed tantùm ait, *benignè quempiam dicere satisdationem condici posse.* Quibus utique verbis haud obscurè significat, benignitatis & æquitatis quidem ratione ac intuitu hoc ita posse tolerari; idque favore ultimæ voluntatis: quia voluit defunctus heredem non cavere legatariis: aliud verò ipso jure esse receptum. Quod autem benignè & singulari ratione alicui concessum est, non est trahendum ad consequentias. *leg. quod verò. 14. cum. ll. seqq. ff. de legib. & argument. leg. qui negotia. 34. in princip. vers. id enim benignè ff. mandati.*

61 Quartò non obstat *l si à patre 5. C. de condict indebit.* ex qua colligi posse videtur, erranti in jure condictionem dari. *Quandoquidem* filius emancipatus ibi non erravit in jure, sed in solo facto: quia putabat, tempora præstituta, id est, annum nondum præteriisse, qui tamen præterierat. Sanè si tempora præteriisse non ignorasset, & nihilominus existimasset, se jure honorario post annum succedere posse in jure errasset, ac proinde indebiti condictio ei non competiisset, *d. l. cum quis. 10. C. de jur & fact. ignorant. & juribus concordantibus superiùs allegatis, n. 53.*

62 Quintò non obstat. *l frater à fratre. 38. in princip ff. de condict. indebit.* ubi frater fratri solvit, ad quod obligatus jure non fuit; & tamen repetitio soluti pro parte dimidia, secundùm distinctionem Africani, fratri solventi tribuitur. *Quoniam* illic non juris, sed facti errore solutio facta fuit. Frater enim, qui solvit, fortè putavit, mutuum post mortem patris fuisse contractum, vel ex causa castrensis peculii, illius, qui mutuam pecuniam dedit. *Clud. d. Commentar. de condict. indebit. cap. 1. num. 44.*

63 Sextò non obstat *l. 2. §. 1. cum l seq. ff. de condict. indebit.* ubi datur indebiti condictio, quando, ex testamento falso, inofficioso, rupto, vel irrito aliquid solutum est. Testamentum autem falsum, inofficiosum, ruptum, vel irritum dicere, ad jus pertinet, non ad factum. Ergò juris errore solutum repeti potest. Non illud, *inquam*, obstat. Quia nequaquam ibi erratum fuit in jure, sed in facto. Testamentum quippe ibidem non fuit; vel causa exheredationis falsa apparuit, aut probata non fuit; vel pater filium obiisse falsò existimavit, qui postea ab hostibus est reversus; vel aliud testamentum prolatum fuit, de quo heredi priùs instituto nihil constitit, vel heres institutus ignoravit, posthumum natum in utero fuisse: quæ omnia factum respicere, nemo non intelligit. *Cludius. dict. capit. 1. numero 48.*

64 Septimò non obstat, quòd indebiti condictio ex æquitate naturali oritur. *l. in summa. 65 §. quod ob rem. 4. & l. seq. ff. de condict. indebit.* Æquitas verò naturalis non tantum in errore facti, sed etiam in errore juris obtinet. *Respondetur* enim: æquitatem hanc naturalem ad jus, utpote quod omnes scire debent, referendam non esse. *d. l.*
65 *leges. 2. & 9. C de legib.* Juris siquidem ignorantia lata culpa esse censetur. *d. l. lata culpa. 223. in princ. ff. de ver-*
66 *bor. significat.* Hæc autem in contractibus dolo æquiparatur. *leg. quod Nerva. 32. ff deposit. l. 1. §. ff. si mensor. fals. mod. dix. l. si fidejussor. 29. in princ ff. mandat.* qui nemini prodesse debet. *l. 1. §. 1. ff. de doli mal. & met except. l. ita demum. 31. ibi, ne quis doli sui præmium ferat. ff. de recept. arbitr. l. itaque. 12. §. 1. & leg. eum, qui. 14. §. is autem ff. de furt.* Unde etiam juris errorem ad usucapionem nemini prodesse constat. *l. nunquam. 31. ff. de usurpat. & usucapionibus.*

67 Octavò non obstat *l. eleganter. 23 §. item si ob transactionem. 2. ff de condict. indebit* ex cujus specie manifestum esse videtur, errore juris indebitum solventem, ejus repetitionem habere. *Multum* namque refert & interest: utrùm quid, tanquam indebitum, sit solutum; an verò quasi ex causa transactionis, de qua lex ista agit. Neque enim si transactio fuerit utilis, repetitur, quod ex causa transactionis solutum est, etiamsi adversarius in re litigiosa & transacta nihil juris habuerit. At si transactio inutilis est, quasi indebitum repeti potest. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.* Quare & in casu *dicti §. item si ob transactionem.* repetitio locum invenit; cum transactio nullas vires habeat: sed ea senatusconsulto, *ut Ulpianus ibidem loquitur,* vel oratione Divi Marci (*sicuti liquet ex l. cum hi 8. in pr. ff. de transact.*) infirmetur. Ideoque non propter juris errorem, sed quòd transactio alimentorum, testamento relictorum, sine Prætoris auctoritate facta non subsistit, repetitioni locus relinquitur. *d. l. cum hi. 8. in princip. ff. d. tit. Clud. d. cap. 1. num. 49.* Quæ solutio licet Hunnio *loco præallegato* non placeat: quia tamen ipse haud meliorem, sed merè divinatoriam substituit: nostram omninò retinendam arbitror.

Postremò non obstat, quòd multis in locis simpliciter 68
& generaliter, absque ulla distinctione, traditur indebi-
tum per errorem solutum repeti posse, *hoc § nostro l. 1. l. si*
non sortem. 26. §. indebitum. 3. l. qui exceptionem 40. ff. de
condict. indebit. l. 1. C. eod. & in toto, eoque prolixo & in-
signi titulo *ff. de condict. indebit.* nulla fit prorsus erroris fa-
cti mentio. *Nam* etsi istis locis nihil de errore distinguitur:
aliis tamen locis & distinguitur, & disertè de errore juris
expressum est; quod per hunc errorem solutum sit, repeti
non posse, *d. l. regul. 9. §. penult. ff. de jur. & fact. ignor. d. l.*
cùm quis. 10. C. eod. & similib. supra adductis. num. 53. &
seq. Hos igitur locos, ut ad interpretationem aliorum, & 69
ad exceptionem erroris juris positos, id est, ut certos, mi-
nimeque dubios sequi, & secundùm eos generalitatem sive
ambiguitatem aliorum interpretari debemus. Idque fa-
cere jubemur duobus præceptis juris notissimis. Unum
hoc est: incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua
particula ejus proposita, judicare, vel respondere. *l. inci-*
vile. 24. ff. de legib. At totum corpus juris civilis, quo uti- 70
mur, una quodammodo lex est Justiniani, qui quidquid
in eo scriptum est, suum esse, apertè profitetur. *l. 2. § tan-*
ta autem 19. C. de vet. jur. enucleand. Est igitur incivile,
& contra hanc legem, ex quibusdam locis judicare & pro-
nunciare in universum de tota hac repetitione, omissis
aliis, in quibus certò adjicitur aliquid, vel detrahitur. 71
Alterum præceptum hoc est: in toto jure generi per spe-
ciem derogari, & illud potissimum haberi, quod ad spe-
ciem directum est. *l. in toto. 80. de reg. jur.* Jam verò qui-
busdam locis definitur, per errorem solutum repeti posse;
generaliter hoc quidem: sed aliis locis certis excipitur ex
eo genere error juris, dum nominatim traditur, quod hoc
errore solutum est, non posse repeti. Quocirca quod ad
hanc speciem erroris directum est, id potiùs haberi opor-
tuit. *Donell. d. Commentar. de jur. civil. lib. 14.*
cap. 14. pagin. 267. & seq. Constanter ergo concluden-
dum: tantummodo ob errorem facti, condictionem
dari.

Nec urget, quod regeritur: ignorantiam in proprio facto tolerabilem haud esse. *l. quanquam. 7. vers. quia facti. ff. ad senatusconsult. Vellejan. l. quisquis. 15. Cod. de rescind. vendit.* ac propterea indebitum solventi, tanquam in proprio facto erranti, condictionem non concedi. *Etenim* idcirco ei condictio indulgetur; quòd jure naturæ iniquum sit, ut indebitum solutum maneat penes eum, cujus esse non potest, & qui cum alterius damno & injuria cupit locupletari *l. nam hoc natura. 14. ff de condict. indeb. l. jure naturæ 206. ff. de reg. jur.* Ideoque ut is, qui solvit indebitum, damni restitutionem consequi possit, condictio ipsi conceditur: & regula illa, qua dicitur ignorantiam in proprio facto non esse tolerabilem, hoc casu, quo agitur de damno vitando, officium suum perdit, *notante Gothofredo ad d. l. quanquam. 7. ff. ad senatusconsult. Vellejan. & Cludio dict. Commentar. de condict. indebit. capit. 1. num. 50.* 72

Enimverò regula hactenus exposita, quæ vult, errorem juris condictionem ob indebitũ non parere, in quibusdam personis singulariter limitatur. Minores namque 25. annis in errore juris excusationem merentur: ac proinde, si 73

per

per errorem juris indebitum solverint, condictionem sive repetitionem ejus habent. *l. regul. 9. in pr. ff. de jur. & fact. ignorant. l. cùm de indebito. 25. §. sin autem is 1. ff. de probat. l. 2. C. si advers. solutionem, &c.* Unde si minor 25. annis filiofamilias majori mutuam pecuniam dederit, ignarus SCti Macedoniani; creditum propter ignorantiam juris non amittit, sed illud repetere potest. *d. l. regula. 9 in fin. princ. ff. de jur. & fact. ignorant.* Magis enim est, ut ætatis ratio, quàm SCti habeatur, *referente Ulpiano in l. verum 11. §. ult. ff. de minorib. 25. annis.* Deinde etiam fœminæ in quibusdam casibus propter sexus infirmitatem, excusantur. *d. l. regula. 7 in pr. ff. de jur. & fact. ignor. l. de die. 8 §. si servus. 2. in fin. ff. qui satisdar. cogantur.* Hinc si fœmina, SCti Liboniani ignara, sibi legatum adscripserit; quamvis non sit modicum legati istius compendium; juris tamen hæc ignorantia fœminæ non nocet. *l. Divus Claudius. 15. §. matri 4. & § leg. ff. ad leg. Cornel. de fals.* Eadem ratione ignorantia juris fœminæ non obest, quando ignara juris sui, se ipsam defert fisco, quasi incapacem legati relicti, cujus verè capax est. *l. 2. § fin ff. de jure fisci.* Sic si mulier ignorans, se exceptione SCti Vellejani tutam esse, solverit pro eo, pro quo fidejussit, condictione indebiti solutum repetere poterit, tametsi in jure erraverit. *l. quamvis. 9. C. ad SC. Vellejanum.* Præterea milites juris ignorantia excusat, non solum ut damno non afficiantur; sed etiam ut aliquid lucrentur & acquirant. *d. l. regula, 9 §. 1 ff. de jur. & fact. ignorant. l. 1. Cod. eod. l. ult. in princip. Cod. de jure deliberand. d. l. cum de indebito. 25. §. 1. ff. de probationib.*

74 Est tamen differentia notanda inter ignorantiam juris, quæ militibus, & illam, quæ fœminis præbetur. Milites enim ob juris ignorantiam excusantur semper, fœminæ verò certis duntaxat casibus. *d. l. regula. 9 in princip. ff. de jur. & fact. ignorant.* Fœminæ item in lucris non excusantur. *l. error facti. 8. ff. d. tit. l. quamvis 11. & l. ult. C. eod. l. in eo. 110. § fin. ff. de reg. jur.* Milites autem in lucris quoque, sicuti minores 25. annis, excusatione digni judicantur. *l. ait*

75 *prætor 7 § hodie. 6 ubi Cujacius ff. de minorib. 25. annis.* Denique & rusticis jus ignorare permissum est; maximè si copiam Jurisconsulti habere non possint. *d. l. regula. 9. §. sed juris 3. ff. de jur. & fact. ignorant. l. ex quibusdam. 2. §. ult. ff. de jur. fisc. l. 1. in fin. de edend. d. leg. cum de indebito 25. § 1. ff. de probationib. l. quicunque. 8 Cod. qui admitti ad bon.*

76 *possess. possint.* Cæterum prædictis personis, in illis, quæ juris sunt naturalis, ignorantia juris nequaquam permittitur. Haud etenim audiendus est minor, fœmina, miles, vel rusticus, si prætendant, se nescire reverentiam parentibus deberi; aut se per ignorantiam juris incestum, adulterium, homicidium, furtumve commisisse. Hæc siquidem jure naturali sunt probra, quorum ignorationem nemo sanæ mentis prætendere potest: cum jus illud nescire nemo valeat. *l. si adulterium. 38 § quare. 2. ff. ad leg. Jul. de adulter. Cujac. lib. 1. definit. Papin. in explicat. dictæ l. error. facti. 8. in fin. ff. de jur. & fact. ign. huncque laudans Cludius d. Comment. de condict. indebit. cap. 1. num 60. Eademque de re latè Donell. lib. 1. Commentar. de jure civil. cap. 21. & cap. ult.*

77 Licet porrò indebitum per ignorantiam seu errorem facti solutum repeti posse, jam cognitum exploratumque sit: illud tamen haud esse perpetuum, sciendum est. Ex iis enim causis, ex quibus inficiando lis crescit, hoc est in quibus aliquis mendacii convictus punitur, & pro simplo condemnatur in duplum (veluti ex L. Aquilia ex legato sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis relicto, item ex deposito ob ruinam, incendium, & naufragium) indebitum solutum repeti non posse, manifestò constat ex *§. ult. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. § sed furti quidem 26. infr. de actionib. l. ea, quæ 4. C. de condict. indebit.* Hujusque pronunciati alias rationes assignant *Bartol. Bald. Angel. & D. Bocerus in repetitione dict. l. 4. Duarenus ad d. tit. cap. ult. Arumæus Exercit. ad Instit. 15. thes. 16. Bachovius in d. § ult. infr. de obligat. quæ qs. ex contr. nasc. pag 839. & Hunnius d. lib. 3 tract. 3. part. 2. quæst. 11. pag 91.* Verùm, horum opinationibus omissis, mihi convenientissima videtur ratio, quæ desumitur *ex l. hujus 53. ff. de reg. jur.* hæc nimirum: quòd ex his causis, quæ inficiando in lite crescunt, id, quod solvitur, quantumvis indebitum, non tam per errorem, quàm à sciente, vitandæ scil. pœnæ causa, quæ ex juris dispositione inficiatori imminet, solvi putetur. *Exempli gratia*: Qui ex L. Aquilia æstimationem servi occisi solvit, is quamvis solverit indebitum, si ipse non interfecit: tamen hanc etiam ob causam solvit, ut liberaret se à metu ac periculo pœnæ, quam inficiando sive negando in duplum crescere scivit, & in quam incideret, si cum adversario litigaret, atque succumberet. Proinde sive ipse servum interemerit, sive alius: non tamen pecunia soluta apud dominum servi extincti sine causa relinquitur. Ideò enim, ut dictum, solvit; quò periculo metuque pœnæ dupli, in quam litigando incurrere posset, se liberaret. Ast eo metu jam est liberatus: ac propterea causa, ob quam consultò dedit, secuta est: & consequenter solutum condicere non potest. Atque hanc rationem non obscurè amplectuntur *Cujacius in Paratitl. Codic. tit. de condict. indeb. Rittershusius lib. pag 409. Vultejus in § sequens. 16 num 47 infr. de actionibus. Donell. lib. 14 Commentar. de jur. civil. cap. 15. pag 272 Pacius in dict. leg. 4. Cod. de condict. indebit. num. 7 hocque novissimè referens Cludius in Comment. de condict. indeb. cap. 4 n 78. ubi aliorum rationes refellit.*

Prædictis non adversatur *l. inde Neratius. 23 §. ult. ff. ad* 78
leg. Aquil. ubi Ulpianus ex Juliani sententia respondit: legis Aquiliæ actionem cessare, si quispiam falsò confiteatur, se hominem occidisse: ac proinde eo nomine indebitè solutum repeti posse. Nam ibi ille, qui falsò confessus est, servum se occidisse, confessionem hanc suam ea de causa revocare potest: quòd servus occisus non fuit, sed adhuc vixit; *ut ex ipso textu perspicuè liquet.* In nostro autem casu, quo condictionem indebiti cessare dicimus, servus verè, licet non ab illo, qui ejus æstimationem solvit, sed ab alio, fuit occisus. Et hoc casu condictio indebiti nullatenus competit, *d. l. ea, quæ. 4. C. de condict. indeb. d. § ult. infr. de obligationib. quæ qs. ex contractib. nasc.* quæ tamen competeret, si servus iste, qui ocisus putabatur, à nemine occisus fuisset. Hujusque ratio est: quoniam is, qui ideò solvit, quòd opinetur, se servum interfecisse, duas ob causas solvit: primùm quidem, quòd servum interfecit: deinde verò, ut metu pœnæ inficiationis, per quam lis in duplum crescit, se liberet. Quocirca si constat, servum non esse occisum: dare etiam recusat; & per consequens solutum, ex tacita conventione, si apparuerit, servum non è medio sublatum esse, sed spiritum ducere, ei est restituendum, *arg. d. l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.*

Similiter non adversatur: natura iniquum esse, aliquem 79
cum alterius damno & jactura locupletari *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. l. jure naturæ 206 ff. de reg. jur.* & in omnibus quidem, maximè tamen in jure, æquitatem
spectandam esse. *l. in omnibus 90. ff. eod.* cùm universum 80
jus nostrum sit ars æqui & boni, *definitore Celso in l. 1. in pr. ff. de just. & jur.* Ideòque accipientem indebitum teneri ad ejus restitutionem, & solutum repeti posse. *Cùm enim nostra specie non per errorem, sed à sciente indebitum solutum videatur*; ut à lite se redimat, duplique pœnam evitet: non est, quòd de iniquitate, vel detrimento conqueratur: cùm volenti & scienti nulla iniquitas, 81
aut injuria fiat. *l. 1. § usque adeo. ff. de injur. l. cum donationis. 34. C. de transactionibus. c. scienti. 27. de regul. jur. in 6.*

Sic quoque non adversatur: iniquius nihil esse quàm 82
si, cùm legatum relictum esset; heres tamen existimans, centum (*verbi gratia*) esse legata, ea solvit, repetitionem ipsi non dari, præsertim in legatis pietatis intuitu relictis, de quibus hic agitur: cum Ecclesia, cultrix & amatrix justitiæ, non patiatur contra justitiam aliquid fieri in se, vel in alterum. *c. unic. vers. Ecclesia enim, &c. de alienat. feudi. libr 1. tit. 13. feudor.* itemque iniquius nihil esse, quàm si, cùm servum tuum non vulnerassem, vulnerasse autem me putarem, & ob id decem solverim, me soluta perdere & repetere non posse. Hæc, *inquam*, & similia non adversantur. Nam sibi imputare debet solvens, quòd sponte & ultrò, & quasi scienter indebitum solvit. Ejus quippe voluntate res in accipientem translata intelligitur: adeòque accipiens, interveniente solventis scientia & consensu,

locu-

Digitized by Google

locupletior redditur : cui ab initio liberum fuit, nihil sol-
vere, & dubium litis exitum ac pœnam dupli exspectare
Nihil igitur hic rationi & æquitati contrarium statuitur,
docente Cludio c 4. num. 81. & seq.
83 Porrò nihil hic moror vanas D. Boceri *in d. §. ult. infr.
de oblig. at quæ quasi ex contr. nasc. pag. 517. & seq.* cavil-
lationes, quibus prædictam verissimam, & à multis præ-
clarissimis Jurisconsultis, me & Bocero longe doctioribus,
traditam sententiam pervertere (evertere cùm nequeat)
conatur. Nunquam enim mihi in mentem venit : quòd
is, qui ex tali causa, ex qua inficiando lis crescit, indebi-
tum solvit, revera *sciens & consultò* solvat : siquidem ex-
presse scripserim. *num.* 80. quòd in hac specie non per erro-
rem, sed à sciente indebitum solutum *videtur* : item *in
num* 77. quòd à sciente solvi *putetur* & *in num.* 82. *quasi*
84 *scienter* indebitum solverit. An ergo solus Dn. Bocerus
ignorat ; verbum *videri*, itemque verbum *quasi*, esse no-
tam improprietatis ? Aut, si id non ignorat, cur alienum
(solo vincendi studio) verbis meis affingit sensum? Equi-
dem lubentissime admitto exceptionem *in d. §. ult infr. de
oblig. at quæ quasi ex contractu nascunt. d. §. sed furti quidem.
25 infr. de actionib. & d. l. ea, quæ. 4. C. de condict. indebit.*
propositam, itidem intelligendam & declarandam esse de
indebito, per errorem soluto : sicut ipsa regula de tali ca-
su loquitur. Ast hoc volo : condictionem indebiti pro-
pterea hic cessare debere : quod *quodammodo à sciente*
solutio facta *videatur*. Hanc meam mentem quin Dn.
Bocerus intellexerit, nullus dubito: tamen frivolè ac sine
effectu contra eam insurgit: saltem quia videt, à nova sin-
gulari & erronea ipsius opinione me dissentire. Nempe
Aristarchus noster non patitur, alios sibi contradicere :
sed eius αὐτὸς ἔφα, statim ut ore excidit, exosculandum &
85 adorandum esse putat. *Scilicet!* Sed lubet hic referre :
quid de novella Dictatoris nostri opinatione, quæ ipsi tan-
topere placet, noviter sentiat Dominicus Arumæus. Is
d. exercitat. Justin. 15. th. 16. hac de re inter cætera ita
scribit : *Bocerus novum ausus est dare intellectum ; quem
neque probo, neque prædictorum textuum sensui congruum
existimo, &c.* Non ergo ægrè ferat Dn. Collega Bocerus
me quandoque ab ipso dissentire : cùm videat, & alios
non omnia ipsius commenta pro oraculis habere.
86 Etsi verò Accursius & Doctores plerique *ad hunc §. no-
strum & ad l. eleganter. 23. §. ult ff. de cond ind* plures ca-
sus (puta causam judicati. *l. 1. C. de condict. indeb.* juris u-
randi. *l. nam postea quam 9. §. 1. si actor 36. ff. de jurejur §.
item si quis postulante. 11. infr. de action.* pietatis. *l. cum is,
qui. 32. §. mulier ff. de condict. indebit.* transactionis. *l. in
summa. 65. §. 1. ff. d. t.* & denique scientiæ. *l. indebitum. 9.
C. eod.*) excipiunt, quibus indebiti per errorem soluti repe-
titionem cessare existimant : attamen, præter exceptio-
nem *superius n. 77* propositam, nullam aliam recipiendam
esse, rectiùs concluditur. Quod enim quis condemna-
tus ex causa judicati solvit, maximè debitum solvit: siqui-
dem judicati actio constituta est ad illud exigendum. *l. mi-
les. 6. § ultim. ff. de re jud. leg. actori 8 Codic de reb. credit.*
87 Id autem maximè debitum esse constat, quod ab invito
exigi potest. *leg deb. 108. ff. de verb sign.* Sic etiam quod ex
causa jurisjurandi solutum est, non indebitum, sed debi-
tum solutum est: quia & hic non minus actio est ex causa
jurisjurandi, quàm ex causa judicati, *d. l. actor. 8. Cod. de reb.
cred. d. § item si quis. 11. infr. de action.* Pari ratione si mater
filiæ nomine dotem dedit, se eo nomine obligatam cre-
dens; non omnino indebitum, sed debitum naturale pieta-
tis contemplatione solvit, *arg. l. naturales. 10 ff. de oblig. &
act. l. naturaliter. 13 ff. de condict. indeb. & similium allega-
tarum suprà num. 14.* Præterea quod ex causa transa-
ctionis datur, non ut debitum solvitur: sed datur ob cau-
sam futuram, ut à lite discedatur. *d. l. in summa 65 §. 1. ff.
de cond. indebit. l. 2. C. eod.* Postremò & illud in confesso
est: cum repetere non posse, qui sciens indebitum solvit.
*d. l. indebitum. 9. C. d. tit. cum concordantibus suprà addu-
ctis num. 8. & 45.* Sed non magis hoc pertinet ad regu-
lam, quàm superiora : cùm regula concepta sit de indebi-
to per errorem soluto. Itaque cum ista omnia tam apertè
ad regulam non pertineant : valde stultum & ridiculum
est, illa excipere à regula, quæ non solum ea non conti-
neantur, sed etiam excludantur. Suntque omnino exce-
ptiones similes his : si quis dicat, indebitum solutum re-
peti posse, nisi sit debitum: aut si quis leget omnes libros,
quos habet in bibliotheca, exceptis statuis & imaginibus?
quasi scilicet quisquam tam esset stultus, qui putaret, de-
bitum indebiti appellatione, aut statuas appellatione li-
brorum contineri, ut hæc ex prioribus excipi oporteret.
*Atque hoc ita eleganter declarat Donellus lib. 14 Comment.
de jur civ. 15 pag. 273. quem referunt etiam, & sequuntur
Petrus Heigius hic n. 23. & Dn. Collega Bocerus class. 2.
disp. 8. thes. 21. edit. 2.*
Restat actio, qua indebitum solutum repeti potest : 88
quæ condictitia actio à Justiniano vocatur. *in hoc §. nostro*
frequentius condictio indebiti. *tot. tit. ff. & C. de condict.
indeb.* nonnunquam indebiti actio. *l. si fidejussor. 29. §. hoc
idem. 3. in fin. ff. mandati. l. servus 24. in princ. ff. de actio-
nib. empt* quandoque actio condictionis. *l. 1. ad finem. C. de
condict. indebit. l. 2. C. de condict. ob causam dator* inter-
dum indebita condictio. *l. indebiti soluti. 15. §. 1. in fin. ff. de
condict. indebit.* & sæpiùs simpliciter condictio. *l. 2. in fin. l.
ea, quæ 4 & l. seq. C. d. tit. d. l. indebiti. 15. in princ. & §. 1. d. l.
si non sortem. 26. §. adeò. 7. cum §. seq. & §. si decem. 13. l. in-
terdum. 29. in fin. l. si in area. 33 l. is. cui 34 in fin. l. servum
meum. 37. l. si is, qui 45 l. dominus 53. l. ex his omnibus. 54.
l. sufficit. 56. l. in summa 65. §. sed agere 3. & l. seq ff. eod.*
Eaque competit non tantum ei, qui solvit indebitum per 89
errorem : sed & heredi ejus : adversus eum, qui in solu-
tum accepit, & ejus heredem, *l. si fundi. 22. l. qui heredis.
46. ff. de condict. indebit. l. si à parte. 5. C. eod.*
Nec obstat, quòd defunctus, qui non repetiit indebitum, 90
donasse videatur, *argument l. cùm hic status. 32. §. 1. ff. de
donat. inter vir. & uxor.* ac proinde heredi condictio hæc
non accommodetur. *Nam* in dubio nemo donare præsu-
mitur. *l. cùm de indebito 25. circa princip. ff. de probationib.*
& conjunx *in d. l. cùm hic status*, nequaquam donasse,
quod non repetiit, sed ejus donationem expresse factam
confirmasse censetur.
Nihil quoque movet, quòd condictio sit actio in per- 91
sonam : ideoque personam accipientis non egrediatur, nec
heres ejus teneatur, *argument. l. usus aquæ. 21. ff. de usu &
habit. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. ext.
eod. tit in 6.* Heres enim & defunctus pro unâ eademque 92
persona habentur. *Novell. 48. in fine præfationis* idque
in omnibus contractibus & obligationibus perpetuum est,
ut eadem obligatione teneantur heredes, qua tenebatur
defunctus. *Sed vide Cludium uberiùs hæc explicantem
in Commentar. de condict. indebit. cap. 5. num. 15 cum
aliquot seqq. & cap. 6. numero 1. & 69. cum sequentib.
pag. 312.*
Sanè haud novum est : ut, quod alius solvit, alius re- 93
petat, *l. nec novum. 5. l. cùm indebitum. 57 l. tutores. 61.
ibique Gothofred. ff. de condict. indebit. & ibidem Duaren.
cap. 8.* Inde convenienter quæsitum est: an procuratori,
qui indebitam solvit pecuniam, & an contra procurato-
rem, qui indebitum accepit, condictio competat : an ve-
rò domino, & contra dominum detur? Et si dominus ra-
tum non habuerit, procuratori, & adversus procurato-
rem competere, sin ratihabitio domini intercesserit; ipsi
domino, & adversus dominum dari, responsum est. *l. si
procurator. 6 ff. de condict. indebit. l. si procuratori 14. ff. de
condict. caus data. caus. non secut. Donell. libr. 14. Comment.
de jur. civil capit. 18 pag. 281 & seq Clud. d. c. 5. num. 91.
cum seqq. & d. capit. num. 16 & seqq.* Quòd si duo rei, aut
reus & fidejussor, qui decem debebant, viginti pariter sol-
verint: Celsus ait, singulos quina repetituros. *l. si pœnæ. 19.
§. ult cum l. seq. ff. de condict. indebit.* Si verò non pariter
sed diversis temporibus solverint : is qui posterius solvit,
indebiti condictionem habet. *l. cùm duo. 2. l. ult. § Titius.
2. ff. d. tit.* At quid, si quis pro reo, qui indebitum promi- 94
sit per errorem, fidejusserit & solverit : reonè, an fidejus-
sori condictio competet? Et, si rei nomine solverit, reus
condicet: sin suo, ipse fidejussor à stipulatore repetet. *l. in-
debitam pecuniam. 47. ff. de condict. indebit. Cujac. lib 8.
observat. cap. 9. Clud d. c. num. 94 & seqq.* Cæterùm si
quis pecuniam indebitè solutam bona fide consumpserit,
vel casu aliquo perdiderit : adversus eum hanc condictio-
nem

Digitized by Google

nem non dari, nisi quatenus locupletior invenitur, æquitati consonum putatur. *l. idem est, 3. vers. scilicet quod.* &c. *l. nam hoc natura.* 14. & *l. hæc condictio.* 66. *ff. de condict. indebit. Jason num.* 7. & *Zasius num.* 6. *in l. indebiti.* 25. ⸿. *sed & si nummi. ff. eod. Molin. in tractat. divid. & individ part.* 2. *num.* 139.

95 Petitur autem hac actione condictitia vel id ipsum quod solutum est: vel tantundem, sive ejus æstimatio. *l. quod indebitum.* 7 *l in summa.* 65. §. *in frumento.* 6. *ff de condict. indeb. l si operas.* 25. *in fine. ff. de præscript. verb.* &c. Ipsum sanè corpus seu species, quæ data est, petitur, reddique debet, si extet penes accipientem: æstimatio verò reddenda est, si vel species soluta non extet penes accipientem; is tamen ex ejus alienatione factus sit locupletior: vel res, quæ pondere, numero, aut mensura constat, soluta sit. *l. si non sortem.* 26 §. *libertus.* 12. *vers. sed hæ inquit. ff. de condict. indebit l.* 2. *in princip* & ⸿. 1. *ff. de reb. credit. l res in dotem.* 42. *ff. de jur. dot* Cujac. *in Paratitl. C. de condict. indebit. Donell. d lib.* 14 *Comment. de jur. civil cap.* 18. *pag.* 283. *n* 50. *ibique Hiliger. in suis notat. lit. D. Bocer. class.* 2. *Disputat* 8. *thes.* 25. *edit.* 2. *latè Clud. dict. Commentar. de condict indebit. cap.* 7. *num.* 17. & *seqq. part* 324. Quòd si quis ad res duas disjunctim obligatus, putà Titium vel viginti, utrumque per errorem solvat: in arbitrio ipsius solventis est, utrum repetere velit. *l. penult. Cod. de condict. indebit.* Quemadmodum, qui hominem generaliter promisit? Stichum autem, existimans eum se promisisse, præstet: Stichum repetere, & alium quemlibet dare poterit, *teste Juliano in l. cum is, qui Pamphilum.* 32. §. *ult. ff. eod. tit. D. Bocer. d Disputat.* 8. *thes.* 26. *Hunn. d. lib* 3. *var. resolut. jur. civ. tract* 3 *part* 2. *quæst.* 10. *pag.* 912. & *seq. Linglois d. decis. Justin.* 10. *quæst.* 2. & 3. *fol.* 105.

96 Cui non reclamat Celsus *in l. si is, cui legatus* 19. *ff. de leg.* 2. ubi ait solventi Stichum, cùm ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, repetitionem neutiquam competere. *Nam* (non attentis variis aliorum solutionibus, *Bartoli, Baldi, Jasonis & Fulgosii in dict. leg. cum is.* 32. ⸿. *ult. ff. de condict. indebit. nec non Cujacii libr.* 8. *observation. cap.* 35.) rectiùs nonnulli respondent: sententiam Juliani in contractibus; Celsi verò in ultimis voluntatibus obtinere & quod hoc casu ex contractibus indebitè solutum est, posse repeti: quod autem ex ultimis voluntatibus non æque: idque specialiter favore ultimarum voluntatum receptum esse. Quamvis enim regulariter aliàs in alternativis promissoris sive debitoris aut rei electio sit. *l. plerumque.* 10. § *ult ff. de jure dot. l.* 2. § *Scævola.* 3 *ff. de eo, quod cert. loc. l. ubi autem non apparet.* 75. § *qui illud aut illud* 8. *ff. de verb. oblig. Cap. in alternat.* 70. *de reg. jur. in* 6. in ultimis tamen voluntatibus ad eum, qui creditoris vicem sustinet, electio spectat. Unde jura nostra legatario, qui creditoris loco esse censetur, electionem concedunt, quando illi generaliter, vel sub alternatione aliquid legatum fuerit. ⸿. *si generaliter.* 22. *supr. de legat. l. planè.* 34. ⸿. *penult. l. legato.* 37. *in princ. ff. de leg.* 1. & *l. Lucio Titio.* 23. *ff. de legat.* 2. *Alciat. in l.* 2. §. 1. *ff. de verb. obligat. Robertus libr.* 1. *sentent jur. cap.* 9 *Costalius in l. si pœna.* 19. ⸿. *ult. ff. de condict. indebit. Pacius in d. l. penult. C. eod.* & *cent.* 4. ἐναντιοφανῶν. *quæst.* 7. *hosque laudans Cludius d. Comment. de cond. indeb. c.* 3. *n.* 78. & *seqq. Linglois d decis.* 10. *quæst.* 4. *num.* 10. & *seqq.*

98 Similiter illi, quod *ex d. l. penult. C. de condict. indebit.* notatum est, in alternativis debitori, qui utrumque & Titium & viginti per errorem solvit, electionem repetendi permitti, non obloquitur textus *in l. si non sortem.* 26. §. *si decem.* 13. *in fine. ff. d. tit.* ubi utroque simul soluto, & quinque & Sticho, in debitoris voluntate positum non est, repetere utrum velit: sed in creditoris arbitrio consistit, vel quinque retinere, vel Stichum; & vel quinque restituere, vel servum Stichum. *Respondetur* enim: sententias veterum Jurisconsultorum hac de re olim variasse. Ulpianus siquidem, Celsus & Marcellus voluerunt: debitori, utroque soluto, electionem ampliùs non concedendam; sed creditoris, qui accepit, arbitrio permittendum, reddere utrum velit. *d. l si non sortem.* 26. §. *si decem* 13. *ff. eod.* Papinianus verò, & Julianus contrarium affirmarunt debitori videlicet electionem dandam esse repetendi, quod velit, non creditori electionem restituendi *dict. leg. penultim. C. eod. tit.* Atque hanc posteriorem sententiam, rejecta Ulpiani & aliorum opinione, Justinianus approbavit; adeoque postremam partem *dict.* § *decem in dict. l. si non sortem.* correxit, *per dict. l. pen. C. eod.* sicuti non insulsè, *post Accursium ibidem. Cujacium d. lib.* 8. *observat. cap* 35. *Borcholten in Commentar. de compensationibus c.* 1. *n.* 47. *cum seqq.* & *Duarenum ad tit ff. de cond. indebit. cap.* 9. annotavit novissimè Cludius *dict. cap.* 3. *num.* 66.

Non item refragatur *l. planè si duos.* 11. *ff. de condict. indebit.* ubi in alternativis repetitio & electio non debitori, sed potiùs creditori datur. *Multum* namque interest, utrùm duo, qui illud aut illud debuerunt, pariter ambo utrumque solvant, an verò unus, qui idem debuit, solus solvat utrumque. Cùm unus solvit utrumque, quod disjunctim debuit, is ut electionem dandi antè habuit: ita & post solutionem electionem, utrum velit, petendi habet, & potest etiam habere: quia duæ res ab eo disjunctim debitæ electionem hanc admittunt, *dict. leg. penultim. C. eod.* At cum duo duas res eodem modo debuerunt, & singuli unam solverunt, id est, ambo pariter utramque: non possumus singulis electionem dare, utram petant; cùm singuli unam à se solutam repetant: manifestum sit autem, in unam rem, quæ a singulis petatur, electionem non cadere: sic fit, ut hoc casu, electione petendi singulis ademta, soli creditori, quid reddat, & cui reddat, electio relinquatur. *d. l. planè.* 21 *ff eod. Donell. d. lib.* 14 *Comment. de jur. civ c.* 18 *pag* 275 *num* 30 *Idque copiosius explanat Cludius dict. cap.* 3. *num.* 80. *cum aliquot sequentib. ubi & aliis objectionibus respondet.* 100

Porrò cum indebiti condictio naturalis sit (non aliam ob causam sic dicta, quàm quòd naturæ, id est, boni & æqui regula utitur ad res exigendas, quas in rebus nostris, quæ sine causa ad alium pervenerunt, præstari æquum est *argum. l. nam hoc natura.* 14. & *l. penult. de condict. indebit.*) ideo etiam, quod rei solutæ accessit, ut fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus, item merces habitationis, in illam venit, *l. indebiti.* 15. *in princ.* & *l in summa.* 65. ⸿. *ei, qui indebitum.* 5. *cum* §§ *seqq. ff. d. tit.* & *ibidem in Paratitl Wesenbec. num. ult. Donell. d. cap.* 18. *pag.* 286. Nec obstat, accipientem lucrari debere fructus consumptos: cùm habeat titulum pro soluto, itemque bonam fidem: siquidem ignoranter acceperit, *arg.* §. *si quis à non domino.* 25 *supr. de rer. divis.* Nam fructus consumptos tum demum lucratur, quando ex titulo debitum verum resultat. *l. si ullus* 33. *ff de rei vindicat.* Aliter se res habet, quando debitum falsum est, *ut hic & l. si non sortem.* 26. § *libertus.* 12 *ff. de condict. indebit Clud. d. Comment. de condict. indeb cap.* 7. *num.* 80. *pag.* 240. 101 102

Quæri hoc loco opportunè solet: an judex, qui reum, probationibus id ipsum exigentibus, ad redditionem pecuniæ, indebitè acceptæ, condemnat, simul eundem in usuras condemnare possit? Et non posse, satis expressè decidit Imp. Antonius *l* 1. *vers. usuras autem C. de cond. ind.* ubi hanc addit rationem: *quia actione condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.* Obligatio quippe hic non nascitur, nisi quatenus res data reperitur. *l. si tibi decem.* 17. *in princ ff. de pactis.* Usuræ autem datæ non sunt: proindeque actione hac repeti non possunt. Eodem facit textus *in l quotiens.* 4. *ff. de cond. ob turpem caus.* Et ea de re vide fusiùs dissertantem Cludium *prædicto comment. de condict. indebit. cap.* 10. *num.* 59. & *multis subseqq.* 103

Quæri item solet de eo: nunquid, si huic actioni renunciatum sit, nihilominus ea intentari possit? Et multi quidem autumant, renunciationem specialem indebiti condictionem impedire, non item generalem. *Fulgosius & Costalius in l. ultim.* §. *idem quæsiit.* 3. *ff. de condict. indebit. Aretinus in l. si quis cùm aliter.* 36. *col. ultim. ff. de verb. obligat. Alexand. consil.* 12. *num* 8. *vol* 1. *Imol. in c. cum contingat. num.* 54. *ext. de jurejur.* & *in c. penultim. num.* 16. *de empt. & vend. Covarruv. lib.* 2. *variar. resolut cap.* 4. *num.* 4. *hosque referens Cludius dict. Commentar. cap.* 5. *num.* 19. *Quibus addatur Richter in tract.* 104

de

de contractibus, disput. 3. th. 14 ad lit. c. pag. 87. Verum neque generalem, neque specialem renunciationem obstare, quò-minus indebiti condictio possit à renunciante intentari, & receptius videtur & probabilius: tum per textum evidentem *in d.l.ult. §.idem quæsit. ff. de condict. indebit.* tum quia idem error est in utraque renunciatione, qui est in principali solutione; & sicuti per errorem indebitè solvitur; ita & indebitè renunciatur: ac proinde error iste renuncianti non præjudicat, *argum l. sol. exceptio.*
105 *19 vers. diversum est. ff. de novationib.* tum quia errantis nullus planè est consensus. *l. si per error. 15. ff. de jurisd.* tum
106 denique quia nemo intelligitur renunciare juri suo, quod vel ignorat sibi competere, vel dubitat, *argum. l. mater decedens. 19 in princ. ff. de inoffic. testament. & l. in repudianda. 23. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Atque ita tradiderunt *Bartolus, Paulus de Castro, & cæteri in d.l ult. § quæsit. ff. de condict. indebit. Jacob Butr. Guilielm. de Cuneo, Albericus de Rosat. & Jason in l. 1. ff. eod. ibidemque Duarenus cap. ult. vers. alia quæstio est de renunciat. &c. nec non Hilliger. in Donello enucleato, lib. 14. c. 18. ad lit. a. ubi & alii citat.*

107 Postremò & illud quæri assolet: an hæc condictitia actio cum rei vindicatione concurrat? Sed haud dubium est, non concurrere. Is enim, qui solvit, transfert dominium rei solutæ in alium, licet per errorem solvat. *leg. dominus. 53. ff. de condict. indebit.* ubi a Proculo distinguitur: an dominium translatum sit in accipientem, cui jam solutio facta est, an non sit: ut, si dominium translatum sit; quoniam scilicet soluta res est ab eo, qui potestatem ejus alienandæ habebat; cesset rei vindicatio, & competat condictio. Si autem dominium translatum non sit; quia is, qui solvit, mansit dominus; competat rei vindicatio. Is siquidem, qui experitur actione in rem, contendit se dominum esse. *l. in rem. 23. ff. de rei vindicat.* Qui verò experitur condictione indebiti, petit dominium in se transferri: quæ utique repugnantia esse, nemo non animadvertit, *docente Duareno in Commentar. ad d. tit. de condict. indeb. cap. ult. in fine.*

§. *Item is.* 2.

Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commendatur, re obligatur: & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat: & ob id de eâ re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit: veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumvè incursu: nihilominus obligatus remanet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur: nec sufficit, ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est; si modò alius diligentior poterat eam rem custodire: sed propter majorem vim, majoresvè casus, non tenetur; si modò non ipsius culpa is casus intervenit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferrè malueris, & vel incursu hostium prædonumvè, vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur; si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioqui mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

SUMMARIA.

1 *Commodatum unde derivetur.*
2 *Commodati definitio.*
3 *Commodatum est contractus realis.*
4 *Commodatum in quo differat à locatione.*
5 *Commodatum quomodo differat à deposito, pignore, & mutuo.*
6 *Commodatum & precarium in quibus differant.*
7 *Commodatum in quo distinguatur à mutuo.*
8 *Commodatum contrahere qui possint.*
9 *Impuberes sine tutore suo commodare alii res suas nequeunt.*
10 *Impuberes & minores commodatum accipientes, qua actione teneantur.*
11 *Quod de impubere statuitur; idem de pubere minore, itemque prodigo, sine curatoris sui consensu commodatum contrahente, intelligendum.*
12 *An, si libero homini, mihi bona fide servienti, quasi servo, rem commodavero, commodatum consistat.*
13 *Quæ res in commodatum cadant.*
14 *Ecquid res alienæ commodentur.*
15 *Quæ res in hunc commodati contractum non veniant.*
16 *Commodati contrahendi modus vel substantialis, vel accidentalis.*
17 *Sensus & intellectus l. rem mihi, 21. §. 1. ff. commodati.*
18 *Explicatio Novell. 99. cap. 1. & auth. hoc ita. Cod. de duob. reis stipul.*
19 *Quæ pacta adjici possint commodato.*
20 *Ex commodati contractu quæ obligatio nascatur.*
21 *Directa commodati obligatio quæ.*
22 *Ut contractus obligationem; ita obligatio actionem parit.*
23 *Commodatarius quam culpam præstare teneatur.*
24 *Sensus & lectio hujus. § 2.*
25 *Verba pro subjecta materia sunt accipienda.*
26 *Adverbii (sanè & planè) gradum addunt.*
27 *Intellectus l. si, ut certo. 5. §. custodiam. 5. ff. commodati.*
28 *Quod uni legi deest, ex alia supplendum est.*
29 *Consideratio l. 3. ff. de peric. & commod. rei vend.*
30 *Similitudo & dissimilitudo inter commodatum & precarium.*
32 *Quando dolus, lata & levis duntaxat culpa, in commodato præstetur.*
32 *Quando dolus tantùm, & lata culpa.*
33 *De casu fortuito non tenetur commodatarius.*
34 *Quibus casibus etiam casus fortuitus præstetur in commodato.*
35 *Num ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficiat pactum generale de omni periculo præstando: an vero requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur.*
36 *Omnium pactorum fides servanda.*
37 *Tantum valet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum.*
38 *Summa l. si quis domum. 9. §. 2. ff. locati.*
39 *Summa l. quæ fortuitis. 6. C. de pignor. act.*
40 *Sententia l. juris gentium. 7. §. 15. ff. de pact. & l. & Aristoni. 39. ff. mandati.*
41 *Sententia l. litis. 37. §. 1. ff. de negot. gest.*
42 *Summa l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor. & curat.*
43 *Dictio periculi quam significationem recipiat.*
44 *Intellectus l. negotium. 22. Cod. de negot. gest. & l. 1. Cod. depositi.*
45 *Declaratio l. sed & si quis. 4. §. 4. ff. si quis cautionib. &c.*
46 *Expositio l. 1. C. de commodato.*
47 *Leges Codicis semper sunt restringendæ ad casum propositum.*
48 *Utrùm commodatarius, si rem per nuntium remiserit, re perempta, liberetur.*
49 *Quando commodatarius extra culpam esse censeatur.*
50 *Commodatarius eandem speciem tempestivè, & tempore locoque opportuno, commodatori restituere tenetur.*
51 *An compensatio in commodato habeat locum.*
52 *Summa l. ult. C. de commodato.*
53 *Compensatio tantùm in quantitatibus, non in speciebus, procedit.*
54 *Sententia l. creditoris. 15. §. ult. & l. si is, qui rem. 59. ff. de furt.*
55 *Intellectus l. in rebus commodatis. 18. §. fin. ff. commod.*
56 *Sententia l. ult. C. de compensationib. & §. in bonæ fidei. 30. Inst. de actionib.*
57 *In commodato non solùm ipsa res principalis, sed & ejus accessio restitui debet.*
58 *An, sicuti ob dolum, ita etiam ob latam culpam commodatarii, sive cujuscunque Rei, rem non restituentis, vel non exhibentis, in litem juretur.*
59 *Lata culpa non solum dolo comparatur, sed & dolus appellatur.*
60 *Sententia l. in actionibus. 5. §. 3. ff. de in lit. jurand.*
61 *Dictiones taxativæ (tantùm, solùm, duntaxat. &c.) casus similes non excludunt.*
62 *Quatenus dolus in actionibus ad latam culpam non producatur.*
63 *Cujus temporis æstimatio rei commodatæ in judicio fieri debeat.*
64 *Sensus & explicatio l. vinum 22. ff. de reb. cred. & l. ult. ff. de condict. tritic.*
65 *Directa commodati actio cum quibus actionibus concurrat, & cui, & adversus quem competat.*
66 *Commodator ad quas præstationes commodatario adstringatur.*

67 Si

67 *Si quispiam ad certum usum & præfinitum tempus rem commodet: an finito tempore, nedum tamen impleto usu, rem à commodatario repetere possit.*
68 *Commodator damnum, quod per causam commodati contigit, commodatario resarcire tenetur.*
69 *Quas impensas commodatario refundere commodator necesse habeat.*
70 *Contraria commodati actio cui, & contra quem detur.*
71 *Contraria ista actio cur sic dicta.*
72 *Directæ commodati actionis formula.*
73 *Contrariæ actionis forma.*
74 *Si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei judicium ad rem suam recuperandam competat.*
75 *Furti actio quibus accommodetur, & quid persequatur.*
76 *Quando actionibus in factum, officio judicis, &c. locus relinquatur.*
77 *Condictio incerti, itemq; condictio ex injustâ causâ, commodatario adversus furem conceditur.*
78 *Opinio Boceri, judicis officium nobile hoc casu habere locum putantis, refellitur.*
79 *Intellectus l. interdum. 56. §. 1. ff. de furt.*

1 TErtia species obligationis, quæ re contrahitur, est
commodatum; à commodandi verbo derivatum:
quod generaliter, latè & impropriè significat, inservire
alicujus commodis, vel alicui quoquo modo prodesse: ita
ut etiam pro mutuum dare. *l. fin. C. de his, qui ex publicis
rationibus mutuam pecuniam acceperunt.* & contra mu-
tuare pro commodare ponatur. *l. item legato. 49. §. 2. ff. de
legat. 3. l. quæsitum. 12. §. si quis. 14. ff. de instructo, vel in-
strument. leg. Mantica, de pac. & amb. convent. lib. 9. tit. 1.
num. 1.* Ast in specie, sive propriè & strictè, ut hic, rem
aliquam gratis ad certum usum utendam concedere de-
signat: & hujus respectu non inconcinne dicitur com-
modatum, quasi cum modo, id est, certa forma utendi da-
tum: *uti tradiderunt Wesenbecius in Paratit. l. ff. hoc tit.
n. 2. ibidemque Duaren. cap. 1. Conn. lib. 7. Comment.
jur. civil. c. 3. n. 1. Oldendorp. class. 4. act. 15. in princ. Hil-
liger. in Donell. enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. A. Dn. Obrecht.*
2 *Disput. 13. thes. 2. & seqq.* Definitur itaque commoda-
tum haud ineptè contractus, re initus, nominatus, juris
gentium, bonæ fidei: quo res gratis, certum ad usum, eâ
lege conceditur; ut eadem ipsa in specie, finito usu, resti-
tuatur. *Vide Althusium lib. 1. Dicæolog. cap. 69. num. 2.
p. 240. & Kniphschildt exercitat. Acad. 3. th. 5. p. 90.* Com-
modatum esse contractum, re initum, nominatum, juris
gentium, bonæque fidei, liquescit *ex l. juris gentium. 7.
§. 1. ff. de pact. l. in commodato. 17. § sicut. 3. vers. geritur enim
ff. commodati. hoc §. nostro. in verb. re obligatur. item §.
actionum autem 28. infr. de actionib. l. 1. §. is quoq; 3. ff. de*
3 *obligat. & act. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.* Dixi in de-
finitione, *quo res*: quia hic contractus non oritur, nisi
res interveniat; sive ea mobilis sit, ut vestis; sive mo-
vens, ut equus; sive immobilis, ut fundus. *l. 1. §. 1. ff. com-
modati. & latius explicabitur infra n. 13.* Dixi quoq; *gra-
tis*, per hunc §. *nostrum. in fine. l. si, ut certo. 5. §. rem tibi
12. ff. commodati. leg. si gratuitam. 17. §. si cum unum. 3. ff.*
4 *de præscript. verb.* Eaque nota distinguitur commodatum
à locatione & conductione. Tametsi enim in locatione
atquè, ac in commodato, res utenda conceditur: com-
modatum tamen gratuitum est: in locatione verò mer-
ces pro usu rei intervenit, *initio tit. Inst. de locat. & conduct.
l. 2. in princ. ff. locati. Timæus Faber disput. 22. ad Insjut. Im-
perial. th. 10. lit. b.* Dixi item, *certum ad usum*, arg. *hujus
§. & d. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act.* Atque
istis verbis commodatum discriminatur à deposito, & pi-
5 gnore, itemque mutuo. Nam si creditor pignore, & depo-
sitarius re depositâ usi fuerint, furtum committunt. *§. fur-
tum autem fit. 6. vers. itaq; sive creditor. infr. de oblig. quæ ex
del. nasc.* Similiter in mutuo res non ad usum, sed potiùs ad
abusum datur. Res etenim, quæ mutò datur, talis esse de-
bet, ut usu consumatur, *velut constat ex princ. hujus tit. l. 2.
§. 1. ff. de reb. cred. & d. l. 1. § 2. ff. de obl. & act.* contrà quæ
commodatur, talis esse debet, ut usu non consumatur. Ne-
que enim potest commodari id, quod usu consumitur; nisi
fortè ad pompam vel ostentationem (dicis gratiâ, hoc est,
perfunctorie tantùm, *arg. l. 1. §. excusantur. 34. ff. ad SC. Si-
lanian.* vel ditis gratiâ, i.e. ad ostentandas divitias *arg. l. si
ego. 18. in fin. ff. de reb. cred.*) quis accipiat, inquit Ulp. *in l.*

3. §. ult. ff. commodati. Usus quippe abusui contrarius est. 6
*Duar. d. c. 1. circa medium Osterman. in suis rationalib. hic
pag. 67.* Sed & iisdem verbis commodatum secernitur à
precario, quod commodato est simillimum. *l. 1. § fin. ff. de
precario*: quia utroque usus rei gratis conceditur: &
utrumque ad libertatem & beneficium magis, quàm ad
negotium contractum pertinere videtur. *l. interdictum. 14.
ff. de precar. d. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commod.* Diffe-
runt tamen cùm aliis in rebus, tum hac maximè: quòd
commodatum certum utendi modum, certumque finem
accipienti præscribit; quem transgredi commodatario non
est licitum. *d. l. si, ut certo. 5. § quinimo & dict. l. 17. §. sicut.
ff. eod.* Sed precarium neque certum utendi tempus, ne-
que certum modum præfinit: proindeque pro arbitrio
concedentis revocari potest. *d. l. 1. & 2. ff. de precar. Vultejus
hic n. 7. & seqq. Mynsinger. n. 3 Borcholt. n. 7. Donell, lib. 14.
Commentar. de jur. civil. cap 2. pag. 218. n. 50. Petr. Gre-
gor. in syntagm. juris univers. lib. 23. cap. 1 n. 8. Althus.
d. lib. 1. Dicæolog. cap. 69. n. 11. cum seqq. pag. 241. Andr.
Gerhard. d. decad. 13. quæst. 1. Oleman. ad Disp. 25. Giphanii
n. 4. Formannus Disp. 20. thes. 4. ad lit. b. Arnoldus Vinnius
lib. 2. Jurisprud. contracta. cap. 24. pag. 73 Martin. Bo-
nacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quæst. 15. n. 1.
pag. 685. & Hoslichius progymnasmat. decuria 6. posit. 3.
lit. A.* Licèt aliter sentiat Nicolaus Bellonus *lib. 2. supputa-
tion jur. cap. 13. n. 2.* Dixi denique, *eadem ipsa in specie
restituatur.* Quâ notâ rursus commodatum distinguitur à
mutuo; in quo non redditur eadem species, sed idem ge-
nus, *ut diximus suprà initio hujus tit. dict. l. 2. in princ. & §.
1. ff. de reb. credit. Stuck. part. 1. exercit. Justin. decad. 10.
assert. 4. lit. b.* Et quidem res non deterior est restituenda:
siquidem propriè haud reddita dicitur, quæ deterior red-
ditur. *l. 3. §. 1. & l. in rebus. 18. §. 1, ff. commodati. Timæus
Faber d. disp. 22. th. 16. ad lit. d.*
Contrahere autem commodatum queunt omnes, qui 8
consentire possunt *l. 1. § convent. ff. de pact. leg. in omnibus
55. ff. de obligat. & act. leg. in negotiis. 5. ff. de regul. jur.* In
personâ igitur furiosi & infantis commodatum non con-
sistit, *l. 2. ff. commodat. leg. furiosi. 40. ff. de regul. jur. §. sed
quod diximus. 10. supr. de inutil. stipulat.* Surdum verò
commodatum contrahere posse, non dubium est, *leg. in
quibuscunq; 48. ff. de obligat. & action.* Et sane in primis
puberes, ut sui juris, sic & filiifamilias hunc contractum
celebrare possunt. *leg. 1. fin. ff. de commod. l. filiusfamil. 39.
ff. de obligation. & actionib.* Etenim impuberes sine tuto- 9
ris sui auctoritate commodare alii res suas nequeunt, *leg.
obligari. 9. in princip. & § 1 & 2. ff. de auctorit. & consens.
tutor. leg. obligari 43. ff. de obligationib & actionib. initio tit.
suprà, de auctorit. tutor. ubi id explicui fusius n. 4. & seqq.*
nec ipsi, si absque tutore commodatum accipiant, obli-
gantur: nisi quatenus locupletiores facti fuerint. *dict. leg.
1. § ult & l. 3. in princip. ff. commodat. leg. pupillus 5. in prin-
cip. ff. de auctoritat. & consens. tutor.* Tametsi de re com- 10
modata restituenda ad exhibendum actione, & rei vindi-
catione teneantur, ut & furiosus. *leg. 2. ff. commodati. leg.
furiosus. 46. ff. de obligationib. & actionib.* Hujusque ra-
tio est perspicua: quia valde iniquum esset; eum, qui
tenet rem alienam, nullâ actione teneri: propterea
quòd is justæ ætatis non sit, vel non sit sanæ mentis.
Ratio autem, cur actione ad exhibendum magis, quàm
actione commodati teneantur furiosus & impubes, hæc
est: quoniam judicio consensuque carent: & tunc obli-
gantur, cùm ex re obligatio venit, id est: ex facto aliquo,
in quo non est necessarium judicium pupilli vel furiosi.
*dict. leg. furiosus. 46. ff. de obligationib. & actionib. Duaren.
ad tit. ff. & Cod. de commodat. cap. 7.* Cæterum quod de 11
impubere, absque tutoris auctoritate commodatum con-
trahente, jam dictum est: id etiam de pubere minore,
itemque prodigo, sine curatoris sui consensu contractum
commodati ineunte, exaudiendum est, *leg. si curatorem.
3. Codic. de in integr. restitut. minor. l. 1. & 2. Codic. si
advers. credit. l. is, cui bonis. 6. ff. de verbor. obligation. dict.
leg. furiosi. 40. ff. de regul. jur. D. Collega Bocer. hic n. 16.
pag. 180. & class. 2. Disput. 10. thes. 5. edit. 2.* Si libero
homini, qui mihi bonâ fide serviebat, quasi servo, rem
commodavero, an commodatum consistat, ambigitur?

Digitized by Google

12 Sed distinctione res expedienda est. Aut enim liber ille homo ignarus fuit suæ conditionis: aut non. Priori casu commodatum non consistit: sed ad innominati contractûs naturam quam-proximè accedit. Posteriori verò casu vires obtinet, *leg. is, qui commodatum.* 13 *§. 2. ff. commodat, junctâ leg. liber.* 19. *in fine.* & *leg. homo liber.* 54. *in princip. juncto §. 1. ff. de acquir. rer. domin.* & *leg. liber homo.* 118 *in princip. ff. de verbor. obligat. D. Bocer. d. Disput.* 16. *thes.* 6.

13 Res, quæ in commodatum cadunt, sunt non solùm mobiles, sed & immobiles, non tantùm corporales, verùm etiam incorporales. Unde & habitationem commodari posse, Vivianus asserit. *l. 1. §. 1. ff. commodat.* quamquam de eo Ulpianus subdubitet *l. si gratuitam.* 17. *in pr. ff. de præscript. verb.* Sed & servitutes ad certum tempus concessæ alicui commodabuntur, vel potiùs accommodabuntur, id est, aptabuntur usui alicuius, permittendo alicui illas uti, *tradente Petro Gregorio Tholosan. in syntag. jur. univers.*
14 *d. lib.* 23. *cap.* 1. *n.* 2. Commodantur quoque res tam alienæ, quam propriæ. *l. commodare.* ideoque fur, sive prædo (siquidem dominii translatio ad hanc obligationem contrahendam necessaria non est. *leg. rei commodatæ.* 8. & *l. seq. ff. d. tit.*) commodare possit *l. ita ut.* 16. *ff. eod. tit. l. non ab judice.* 64. *in princ. ff. de judiciis.* sed alii, quàm rei domino, *argumento l. bona fides.* 31. *§. 1. vers. si tamen ignorans. ff. depositi. Duaren. ad tit. ff. Codic. de commodato. cap.* 2. Fæ tamen res quæ usu consumuntur, veluti pecunia numerata, oleum, frumentum, &c. in hunc contractum non veniunt: nisi fortè (*ut jam supra dictum n. 5.*) ad pompam vel ostentationem commodentur, ut ditis gratiâ numerationis loco intercedant, & simulatâ illa numeratione absolutâ restituantur. *l. 3. in fine.* & *l. 4. ff. commodat.* sive (veluti ex glossis veterum Græcorum *ad d. l. 4. ff. d. tit.* interpretatur Cujacius *lib.* 10. *observat.* 37.) ut satisfiat solennitatibus
15 ..., quemadmodum in mancipationibus interveniebat ... nummus unus, dicis tantum gratiâ: sive ut dicere quis posset, se numerasse, perfunctoriè scilicet & simulatè, non serio & verè: *ut rectè docuit Duaren. d. cap.* 2. *in fin.* & *libr.* 1. *Disputat. anniversf. cap.* 47. *eumque referens Heigius hic n.* 9. & *Coras. libr.* 4. *miscellan. jur. civil. cap.* 8. *n.* 6. quamvis hic ibidem & alias expositiones recenseat. *n.* 2. & *seqq.*

16 Commodatum contrahendi forma sive modus, vel substantialis censetur, vel accidentalis, *docente D. Collega Bocero class.* 2. *Disputat.* 9. *thes.* 10. *edit.* 2. & *in hoc §. num.* 24. *pag.* 180. Substantialis quidem quòd res commodatur gratis ad certum aliquem usum, *hoc § nostro. in fin. leg. si, ut certo.* 5. *§. rem tibi* 12. *ff. commod. l. si gratuitam.* 17. *§. si convenerim.* 3 *ff. de præscript. verb. l.* 1. *§.* & *ille quidem.* 4. *ff. de obligationibus* & *actionibus.* Accidentalis verò; quòd res quandoque commodatur pluribus: qui singuli, si species commodata sit, in solidum obligantur. *d. l. si, ut certo.* 5. *§. ult. ff. commodat. l. si duo heredes.* 22. *ff. deposit.* Hæc enim natura est correorum, ut singuli in solidum, & æquè principaliter obligentur, nullaque prorsus sit obligationis discrepantia. *l.* 2. *l.* 3. *§.* 1. & *passim. ff. de duob. reis constituend. Kupschild. exercitat. Acad.* 3. *quæst.* 4. *pag.* 100.

17 Cui non obstat textus *in l. rem mihi.* 21. *§.* 1. *ff. commodati.* ubi Africanus respondit: si quis duobus vasa quædam communi periculo commodaverit, & ea culpâ ipsorum surrepta sint, habiturum commodatorem actionem adversus eos pro cujusque parte; hoc est non adversus singulos in solidum, quamvis commune periculum fuerit. *Nam* ibi commodator non singulorum commodatariorum fidem in solidum secutus erat, sed amborum simul, qui conjunctim illorum in se vasorum periculum receperant. *Hotoman. illustr. quæst.* 19. *post medium. Cujac. in tract. ad African.* 8. *in explicatione dictæ l. rem mihi,* 21. *§.* 1. *D. Bocer. hic n.* 34. Vel in specie istius legis convenerat, ut divideretur periculum inter commodatarios: quia proponitur, vasa utenda communi periculo data esse. Ubi autem non apparet, hoc actum esse, in solidum tenentur. *Duaren. ad tit. ff.* & *C. de commodato. cap.* 8. *in fine. Jul. Pac. cent.* 4. *ἐναντιοφανῶν. quæst.* 42. *Rober. Disput.* 14. *thes.* 8.

18 Similiter non adversatur *Novell.* 99. *cap.* 1. & *Auth. hic ita C. de duob. reis stipulandi.* ubi deciditur, quòd hodie duo correi debendi pro virilibus tantùm portionibus conveniri debeant, non in solidum: nisi alter aut absens sit tempore judicii accepti, aut inops, aut renunciatum sit beneficio novæ constitutionis. *Etenim* Novella ista nequaquam abrogat, quòd duo rei in solidum exigi & conveniri possint: siquidem de iis duntaxat agit reis, qui vice mutuâ fidejusserunt. Ita quippe inscriptio Novellæ habet: περὶ ἀλληλεγγύων, id est, de duobus reis, qui vice mutuâ fidejussores accepti sunt. Sententia igitur Novellæ illius hæc est: Duo rei promittendi constituti sunt, ita ut singuli in solidum tenerentur: atque adjectum est: ut vice mutuâ fidejussores existerent, ut alter pro altero fidejuberet. (Non videntur autem vice mutuâ fidejussisse nisi id nominatim sit actum. *l. reo.* 11. *ff. de duob. reis constituend.*) Hoc casu Imp. Justinianus constituit; ut, si omnes solvendo & præsentes sint, habeant beneficium divisionis, hoc est, ut quilibet pro portione virili, non in solidum, obligetur. Ergo si simpliciter sine fidejussione duo rei sunt constituti: quilibet in solidum potest conveniri: nec reo convento licet allegare divisionis beneficium, quod non reis, sed fidejussoribus datur. Idque latiùs exponunt. *Cujacius ad dict. Novell.* 99. *Bronchorst. centur.* 4. *ἐναντιοφανῶν. assert.* 51. *Costal. ad l. vir uxori.* 17. *ff. ad senatusconsult. Vellejan. Paulus Berens Disputat.* 9. *them.* 2. *q.* 4. *Arumæus Exerc. Justin.* 13. *thes.* 9. *D. Bocerus hic n.* 35. & *seq. p.* 182.

Accidentalis quoque contrahendi commodatum mo- 19
dus est; quòd interdum ipsi commodato pactum aliquod adjicitur, putà de re commodatâ certo loco vel tempore reddendâ. *l. si ut certo.* 5. *in princ. ff. commodat.* & *tot. tit. ff. de eo, quod certo,* &c. item de non præstandâ à commodatario culpâ, vel de præstando etiam casu fortuito. *leg. contractus.* 23. *vers. sed hæc ita ff. de regul. jur.* Sed pactum, quo cavetur, ne futurus dolus præstetur, utpote bonis moribus è diametro contrarium, nec in hoc, nec in alio contractu valere potest. *leg. in commodato. in princip. ff. commodat. l.* 1. *§. illud.* 7. *ff. de deposit. l. si unus.* 27. *§. illud.* 3. *ff. de pact. dict. l. contractus.* 23. *vers. excepto eo. ff. de regul. jur.*

Nascitur ex hoc contractu duplex obligatio: directa 20
sive principalis, & contraria, *d. l. in commodato.* 17. *§.* 1. & *leg. seq. §. ultim. ff. commodat.* Directa commodati obligatio est, qua commodatori quid præstare commodatarius
tenetur. *l. in rebus.* 18. *§. ult. ff. eod.* Eamque duo afficiunt: 21
debitum, quod commodatarius præstare commodatori astrictus est: & actio, quâ debitum illud commodator persequi potest. Ut enim ipse contractus obligationem, sic obligatio actionem parit. *l. licet.* 42. *§. ea obligatio* 2. *ff. de*
procuratorib. Obligatio autem spectat debitum aliquod, 22
sive rem; quam, qui obligatus est, præstare alteri compellitur, *argument. principii. supr. de obligationib.* & *l. obligationum.* 3. *in princ. ff. de obligat.* & *actionib. D. Bocer. class.* 2. *Disputat.* 9. *thes.* 11. *ad lit. C. edit.* 2. Cæterùm debitum istud continetur duabus partibus: curâ videlicet rei commodatæ, & tempestivâ rei ejusdem restitutione. *Donell. libr.* 14. *Comment. de jur. civil. cap.* 3 *pag.* 221. *num.* 10.
Cura in eo consistit: ne commodatarius dolo, vel culpâ 23
suâ committat, ut res commodata pereat, aut deterior fiat. Et quia commodatum plerunque concernit solam utilitatem commodatarii, *d. l. si, ut certo.* 5. *§. nunc videndum.* 2. *ff. commodati.* idcirco ipse exactissimam custodiendæ rei commodatæ diligentiam, adeoque præter dolum & latam culpam, etiam culpam levem & levissimam evitare cogitur. *d. l.* 5. *§.* 2. *in fine, ibi, diligentiam.* & *d. l. in rebus.* 18. *in princ. ibi, diligentissimus ff. d. tit. l.* 1. *§.* & *ille quidem* 4. *ibi, diligentissimum ff. de oblig.* & *act.* ... *l. contractus.* 23. *ubi Petrus Fab. Cujac.* & *D. Bocer. cap.* 4. *n.* 6. *item Dertrio cap.* 8. *ff. de regul. jur. Constant. Hermenop. l.* 6. *Epitom. titul.* 2. *Wesenb. n.* 4. *Hotoman. enunciat.* 5. *Borcholt. n.* 4. *Heigius n.* 36. *Ricciard. n.* 46. *Bachov. n.* 5. *p.* 737. & *alii in hoc §. nostro. Pacius in Epitom. jur. Disp.* 12. *th.* 16. *Rober. Disputat.* 14. *thes.* 9. *Schneidewin. Disputat.* 12. *thes.* 5. *lit. c.* & *resolut. quæst.* 3. *Hanon. disp.* 13. *controv.* 8. *Matth. Stephani ... 3. quæst.* 29 *Paulus Berens Disput.* 9. *them.* 2. *qu.* 3. *Giphan. disp.* 25. *ad Instit. th.* 7. *ibique Oleman. in suis not. n.* 7. & *Hunnius lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 3. *part.* 3. *quæst.* 3. *pag.* 935.

Non

Digitized by Google

24 Non resistit huic sententiæ, quod in hoc §. nostro dicitur: eum, qui utendum accepit, exactam diligentiam præstare juberi. *Tum* quia pro voce *exactam*, legendum esse *exactissimam*, patet luculenter *ex d. l. 1 §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act.* unde hic §. desumptus est.
25 *Tum* quia verba pro subjecta materia sunt accipienda, & ex natura contractûs: alias superlativum non inesse positivo, rectè scribit Vultejus *lib. 1. disceptat. Scholasticar.*
26 *cap.* 15. Tum etiam quia hic § non dicit simpliciter: commodatarius *exactam diligentiam* præstare debet: sed, *sanè quidem exactam diligentiam.* Hoc autem perinde est, ac si diceret, valde exactam, sive exactissimam, ut Ulpianus *in d. l. 5. §. ff. commodat.* custodiam *plane* diligentem dixit, pro diligentissima. Articulos, *sanè & plane*, addere gradum, certum est. Stulte verò ac barbare scriberetur in hoc §. *sanè quidem exactissimam.* Est enim perinde, ut si diceres, valdè exactissimam, aut valdè diligentissimam. Itaque etiam *in §. ult. hoc tit.* Justinianus in pignore custodiendo, non requirit *sanè* quidem exactam, sed simpliciter exactam diligentiam. Et hoc ipso in §. cum ait, *si modò alius diligentior &c.* satis admonet, se intelligi velle, *exactissimam*, ubi dixit, *sanè quidem exactam.* Usurpari quippe in lingua Latina *sane*, pro *valde*, testatur hic in suis notis Marcilius *pag.* 468. *& seq.*

27 Sic non obstat *d. l. si, ut certo. 5 §. custodiam. 5. ff. commodati.* ubi Ulpianus diligentem duntaxat custodiam, non diligentissimam, à commodatario exigit. *Nam* primò ibi JC. non simpliciter custodiam, sed *custodiam plane dili-*
28 *gentem*, adeòque diligentissimam desiderat. Deinde, quod uni legi deest supplendum est ex aliis, quæ rem definit apertiùs, *arg. leg. incivile. 24 & leg. non est novum. 26. cum ll. seqq. ff. de legib. &c.* Atqui *ex d. l. in rebus. 18. ff. commodati & d. l. 1. §. 4. ff. de obligat. & actionib.* manifestum est; commodatarium accuratissimam diligentiam rei commodatæ adhibere debere. Ergo quod *in dict. leg. 5. §. 5. ff. commod.* de diligente custodia responsum est: de custodia diligentissima exaudiri debet. *Anton. Matth. hic in vers. nec sufficit ei &c.*

29 Nihil præterea refragatur *l. 3 ff. de pericul. & commod. rei vendit.* ubi Paulus in hæc verba respondit: *Custodiam venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodata est: ut diligentiam præstet exactiorem, quàm in suis rebus adhiberet.* Ea namque lex referenda est ad casum, qui proponitur *in §. 1. legis proxime præcedentis.* Ibi autem agitur de casu, quo emptio & venditio nondum omnino perfecta est: hoc est, quo vinum ad mensuram venditum, nondum admensum est. Ideoque venditor ea specie merito, præter dolum, latam & levem culpam, etiam culpam levissimam præstat: de qua & commodatarium teneri, ex prædictis apertè constat. *D. Bocer. ad dict. leg contractus. 23. cap. 4. n. 6. ff. de regulis juris. & in hoc §. nostro. n. 51. pag.* 183.

30 Hoc amplius non obsistit, quod commodato valde simile est precarium. *l. 1. §. ult. ff. de precario.* in quo non levis, nedum levissima culpa præstatur. *d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* in cujus principio disertè traditur: quòd precarium recipiat tantùm dolum. *Quandoquidem* inter ista duo magna est ratio differentiæ: quia precarium non solum ex mera liberalitate proficiscitur. *l. quæsit. 8. §. eum quoque. 3. ff. de precar.* sed etiam revocari potest, quandocunque concedenti libuerit. *d. l. 1. §. 2. & l. 2. §. 2. ff. eod. tit.* commodatum verò præscripto modo & fine utendi contrahitur: nec ante usum legitimum intempestive revocari potest. *leg. in commodato. 17. § sicut. 3. ff. commodati.* Mitiùs itaque egit Prætor cum eo, qui precario rogavit: si quidem danti imputari queat, cur precarium, cùm suspectam haberet diligentiam ejus, qui illud acceperat, maturè non revocaverit: *uti notarunt Duaren. ad tit. ff. & C. de commodato. cap. 8. vers. Levissima culpa, &c. Robertus & Berens locis præallegatis.*

31 Porro si utriusque, & commodantis, & commodatarii causa commodatum sit contractum: dolus, lata & levis duntaxat culpa præstatur: veluti, si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodaverim. *d. l. in rebus. 18. in princ. vers. at si utrimque. ff. commodati. Joan. Ma-*
tienzus in repetit. l. contractus 23. ff. de reg. jur. num. 171.
fol. 168. Si verò quis commodatoris solummodò gratiâ 32
rem commodatam acceperit: de dolo & latâ saltem culpâ tenebitur: ut, si quis sponsæ suæ, quò magis compta ornataque ad se duceretur, dederit res utendas: vel, si quis alicui, ut in sua causa consuleret, dederit commodatò libros. *l. si, ut certo. 5. §. interdum. 10. ubi Bartol. Castrens. & alii. l. eum, qui. 10. § 1. & l. si mei causa. 12. in princip. ff. commod. Oldendorp. class 4. act 15 pag. mihi 605. n. 3. Schegk in delibat. jur. Disputat. 15. thes. 83. ad lit. a. Cagnol. ad d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. n. 35 & seqq. Unge-*
paur. Exercitior. Justinianeor. 15. quæst. 8. Plane, si incen- 33
dio, vel ruinâ, vel quo alio casu fortuito quid damni in re commodatâ contigerit; commodatarium non teneri, indubitati juris est. *d. l. si, ut certo. 5. §. quod verò senectute. 4. d. l. in rebus. 18. ff. commod. d. l. contractus. 23. in pin. ff. de reg. jur. l. 1. C. de commodat. l. quæ fortuitis. 6. C. de pignorat. act. Paul. Berens. d. Disputat. 9. them. 2. quæst.* 5. Proinde si commodavero tibi equum senio confectum, quoutereris usque ad certum locum, isque in ipso itinere deterior factus sit, vel perierit: commodati mihi non teneberis. Nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit, ut disertè respondit Pomponius *in l. ult. ff. commodat. D. Bocer. class. 2. Disp. 9. thes. 17. edit. 2.* Quinimò commodans equum alicui, quem sciebat non posse ferre laborem, tenetur contrariâ commodati actione ipsi commodatario ab interesse, si in via ob id equus deficiat, & ipse commodatarius sit damnificatus: secus, si gratis ille commodaverit. Ita, *post Castrensem, in l. eum, qui rem. 10. ff. commod.* decidit Hippolytus Bonacossa, *in tractat. equorum. quæstion.* 404.
Enimverò tres præcipuè excipiuntur casus, quibus etiam 34
casus fortuitus in commodato præstatur. I. Si culpa commodatarii intervenerit, *per hunc §. nostr. ibi, ff. modò non ipsius culpa, &c.* II. Si res commodata æstimata fuerit, & commodatarius æstimationem se præstiturum receperit. *d. l. si, ut certo. 5. §. & si forte. 3. ff. commod. Oldendorp. class 4. act. 15. pag. 607. D. Obrecht. Disput. 13. thes. 68. Mynsinger. hic n. 11. in fine.* III. Si ita convenerit, ut & casus fortuitus præstetur. *dict. leg. si, ut certo. 5. §. 2. ff. commodat. dict. leg. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. si convenit. 6. ff. deposit. dict. leg. 1. Cod. de commodato.* Quo facto & de insolito casu teneri commodatarium, probabilius est, *argument. l. fistulas. 78. §. frumenta. 3. ff. de contrahend. empt. l. ex conducto. 15. §. 2. ff. locat. Pinel. in l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 1. cap. 3. num.* 29. Est enim illa indefinita locutio, quæ universali æquipollet *arg. l. si plures. 98 ff. de legat.* 3. Et quid aliud est casus fortuitus, quàm insolitus? *Justus Schütz. exercitation. jur. Disputat. 13. th. 10. lit. C. pag. 304.* Atque id explicatiùs prosecuti sumus *in §. conductor. 5. infr. de locat. & conduct. n. 11. & seqq.*

Cæterùm magna apud Doctores est altercatio: num 35
ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficiat pactum generale de omni periculo aut casu fortuito præstando: an verò requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur? Et pro illa, ceu veriore sententia, haud exigui momenti plura sese offerunt argumenta.
I. Juris nostri notissima est enuntiatio; omnium pacto- 36
rum fidem servandam esse: nisi aliqua juris ratio eis obstet. *leg. 1. in princ. leg. juris gentium. 7. §. ait prætor. ff. de pactis. leg. fin. Codic. eod.* Atqui isti pacto generali nihil
obstat. Ergo servandum erit. II. Tantum valere de- 37
bet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum, *argument. leg. si chorus. 79. in princip. ff. de legat. 3. & leg. omnes. 4. Cod. de præscription. 30 vel 40. annor.* Jam verò dubium non est ullum; quin si essent omnes species casuum fortuitorum expressæ, commodatarius teneretur. III. Suffragatur *lex. si quis domum.* 9.
§. si quis fundum. 2. (qui alias pro lege allegari solet) 38
ff. locati. ex qua apparet, pacto generali standum esse, si quis fundum ita locaverit; ut si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur. IV. Accedit *lex, quæ fortuitis* 6.
Cod. de pignoratit. actionib. ubi expressum est, credi- 39
torem à petitione debiti submoveri, si inter contrahentes generaliter placuerit, ut amissio pignorum

40 liberet debitorem. V. Confert *d. l. juris gentium. 7. §. sed & si quis. 15. ff. de pact. & l. & Aristoni. 39. ff. mandati.* ex
quibus intelligitur, conventionem valere, quod quis omne
periculum præstet, vel ut res alicujus periculo sit. Quæ
verba non aliam recipere interpretationem videntur,
41 quàm ut etiam omnes casus fortuitos agnoscant. VI. Huc
pertinet *l. litis. 37. §. 1. ff. de negot. gest.* ubi declaratur; cum,
qui negotium gerit alienum, usuras quoque præstare
compellendum, & periculum eorum nominum, quæ ipse
contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita res suas amiserint, ut tempore litis ex eâ actione contestata solvendo
non essent. Si generali periculi appellatione fortuiti casus non comprehenderentur: parùm aptè Paulus Jureconsultus illos de relato casu excepisse judicandus esset: cùm
exceptio de ipsa regula deducatur. *secundùm Decium, Cagnolum, & interpretes plerosque in l. 1. ff. de reg. jur.*
42 VII. Idem coarguit *l. tutoribus. 4. si conferatur cum rubrica & inscriptione tituli, C. de periculo tutor. & curator.*
quæ apertè decidit, tutoribus vel curatoribus fortuitos casus non imputari: cùm tamen titulus solùm periculi men-
43 tionem faciat. VIII. Denique huc referri poterunt plures aliæ leges, in quibus dictio *periculi* hanc significationem admittere videtur, *ut l. si quis. 4. ibi. hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. ff. de reb. credit. si cert. petitum. l. qui negotia. 34. in fine principii ibi; pecuniam, ex argento redactam, periculo ejus fore. qui accepisset argentum. ff. mandati, & l. 1. in princip. ibi, convenit, quoad periculum vini sustineat. & ibidem in §. 1. periculo liberatur, &c. ff. de peric. & commod. rei vend.* Atque huic assertioni adstipulantur *Martinus, relatus à glos. in l. sed & si quis. 4. §. quæsitum 4. ff. si quis cautionib. &c. Sichardus. Salicetus & Pacius in d. l. 1. C. de commodato. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 29. in fin. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. C. n. 27. ibi plures citat. & nuperrimè Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 2. quæst. 6.* aliis aliter sentientibus, *Azone, Accursio. Odofredo. Guilel. de Cuneo, Nicolao de Matarelli. Cyno & Gilberto ad d. l. 1. C. de commodato, & cæteris, per hunc relatis.*

44 Nec hanc nostram conclusionem enecant *l. negotium. 22. C. de negotiis gest.* quæ decernit, negotium gerentes
alienum, non interveniente speciali facto, casum fortuitum
non præstare. *& l. 1. C. depositi.* quâ cavetur: eum, apud
quem res deposita est, ita demum de casu fortuito teneri, si
illud specialiter convenerit. Nam speciale pactum seu
specialis conventio ibi appellatur, non quòd sigillatim enumerentur casus fortuiti: sed quòd præstatio casuum fortuitorum sit specialis. Hoc enim pactum, *de omni periculo præstando,* quamvis sit generale, respectu singulorum
casuum: tamen est speciale respectu pacti magis generalis,
id est, de re commodata domino restituenda. Vel (*ut planius res explicetur*) speciale in adductis legibus non generali, sed tacito, opponitur: ita ut specialiter nihil aliud
sit, quàm expressè: *quemadmodum etiam accipitur in l. licèt. 6. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacitè contrahit. & l. si pignus. 8. ff. qui potior. in pig. vel hypoth. habeant.*

45 Nostra item assertio haud emedullatur per textum *in l. sed & si quis. 4. §. quæsitum. 4. ff. si quis cautionibus in judicio sistendi caus. factis, &c.* ubi dicitur, conventionem istam
(*ne ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta, objiciatur*) non valere; nisi specialiter causæ exceptionum exprimantur, quibus à promissore sponte renunciatum est. *Etenim* in casu illius legis dum is, qui cavet
judicio sisti, renunciat casibus fortuitis, quibus potest impediri, ne sistat; rem quodammodo impossibilem promittere videtur. Promittit enim, se venturum: & paciscitur,
se excusandum non esse, licet inundatione fluminis, incursione hostium, aut simili casu impediatur. Proindeque
hoc pactum est odiosum, atque adeò restringendum: cùm
impossibilium nulla sit obligatio. *l. impossibilium. 185. ff. de reg. jur.* Cæterùm in nostro schemate; nihil tale in considerationem venire potest: dum commodatarius cavet de
restituendâ æstimatione rei, quovis casu peremptæ: imò
æquissimum est, ut casum omnem præstet: cum ipsius
gratiâ contractus fiat: nec dominus commodaturus esset,
nisi periculum commodatarius subiisset. *Sed vide Pinellum ad l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 1. cap. 3. num. 26. Bronchorst. centur. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 26. edit. 2. & quæ notavimus infr. ad §. sed hodie. 2. titul. de satisdationib. n. 20. & seqq.*

Præterea minimè enervat decisionem nostram *dict. l. 1.* 46
Cod. de commodato ibi dum probatur pactum generale,
quod est factum contemplatione unius certi casûs, nempe
incursionis hostium: inde colligi posse videtur; alias, id
est, nisi contemplatione certi casus fiat, pactum generale
non valere. *Imperatores* namque Diocletianus & Maximianus non aiunt, pactum esse factum duntaxat de incursu hostium: sed proponunt pactum simpliciter factum
& generaliter. Nec moverit, quod dicatur factum contemplatione incursionis hostilis. Hoc siquidem ideo proponitur: quia pactum generale ad eum casum, de quo non
fuit cogitatum, pertinere non videtur. Unde cùm in specie istius legis incursu hostium res perierat: pactum autem non de incursione hostium, sed generaliter conceptum fuerat: idcirco omnis dubitationis, & in facto consistentis quæstionis tollendæ causa proponitur, pactum intervenisse contemplatione hostium. Adde, quòd leges Co- 47
dicis semper restringendæ sunt ad casum propositum, de
quo Impp. respondent; ut, post Pacium *in d. l. 1. C. de commodato. n. 12.* rectè tradidit Paulus Berens *dict. Disp. 9. them. 2. quæst. 6. in fine.*

Ambigitur quoque de eo: utrùm commodatarius, si 48
rem per nuncium remiserit, re peremptâ, vel à nuncio aversâ, liberetur? Et, nisi qua culpa ei imputari possit, illum
liberari putaverim. *l. eum, qui. 10. §. 1. & ibi Cujac. cum l. seq. ff. commodati.* Extra culpam verò commodatarius esse 49
censetur, si tali rem perferendam committat, cui nulla mali insidet suspicio, & quem consuevit dominus illis implicare negotiis, *argum. l. si mei causa 12. §. 1. l. argentum. 20. ff. commodat. & l. qui hominem. 34. §. si Titium. 3. ff. de solutionib. Heigius hic n. 24. & Schrader. num. 29.* Idque procedit, etiamsi commodatarius rem tradat servo vel
famulo ipsius domini aut creditoris: quia si aliàs erat fidelis, & talis, cui verisimiliter potuit & debuit credere, & cui
talia solebat dominus committere: non tenetur commodatarius, sed excusatur & liberatur. *Bartol. in l. si quis uxori. 52. §. apud Labeonem. 11. ff. de furt. & in dict. l. eum, qui 10. §. fin. ff. commodat. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 7. n. 3. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. f. n. 399. Gothofred. ad l. si is, cui. 7. C. de furt. Speckhan. cent. 2. class. 3. q. 14. n. 10.* Idque paulò fusiùs explanat Oldendorpius *class. 4. act. 15. versic. sed quid de dolo vel culpa nuncii. &c. pag. mihi 608.* Et eâdem de re in jure renovato loculi Wurtembergico ita cautum extat: *So der entlehner &c.* i. e. *Si commodatarius rem commodatam per famulum suum offerri curet, vel deinceps remittat ad commodantem: quod in re damni vel detrimenti inter viam fit, id resarcire ille tenetur. Si verò commodans rem per ministrum suum miserit vel acciverit, tunc quod res perierit, vel deterior facta fuerit, de eo non tenetur commodatarius, si modo hujus culpa nulla fuerit. part. 2. titul. 2. pag. 242. §. Und so der Entlehner, &c.*

Ad tempestivam rei commodatæ restitutionem quod 50
attinet; certum est, quòd commodatarius eam ipsam rem,
quam accepit, tempestivè, id est, expleto usu, in quem res
commodata est, & tempore locoque opportuno, ut de quo
in ipso contractu convenit, restituere commodatori debeat, *hoc §. nostro. l. 1. §. 2. quoque, cum rem. 3. ff. de obligat. & act. leg. sicut certo. 5. in princ. leg. in commodato. 17. §. sicut autem ff. commodat. l. si stipulatus. 39. & l. creditor. 102. in princip. ff. de solutionib. l. in bonæ fidei. 7. l. is, qui certo 9. & tot. t. ff. de eo, quod certo loco dari oportet. D. Bocer. class. 2. Disput. 9. thes. 18. edit. 2. & in hoc §. n. 59. cum seq. p. 189. Treutler. Disput. 24. thes. 2. lit. c. vol. 1.*

Hinc num compensatio in commodato locum habere 51
possit, non omnis contentionis expers est quæstio? Id licèt multi magni Jurisconsulti astruant, *Jacobus Cujacius lib. 9. observat. 37. & ad Paul. lib. 2. sentent. tit. 12. §. ultim. Giphanius ad §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib. Hunnius Disput. 13. controvers. 9. Hunnius Disput. 20. thes. 16. & lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 3. quæst. 4. pag. 937. Rittershusius in hoc §. nostro. p. 413. circa fin. Schickhard. disp. 12. thes. 5.*

Digitized by Google

thef. 5. lit. b. n. 1. & resolut. quæst. 2. Wegnerus Disputat. 15. *ad Instit. thes. 7. sub l. d. aliquæ:* attamen ego negantium sententiam juri magis esse consentaneam, nullus dubi-
52 to. Et primùm quidem moveor textu manifesto *in l. ult. Cod. de commodato.* ubi Impp. Diocletianus & Maximianus his formalibus verbis rescripserunt: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.* Quibus ex verbis luculentissimè constat; commodatum minimè admittere compensationem. Et quanquam Cujacius, & ipsius sequaces pro *Commodati* legendum ajunt *Commendati*, id est, depositi: quia tamen in omnibus & manuscriptis & impressis exemplaribus constanter legitur *Commodati*: & præterea lex ista non sub *tit. depositi*, in quo de commendato agitur, sed potiùs sub *tit. de commodato*, collocatur: utique isthanc Cujacianam correctionem, & quamvis aliam, utpote in mera conjecturâ positam, omnino rejicere debemus. Deinde in commodato eadem species restituenda est, *per hunc §. nostrum ibi, de eâ re ipsâ restituendâ tenetur. & l. 2. in pr. ff. de reb. credit. si*
53 *cert. pet.* Atqui, *secundùm communem Interpretum opinionem* compensatio tantùm in quantitatibus, quæ inter se mutuam functionem recipiunt, non verò in speciebus locum obtinet. *leg. si convenerit. 18. in princip. ff. de pign. act. l. si non sortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condict. indebit.* Præterea idem confirmat jus provinciale renovatum Würtembergicum, sequentibus verbis: *Wann die gelehene* i. e. *Rem commodatam tempestivè repetenti tenetur commodatarius restituere ac tradere; quamvis huic in commodantem crediti nomine, aut in ipsam rem commodatam, ratione dominii, aliquod jus esset. part. 2. tit. 2. § ult. p. 242.* Denique hanc traditionem plures, non spernendæ auctoritatis, Jurisconsulti suis calculis corroborant: *Fornerius lib. 2. select. cap. 14. Hortensius, Vultejus & Ant. Matthæus ad dict. §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib. Arumæus Exercit. Justin. 12. thes. 13. Bronchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 42. edit. 2. D. Boxerus class. 2. Disput. 9. thes. 19. edit. 2. & in hoc §. n. 93. cum seqq. pag. 188. Schifordegher. tract. 2. q. 2. & seqq. M. Lycklama in jur. Studios. velit. 3. q. 20. pag. 140. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 16. cap. 15. ad lit. X. Plebst. Disput. 2. de jure topic. Ducatus Würtemberg. thes. 14. edit. 1. Forster. junior lib. 3. Disput. 16. thes. 15. Gilbert. Regius lib. 1. ἐναντιοφανῶν. cap. 8. Mercerius lib. 1. opinion. c. 14. Jul. Pap. centur. 4 ἐναντιοφανῶν. sub q. 45. Knipschildt. d. exercit. Acad. 3. q. 5. pag. 101. cum seq. & Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 2. quæst. 1.*

54 Non obstat *l. creditoris. 15. § ult. & l. si is, qui rem. 59. ff. de furt.* ex quibus apparet: quòd commodatarius rem commodatam ob impensas, quas fecit in re commodatâ, retinere, sicque compensare queat. *Etenim* commodatarius potest quidem pignoris loco, ob impensas factas, retinere commodatum: verùm ista retentio longè differt à compensatione. Nam qui rem pignoris loco habet, retinet aliquando redditurus; ut cùm solvere paratus fuerit debitor, pignus liberet, sibique habeat. *l. item liberatur. 6. § 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Ast in compensatione secus fit: quoniam qui paratus est compensare, creditorem suum, eundemque petitorem summovet, ut rem suam actione consequi non possit. *leg. 2. ff. compensat. Mercer. d. cap. 14. in fine.*

55 Pariter non obstat *l. in rebus commodatis. 18. §. fin. ff. commodati*, ubi expressè responsum videtur: quòd commodatarius, actione commodati directâ conventus, jure compensationis consequi valeat impensas, quas in re commodatâ fecit. *Hoc enim* intelligendum est, quando commodator non ad speciem commodatam restituendam, sed ad æstimationem agit: utputà si commodatarius rem commodatam deterioravit, vel res commodatò data æstimata est, & æstimationem se præstiturum recepit. *l. si, ut certo. 5. §. 3. ff. eod.* Tunc siquidem cùm non de specie, sed æstimatione agatur, & in pecuniam condemnatio fiat: rectè opponitur compensatio, per quam id servabitur, quod contrario judicio peti potuisset. *d. l. in rebus. 18. §. fin. ff. d. titul. Pacius d. cent. 4. q. 45. in fine.*

56 Sic quoque non obstat *l. ult. C. de compensationib. & §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionibus* ubi deciditur, in omnibus judiciis & actionibus compensationi locum esse, exceptâ solâ depositi actione. Ergo & in actione, commodati locus erit compensationi. *Illud namque* verum est, si petatur quantitas, sive res, quæ suo in genere functionem recipit. In corporibus verò seu speciebus compensatio non admittitur: cùm incerta sit & inæqualis harum rerum æstimatio, hæque res mutuam inter se functionem non recipiant. Ideoque, cùm in commodato species, quæ petitur, præcisè restituenda sit; commodatarius rem commodatam per compensationem retinere nequit. *Bronchorst. d. centur. 2. assertat. 42. edit. 2.* Vide Rimerum Decad. 9. *quæstion. illustr.* 8. Bachovium *volum. 1. ad Treutler. disputat. 25. th. 8. lit. g.* & Frantzkium *exercitat. jurid. 9. quæst. 7. pag. 283. & seq.* item Richterum *in tract. de contractib. disput. 4. th. 1. ad lit. g. pag. 99.*

Quod porrò de cura & restitutione rei commodatæ ha- 57
ctenus dictum est: non solum de ipsa re principali, sed ejus accessione etiam exaudiendum erit. Proinde equam commodatam cum pullo, servum cum lance, domum cum supellectile, fundum cum instrumentis; rei item commodatæ fructus; atque ex mora usuras, omnemque utilitatem commodatori restituere & præstare cōmodatarius tenetur. *l. si, ut certo. 5. §. usque adeo. 9. & §. si me rogaverit. 13. ff. commodat. l. mora. 32. §. in bonæ fidei 2 & l. videamus. 38. §. si possessionem. 10 & §. in cæteris. 15. ff. de usur. Oldendorp. class. 4. action. 15. Petr. Gregor. in syntag. jur. univers. lib. 23. cap. 1. num. 13.* Sed & sumptum, si quem in re commodata repetenda commodator fecerit, commodatarium agnoscere æquum est. *d. l. si, ut certo. 5 §. rem tibi. 22. in fin. ff. commodati.* Cæterùm si commodatarius dolo vel contumaciâ rem commodatam non restituat: quanti in litem commodator juraverit, condemnabitur. *l. sed mihi. 3.*
§. in hac act. 2. ff. comm. l. 2. §. 1. & l. tut. 8. ff. de in lit. jur. Inde 58
dubitatur: utrùm, sicuti ob dolum; ita etiam ob latam culpam commodatarii sive cujuscunque Rei rem non restituentis, vel non exhibentis, in litem juretur? Et sanè istud plerique negant, *Azo, Accursius, Bartol. Castrens. Jason & alii in l. in actionibus. 5 ff. d. titul.* Sed non desunt, qui affirmant, *Fulgosius & Duarenus in dict. l. 5. eod. Corasius lib. 4. miscellan. jur. civil. c. 2. n. 11. Bronchorst. centur. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 30. edit. 2. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de in lit. jurand. cap. 5. num. 5. & seqq.*
Atque hæc sententia mihi magis probatur: eò quòd lata 59
culpa non solum dolo comparatur. *l. 1. §. 1. si mensor. fals. mod. dixer.* sed etiam apertissimè dolus vocatur. *l. quod Nerva 32. ff. depositi. l. 1. §. is quoque. 5. in fin ff. de obligat. & act. l. magna. 226 ff. de verb. signif. cum similibus, suprà ad §. 2. tit. de obligationib. allegatis. n. 73.* Accedit textus clarissimus *in l. 2. C. de in lit. jurand.* ubi Imp. Antoninus disertè rescripsit: non minùs ob latam culpam, quàm ob dolum in litem jurari.

Nec quicquam detrahit huic sententiæ, quod Marcia- 60
nus ait: ob dolum solum in litem jurari; non etiam ob culpam. *d. l. in actionibus. 5. §. sed in his omnib. 3. ff. de in lit. jur.* Nam & de agrimensore dicitur, quòd de dolo duntaxat teneatur. *d. l. 1. §. 1. ff. si mensor. fals. mod. dixerit.* nihil tamen id impedit, quò-minùs & latam culpam præstet. *d. l. 1. vers. lata culpa, &c.* Sic quoque de depositario traditur, eum de dolo tantùm teneri. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* & nullum tamen dubium est, quin & de latâ culpa teneatur. *d. l. quod Nerva. 32. ff. deposit.* Idem denique respondetur de eo, qui precariò rogavit, quòd solum dolum præstet: & nihilominus tamen idem etiam de latâ culpâ tenetur *l. quæsitum. 8. §. eum quoque. 3. ff. de precario.* siquidem & lata culpa dolus est. *d. l. magna 226. ff.*
de verb. signif. Neque movet, quòd prædictæ leges utun- 61
tur particulis taxativis. Hæ namque dictiones taxativæ: *tantùm, solùm, duntaxat*, & id-genus aliæ, casus similes haud excludunt, *argum. l. ob æs alienum. 12 ubi gloss. & Bartol. C. de prædiis & aliis reb. minorum sine decret. non alienand.* præsertim in nostro themate, ubi textus expressus de latâ culpâ habetur, *d. l. 2. C. de in lit. jurand.*
Nihil insuper urget, quòd dolus in delictis ad latam cul- 62
pam produci non soleat. *l. in lege 7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Etenim id procedit, si ad pœnam corporalem agatur. *dict. leg. 7.* At si delicti pœna pecuniaria sit & civilis

Digitized by Google

civilis: lata culpa doli appellatione continetur. *l. 1. §. non alias tenebitur. 2. ff. si is, qui testamento liber esse jussus erit, &c. Bronchorst. d. centur. 2. assert. 30. edit. 2.*

63 Planè si culpâ commodatarii levi, vel levissimâ, res commodata aut omnino non, aut deterior restituatur: æstimatio à judice facienda est: nec jusjurandum illud in litem (quod affectionis appellitant) hic locum sibi vindicat. *d. l. 2. §. 1. l. videamus. 4. §. ult. d. l. in actionibus. 5. §. 3. ff. de in lit. jurand. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 9. th. 23. edit. 2.* Sed intricatæ admodum est quæstionis: cujus temporis æstimatio rei commodatæ fieri in judicio debeat? Et probabilius est; tempus, quo res commodata post moram commodatarii fuit plurimi, spectandum esse, *per textum in l. hac actione. 3. ff. de condictione triticiaria. & l. ratio possessionis. 3. § ult. ff. de actionibus empt.* ac proinde etiam tempus condemnationis, seu rei judicandæ, si eo tempore plurimi fuerit. *l. sed mihi. 3. §. in hac act. ff. commod.* Nec huic
64 conclusioni adversantur illa juris loca, in quibus dicitur, ex tempore litis contestatæ rem petitam esse æstimandam. *l. vinum 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. ult. ff. de cond. tritic. cum simul.* Nam in iis non agitur de certa specie debita; quâ extinctâ, vel deteriori redditâ, propter moram debitoris, ejus temporis æstimatio spectatur, quanti unquam res plurimi fuit. *d. l. 3. ff. eod.* sed tractatur perspicuè de quantitatibus vel rebus fungibilibus debitis, putà vino; oleo, frumento, &c. quarum rerum æstimatio pro locorum & temporum varietate mutatur. At certè de *l. vinum. 22. ff. de reb. credit.* planè dubitari non potest: quandoquidem in eâ nominatim quæritur de vino petito, quod mutuum datum erat, in quo genus peti, non speciem, constat *ex l. 2. in princ. ff. d. titul.* Sed nec magis *de d. l. ult. ff. de condict. tritic.* dubitare licet. Illic enim primò quidem de merce petitâ ponitur generaliter quæstio: atquam mercem Cajus intelligat, explicat posteà exemplis: *si merx aliqua,* inquit, *petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum,* De vino igitur, oleo, frumento, similiter ibi agitur: quæ res itidem mensurâ constant: eoque & hac ipsâ quantitate in genere, non specie certâ æstimantur. *d. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.* Nec oberit, quòd in calce sive fine Cajus hanc clausulam subjicit: *Quod de cæteris rebus juris est.* Ea namque sic intelligenda est: de cæteris similibus, quæ scilicet pondere, aut etiam similiter mensurâ constant: ut liquoribus omnis generis, leguminibus item, & generaliter in his, quæ incertæ in genere, certa tamen mensura aut pondere, non certâ specie, debentur: in his, *inquam*, rebus omnibus, cum quæritur, cujus temporis æstimatio facienda sit: rectè statuitur, si dictum non sit, quo die dari deberent, rem petitam tanti æstimandam, quanti fuit, cùm agitur, seu lis contestatur. Atque ita docet Donellus *ad dict. l. 3. ff. de condict. triticiar. n. 10. & seqq. item ad l. quoties. 59. n. 11. ff. de verb. oblig. & ad d. l. vinum. 22. ff. de reb. credit. n. 17.* ubi rationem differentiæ, cur certæ rei debitæ æstimatio post moram tanta debeatur, quanti unquam plurimi fuit post moram, aliter atque in vino, & aliis rebus generaliter debitis, prolixè & accuratè exponit: quem referendo sequitur Dn. Collega Bocerus *d. class. Disput. 9. thes. 23. ad lit. b. edit. 2.* Et eâdem de re diversimodè sentiunt *Cujacius in tract. ad African. in explicat. l. hominem certum. 37. ff. mandat. Hotoman. illustr. quæst. 16. Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 74. Bronchorst. centur. 2. [illegible] assert. 19. edit. 2. Arumæus in tractat. de mora. c. 8. n. 5. Borcholt. in tract. de reb. credit. c. 7. Hunnius Disputat. 14. thes. 20. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 3. 3. quæst. 6. pag. 921. & seqq. aliique ab eo adducti.*

65 Porrò actio, quâ commodator debitum illud (quod commodatarius præstare illi obligatus est) persequi potest, dicitur commodati actio, *hoc §. nostro, l. 2. & l. 3. in princ. ff. commodat.* & quidem principalis, & directa commodati actio. *l. in commodato. 17. §. 1. ff. commod.* itemque rectum commodati judicium. *l. in rebus. 18. §. fin. ff. commodat.* cum quo etiam furti, *l. si ut certo. 5. §. quinimo. 8. ff. d. tit. l. qui servum. 34 §. 1. ff. de obligat. & act.* & L. Aquiliæ actio concurrit: si videlicet commodatarius vel alio modo usus sit re commodatâ, quàm convenit: vel eam rem deteriorem fecerit. Si tamen quâ earum fuerit actum, aliæ tolluntur. *d. l. in rebus. 18. §. sive autem. 1. ff. commodat. d. l. qui servum. 34. §. 1. ff. de obligat. & actionib. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. 604. n. 5.* Datur autem hæc actio non solùm commodanti, sed & ejus heredi; adversus commodatarium, ejusque heredem. *d. l. 3. §. heres ejus. d. l. in commodato. 17. §. 2. ff. commodat. & ibi Wesenbec. in Paratit. n. 10. & Johan. Phil. Steinhäussen. n. 6.* Vide de isthac actione Thomam Cormerium *in Cod. jur. Roman. Gall. Henrici IV. lib. 13. titul. 2. cap. 4.* eumque laudantem Doringium *in bibliothecâ Jurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio. commodati. n. 3. cum sequentib. fol. 298.*

Succedit contraria commodati obligatio: ubi dispici- 66
endum venit, tum ad quas præstationes commodator commodatario astrictus sit: tum quâ actione hujusmodi præstationes commodatarius persequi possit, *d. l. in commodato. 17. §. 1. & §. sicut. 3. ibi, converti in mutuas præstationes, &c. & §. ult. d. l. rem mihi. 21. in princip. & l. seq. ff. commodat.* Præstationes hîc debitæ censentur, quibus commodatarius indemnis servatur, *arg. l. furti. 6. §. ult. ff. de his, qui not. infam. & l. ei, apud quem. 5. in princ. ff. deposit.* Sunt autem tres potissimum. Una liberum rei commodatæ usum, in quem res commodata est, continet. Etsi enim voluntatis & officii magis, quam necessitatis, est commodare: attamen intempestivè rei commodatæ usus auferri commodatario nequit: sed pati commodator tenetur, ut commodatarius liberè re commodatâ utatur, ad eundem modum & finem, in quem rem accepit: cùm non decipi beneficio nos oporteat, sed juvari. *d. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodat. C. unic. in fin. ext. de commodato.* Atquid, si quispiam ad certum usum & præfinitum 67
tempus rem commodasset; num finito tempore, nedum tamen impleto usu, rem à commodatario recipere poterit? Et magis est, commodantem repetere posse commodatum: si justum tempus, quo usus rei potuit impleri, sit transactum. Etenim sibi ascribere debet commodatarius, quòd non fuerit isto tempore usus: & insuper certat de damno vitando commodator: commodatarius verò de lucro captando solicitus est: quo casu illum huic præferri debere, æquiùs est, *argum. l. verum. 11. §. item quæritur. 6. ff. de minorib. 25. an. Sebastian. Medices in tract. de fortuitis casib. pag. 2. quæst. 10. n. 53. Heigius hic n. 19. Bartolus in d. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commod. n. 6. Castalius in l. si ut certo. 5. in princ. ff. d. t. Panormit. in c. unic. col. 2. ext. eod. Gomez. lib. 2. var. resolut. c. 7. n. 3. hosq; referens Matthias Stephani cent. 3. quæst. 30. ad lit. A.* Quibus adjiciatur Philippus Knipschildt. *d. exercit. Acad. 3. quæst. 7. pag. 103. & seq. ubi plures recenset casus, quibus commodatum, etiam ante completum usum & finem, repeti poterit.* Videatur item eâdem de re Richterus *in d. tract. de contractib. disput. 4. th. 1. ad lit. e. pag. 96. & seq.* Altera 68
præstatio in resarciendo damno, quod per causam commodati contingit commodatario, consistit. Si igitur quis vasa sciens vitiosa commodaverit, & infusum quod erat, effluxerit: vel scienter commodaverit servum furem, & is commodatario furtum fecerit: damnum hoc resarcire commodatario tenetur. *d. l. in rebus. 18. §. penult. & l. penult. ff. commodat. Fürstl. Württemberg. ernewert Landrecht, part. 2. t. 2. pag. 241. §. Derjenig, &c.* Si item commodatarius pro re perditâ pretium commodatori solverit, & ea deinde ad commodatorem pervenerit: aut rem ipsam, aut datam ejus æstimationem reddere commodator commodatario cogitur. *d. l. in commod. 17. §. fin. ff. commodat.* Ter- 69
tia præstatio impensas, quas in rem commodatam fecit commodatarius, complectitur. Quæ impensæ si necessariæ & magnæ fuerint: eas commodatario refundere commodator necesse habet: cibaria autem, & modica impendia non item. *d. l. in rebus. 18. §. possunt. 2. ibique Bartol. & Salicet. ff. eod. D. Bocer. class. 2. Disputat. 9. thes. 3. edit. 2. Mozz. in tract. de commodato. col. 4. de naturalib. commodati. n. 8. Duar. ad tit. ff. & C. de commodato. c. 5. Treutl. Disputat. 24. thes. 4. lit. d. vol. 1.* Licet interdum magis è re commodatarii sit: propter istas impensas sive sumptus, retentionis jure rem retinere, quàm ultrò commodati agere, *Fürstl. Württemb. ernewert. Landr. d. part. 2. t. 2. §. ult. pag. 242.*

Digitized by Google

pag. 242. *D. Plebst. Disputat.* 2. *de jure topic. Würtemb. thes.* 15. *ad lit. d. edit.* 1.

70 Actio autem, quâ commodatarius præstationes illas potest persequi, est contraria commodati actio: quæ non solum ipsi comodatario, sed & ejus heredi, adversus commodantem, ejusque heredem datur. *l. si ut certo.* 5. §. *quinimò.* 8. *l. in commodato.* 17. §. 1. & §. *ult. l. in rebus.* 18. §. *ult. l. rem mihi* 21. *in princ.* & *l. seq. ff. commodati. Oldend. class.* 4. *act.* 15. *pag.* 601. *n.* 6. Contraria verò ista actio sic dicta videtur è re, quòd vicissim competat vel intendatur, utilitate & æquitate suadente. *Joan. Stuck. part.* 1. *Exercitation. Justinianear. decad.* 10. *assert.* 5. *ad lit. H. pag.* 182.

71 Quia porrò non satis est, scire actionum vim & naturam: nisi etiam sciatur, quomodo in judicio proponi debeant: utriusque actionis, tam directæ, quàm contrariæ, formam hic adjicere libuit, *ex D. Obrechto Disputat.* 13. 72 *thes.* 114. & *aliquot seqq.* Et quidem directæ actionis talis formula constituitur: *Non dubium est, Judices, magnum esse officium ejus, qui sic rem suam alteri dat utendam, ut interim ipse jure sui dominii non possit de eâ statuere: & idcirco accipientem tale beneficium, gratias agere, multo magis rem, finito usu, bonâ fide restituere debere. Jam verò ego Sempronius, hujus causæ actor, Titio reo gratis equum atratum Francofurtum usque commodavi: qui tamen jam Francofurto reversus, immemor accepti beneficii, equum retinet: nec eum, quamvis amicè compellatus, vult restituere. Quarè, Judices, actione commodati contra dictum Titium reum experior, & peto, eum condemnari & compelli, ut equum, quem in sua potestate habet, restituat; una cum re-* 73 *fusione litis sumptuum.* Cæterum contrariæ actionis talis forma perhibetur: *Certum est, Judices, a liberali nos, non decipi beneficio oportere: ideoque decipientem ad id, quod interest, decepto teneri. Jam verò Sempronius, hujus causa rem nuper mihi Titio actori, gratis quidem, sed dolo malo, tigna vitiosa ad fulciendam insulam commodavit: ex quo insula, quam centum florenis Rhenensibus vendidissem, mox corruit. Quare, Judices, actione commodati experior contra dictum Sempronium, & peto, eum ad centum florenos Rhenenses, in quibus mihi nocuit, condemnari; una cum refusione litis expensarum.* Aliam libelli formam videre est apud Schneidevvinum *in* §. *sequens illa divisio.* 16. *infr. de actionib.*

74 Coronidis loco hic non inconvenienter quæritur, & dubitatur: si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei judicium ad rem istam recuperandam com-75 petat: cum furti actio (quam omnibus omnino, quorum interest, dari explorati juris est. *l. cujus interfuit.* 10. & *l. seq. ff. de furt.*) pœnam duntaxat, non rem persequatur: & condictio ex furtiva causa, quæ rem ipsam persequitur, domino soli concedatur? *l.* 1. *l. si pro jure.* 7. §. 1. *ff. de condict. furt.* & *explicavimus in* §. *ult. infr. de obligat. quæ ex* 76 *delict. nascunt.* Et quanquam Accursius, Bartolus, & cæteri communiter, *ad l.* & *ideo.* 12. §. *ult. ff. de condict. furtiv.* commodatarium omni actione, quâ rem subtractam recuperet, destitui: proindeque ad actiones in factum, ad officium judicis, ad condictionem ex lege Arcadii decurrendum esse opinantur, *l. si coloni.* 14. *ibique idem Accursius,* & *alii. C. de agricol.* & *censit.* quibus scilicet judiciis tum locus esse solet, cùm nulla actio alia eo nomine introducta est. *l.* 1. *ff. de præscript. verb.* & *in fact. actio. l. qui per colusionem.* 40. *in fin. ff de actionib. empt. l.* 1. *ff. de con-* 77 *dict. ex leg.* attamen verius esse reor, condictionem incerti illi adversus furem applicari posse; *arg. d. l.* & *ideo.* 12. §. *ult. ff. de cond. furt.* ubi pignoratitius creditor, si pignus ei surripiatur, incerti condictionem in furem adstringit. Nec quicquam in contrarium movet, quod objicitur, jus in re creditorem habere, quoadusque pecunia ipsi soluta sit. Nam & commodatarius jus habet in re comodata, quoad usum, in quem ea accepta est, expleverit: adeò, ut illi adversus dominum maturiùs repetentem civilis actio competat: cùm ut in obligatione pignoris; ita & in commodati, actiones ultro citroque nasci soleant. *l. in commodato.* 17. §. *sicut.* & §. *seq. ff. commodati.* Sed & non ineptè concluditur: condictione ex injusta causa commodatario adversus furem experiundi jus esse: quia scilicet actione potest id quisque condicere, cujus intersit, quod ex non justâ causâ ad aliquem pervenit *l.* 1. §. *fin. ff. de condict. sine caus. l. perpetuò.* 6. *ff. de condict. ob turp. vel injustam caus. l. verum quidem.* 25. *ff. rerum amotar.* Atque ita sentit Johannes Vandus *variarum quæstion. l.* 1. *quæst.* 34. eumque referens Philippus Knipchild. *d. exerc. Acad.* 3. *quæst.* 11. *pag.* 100. *circa finem.*

Verùm huic sententiæ novissimè reclamat Dn. Colle- 78 ga Bocerus *in hoc* §. *n.* 78. & *seqq. pag.* 186. & *seqq.* ubi Judicis officium nobile hoc casu locum habere contendit. Et quia aliquis regerere posset: juris auctoritatem non agnoscere hanc officii judicis, in nobile & mercenarium partitionem: ideo huic objectioni respondendo subjungit *n.* 92. rem ipsam juri convenire. Alibi verò non tantùm nomina isthæc non agnoscit: sed & rem ipsam negare videtur. Nam expresse scribit: in jure nostro non reperiri officium judicis nobile: item omnem jurisdictionem dici posse mercenariam: nec aliam esse nobilem, id est, non mercenariam, *in tract. de jurisdict. cap.* 3. *n.* 4. *vers. cæterum.* & *cap.* 5. *n.* 2. *vers. adhæc,* &c. Nec juvat ejus opinionem. *l. interdum.* 56. §. 1. *ff. de furt.* Non enim ibi 79 proponitur talis casus quo quis magistratus officium imploravit principaliter, ad rem furtivam recuperandam: sed quo cum fure criminaliter agere, eumque in periculum majoris pœnæ deducere voluit, *juxta l. cum servum.* 15. *ff. de condict. caus. dat.* & *l. ult. ff. de furtis.*

§. Præterea. 3.

Præterea & is; apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi; quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit: non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.

SUMMARIA.

1 *Depositum unde dicatur.*
2 *Depositi definitio seu descriptio.*
3 *Genus proximum in definitionibus usurpandum.*
4 *Depositum debet esse gratuitum.*
5 *Quâ formâ depositum ab aliis contractibus realibus distinguatur.*
6 *Differentia inter locationem, precarium & depositum.*
7 *Sententia §. sed is, apud quem.* 17. *Inst. de obligat. quæ ex delict.* &c.
8 *Boceriana depositi definitio rejicitur.*
9 *Depositi species quot.*
10 *Depositum simplex & vulgare.*
11 *Depositum sequestrarium, hujusq; subdivisio in voluntarium, & necessarium.*
12 *Prædicta depositi divisio à quo inventa.*
13 *Azo quo anno mortuus fuerit.*
14 *Qui deponere, & apud se deponi permittere possint.*
15 *Quibus in rebus depositum consistat.*
16 *Quæ justitia probanda.*
17 *An res immobilis depositum recipiat.*
18 *Rei vocabulum tam res immobiles, quàm mobiles, complectitur.*
19 *Deponere quid.*
20 *Commodatum quoq; in re immobili consistit.*
21 *Non exemplis, sed legibus judicandum.*
22 *Res immobilis neq; tradi, neque dari, neque auferri, neque custodiri posse videtur.*
23 *Quare fundi sive loci furtum non fiat.*
24 *Factum dandi tradendiq; in rem etiam immobilem cadit.*
25 *D. Boceri religio inconstans taxatur.*
26 *In custodienda re deposita quid depositarius præstare teneatur.*
27 *Depositum solius deponentis utilitatem concernit.*
28 *Quibus casibus, præter dolum & latam culpam, in deposito etiam levis & levissima culpa præstetur.*
29 *D. Boceri error notatur.*
30 *Differentia specifica, quâ locatio-conductio secernitur à deposito, in quo consistat.*

Digitized by Google

31 *Quæ definitio vitiosa, secundùm Aristotelem.*
32 *Recensentur reliqui casus, quibus in deposito etiam culpa levis & levissima præstatur.*
33 *An casus fortuitus spectet ad depositarium, si culpa, etiam levis, casum præcesserit.*
34 *Quando casus fortuitus commodatario imputetur.*
35 *Intellectus l. si in Asia. 12. §. ult. ff. deposit.*
36 *Mora obligationem perpetuat.*
37 *Quæ culpa perpetuet obligationem.*
38 *Generi per speciem derogatur.*
39 *D. Boceri intellectus ad d. l. si in Asia. 12. §. ult. repudiatur.*
40 *Fatua causa excusat à dolo.*
41 *Sensus germanus l. si quis inficiatus. 13. ff. depositi.*
42 *Res deposita depositori, quocunq; tempore petenti, restituenda est.*
43 *Quo loco depositum sit restituendum.*
44 *Quatenus ipsa res deposita, in specie sit restituenda.*
45 *Fructus quoque, omnisq; causa in restitutionem venit.*
46 *Utrùm, si quis penes aliquem cistam signatam deposuerit, cista tantùm, an & species inclusæ sint petendæ.*
47 *Quando deponentis juramento contra depositarium non statur.*
48 *Si pecunia deposita fuerit, & convenerit, ut tantundem restituatur, depositum contractum censetur. Item, an depositarius pro lubitu rem depositam invito deponenti restituere possit.*
49 *Quæ actiones nascantur ex deposito.*
50 *Actio depositi directa cui, & adversus quem, competat.*
51 *Quatenus in heredem depositarii hæc actio detur.*
52 *Quibus casibus depositarius convictus in duplum condemnetur.*
53 *Variæ actionis depositi privilegia.*
54 *Compensatio, vel doli, aliave altiorem indaginem requirens exceptio, istam actionem non excludit. Jus tamen atque ob impensas retentio.*
55 *Quadrimestre tempus debitoribus ad judicatum solvendum indulgetur.*
56 *Quæ actiones, & quo casu, cum depositi actione concurrant.*
57 *Actio depositi contraria cui, & contra quem, concedatur.*
58 *In hac actione compensatio non admittitur.*
59 *Sequestratio, itemque sequester, quid & unde.*
60 *Sequestratio quomodo differat à deposito, in specie sic dicto.*
61 *Sequestrum & sequestratio promiscuè usurpantur.*
62 *Arrestum in quo differat à sequestratione.*
63 *Missio in possessionem ex primo decreto quomodo à sequestratione differat.*
64 *Sequestratio voluntaria quid sit.*
65 *Necessaria quid.*
66 *Divisio ista contra Bocerum defenditur.*
67 *Quoniam consensus in sequestratione necessariâ interveniat.*
68 *Voluntaria sequestratio semper & ubique permissa.*
69 *Rerum suarum quilibet moderator & arbiter.*
70 *An, quod à judice fieri nequit, id nec à privato privatâ conventione fieri possit.*
71 *Partes possunt usitatum juramentum remittere: non item judex.*
72 *Judici multa sunt permissa, quæ partibus sunt prohibita.*
73 *Quibus casibus lex ipsa rem litigiosam sequestro ponere hortetur.*
74 *Necessaria rerum tam mobilium, quàm immobilium, sequestratio regulariter prohibita.*
75 *Nemo in possessione suâ turbandus.*
76 *Ab executione processus non debet inchoari.*
77 *Nullus contractus sine consensu perficitur.*
78 *Actor intentionem suam plenè probare tenetur.*
79 *Nemini possessionis suæ commodum, absque causæ cognitione adimendum.*
80 *Possessionis multa variaque commoda.*
81 *Sicuti à captura persona non debet incipi processus: ita nec à sequestro.*
82 *Quod favore alicujus introductum est, id in ejusdem odium non est retorquendum.*
83 *Rei favorabiliores sunt, quàm actores.*
84 *Vim inferenti resistere licet.*
85 *Explicatio tit. C. de prohibita sequestrat. pecuniæ.*
86 *Pecuniæ verbum tritum accipitur.*
87 *In dubio pecuniæ verbum largissimè sumendum.*
88 *Verba generalia in potiore significatu, & cum effectu accipienda.*
89 *In Codice non ita exactè usus est servatus, ut in pandectis.*
90 *An l. unic. C. de prohibit. sequestr. pecun. pertineat ad correctionem legis 1. C. Theod. si cert. petatur de chirographis.*
91 *Certi petitio quæ sit [illegible].*
92 *De quibus actionibus tractetur in d. l. unic. C. de prohibit. sequestr. pecun.*
93 *Ubi eadem juris ratio, ibidem jus statuendum.*
94 *Ratio legis censetur anima legis, & jus supplere dicitur.*
95 *Ubi eadem est æquitas, ibi idem jus esse debet.*
96 *De qua pecunia loquantur Impp. in d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.*
97 *Verbum (debentis) ad omnes omnino actiones referendum.*
98 *Solutio quid sit.*
99 *Verbum (solvendi) generale est, omnibus actionibus conveniens.*
100 *Verus intellectus l. in re mandata. 21. C. mandat.*
101 *Ubi ratio est diversa, ibi quoque diversa est juris dispositio.*
102 *Præcipuus sequestrationis finis.*
103 *Pecuniæ vocabulum non strictè accipiendum in d. l. unic. C. de prohibit. sequestr. pecun.*
104 *Casibus quibusnam specialibus sequestratio judicialis permissa.*
105 *Sequestrationem jure factam affirmans; hoc probare tenetur.*
106 *Regulam juris pro se habens, intentionem habet fundatam.*
107 *Primus casus, quo sequestratio judicialis licita putatur.*
108 *Secundus casus.*
109 *Creditor affirmans, debitorem de fugâ suspectum esse, id docere cogitur.*
110 *Tertius casus.*
111 *Quod de servo statuitur, etiam ad filiumfamilias & similes extenditur.*
112 *Quartus sequestrationis casus.*
113 *Judex curare debet, ne partes ad arma veniant.*
114 *Quintus casus sequestrationis.*
115 *An homo liber sequestrari possit.*
116 *Sextus casus.*
117 *Objectio removetur.*
118 *Septimus sequestrationis casus.*
119 *Octavus casus.*
120 *Nonus casus.*
121 *Sententia l. si quis conductionis. 25. C. de locato & cond. & l. litibus. 20. C. de agricol. & censit.*
122 *Instantia diluitur.*
123 *Decimus sequestrationis casus.*
124 *Gravius est personam capere, quàm bona sequestrare.*
125 *Undecimus casus.*
126 *Totius causæ negotium per appellationem ad superiorem devolvitur.*
127 *Duodecimus casus sequestrationis.*
128 *Minus præjudicium infert sequestratio, quàm in possessionem bonorum missio.*
129 *Modus & forma sequestrandi.*
130 *In quibus actibus partis adversæ citatio requiratur.*
131 *Citatio non præsumitur, nisi probetur.*
132 *Contra fugitivos de facto procedi solet.*
133 *Ad nudam creditoris petitionem sequestrum non decernendum.*
134 *An ad obtinendum sequestrum publico instrumento sit opus.*
135 *Explicatur l. jubemus. 16. §. 2. Codic. de erogat. militar. annon.*
136 *Sequestrationem petens, quid demonstrare teneatur.*
137 *Ad sequestrationis permissionem cognitio causæ necessaria.*
138 *Ecquid juramentum calumniæ inter sequestrationis requisita rectè numeretur.*
139 *Juramentum non temerè à judice imponendum.*
140 *Pœna sequestrationem istam impedire conantis.*
141 *Si sequestratio fructuum, vel alterius rei à judice fuerit ritè facta: pars autem sequestrationem patiens aliunde non habeat, quo se sustentare queat, ei, lite pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta sunt suppeditanda.*
142 *Nemo adversarium suum in se armare tenetur.*
143 *Quodnam sequestri officium.*
144 *Sequester non solum fructus, sed & rem ipsam litigiosam tempore sive morâ perituram, distrahere, & pretium inde redactum loco rei custodire debet.*
145 *Intellectus l. ait prætor. 7. §. 1. & 2. ff. de jure deliberand.*
146 *Nunquid in sequestrum rei depositæ possessio transeat.*
147 *Explicatio accurata l. interdum. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.*
148 *Nullum depositum, sine expressa partium conventione, transfert possessionem in depositarium.*
149 *In possessionem missus ex primo decreto, non constituitur possessor.*
150 *Nemo præsumitur suum perdere, aut donare.*
151 *Ad possessionem transferendam titulus idoneus exigitur.*
152 *Quod possidemus, id in nostris quoque bonis habere dicimur.*
153 *Mens & sententia l. licet. 17. ff. deposit.*
154 *Deponere, pro dimittere.*
155 *Intellectus cap. 1. & tot. titul. extr. de sequestrat. possess. & fruct.*
156 *Sententia Clement. unic. de sequestr. poss. & fruct.*
157 *Intellectus l. unic. C. uti possidet.*
158 *Quatenus judex aliquem suo dominio privare possit.*
159 *Intellectus Ordinationis Cameralis part. 2. tit. 21.*

Digitized by Google

160 *An is, apud quem factum est juris patronatus, & sequestrum, vacante Sacerdotio, jus præsentandi habeat.*
161 *Disciplina Ecclesiastica periculum non debet ob [illegible] conventionem.*
162 *Sequester administrationem habet tam spiritualium, quam temporalium.*
163 *Intellectus c. cum Bartholdus. 18. de sentent. & re jud.*
164 *Sequestrum ad quid fieri soleat.*
165 *Intellectus c. quoniam. 3. & c. cum propter. 27. ext. de jur. patronat.*
166 *Satisdatione (quæ necessaria sequestri vocatur) sequestrum relaxatur.*
167 *Quo casu satisdatio sive cautio non recipiatur.*
168 *Satisdatio materiam propositum non immutat.*
169 *An & quatenus juramentum cautio ad relaxandum sequestrum sufficiat.*
170 *Sensus l. 1. § 2. C. de [illegible] tollend. & Auth. generaliter. C. de [illegible] & [illegible].*
171 *Quæ satisdatio proprie idonea intelligatur.*
172 *Quibus modis sequestratio finiatur.*
173 *Quando [illegible].*
174 *Per [illegible] judicio sisti sequestrum revocetur.*
175 *Sequestratio finitur per sequestri renunciationem.*
176 *Sequestri officio per renunciationem finito, cui res litigiosa restituatur.*
177 *Sequestratio finitur conditione existente, vel die veniente.*
178 *Cur morte sequestri extinguatur sequestratio.*
179 *Actio depositi sequestrataria duplex: directa, & contraria.*
180 *Directa cui, & adversus quem, & ad quid, competat.*
181 *Contraria depositi sequestrataria actio cui, contra quem, & ad quid, detur.*

1 QUarta species obligationum, quæ re contrahuntur, dicitur *depositum*, quod aliàs & commendatum & receptum appellatur. *l. Lucius. 24. l. Publia 26. in princip. ff. deposit. l. is, penes quem 6. & l. cum hereditas. 9. Cod. eod. l. commendare. 186. ff. de verb. signif. tit. ff. naut. c. caup. stabul. ut recepta restituant. D. Vultejus hic, & libr. 1. Jurisprud. Rom. cap. 33. n. 1. Treutler. Disput. 26. thes. 1. ad lit. B. & F. volum. 1.* dictumque est ex eo, quod ponitur. Præpositio enim *de* auget positum: ut ostendat, totum quoad custodiam, commissum fieri ejus, apud quem deponitur. *l. 1. in pr. ff. depositi. ibique in Paratitl. Wesenbec. n. 2. Mozz. in tract. de deposito, in princ. Petr. Gregor. in syntag. juris univers. lib. 23. cap. 2. n. 2.* Quemadmodum eadem præpositio *de* significationem auget in aliis quibusdam verbis; ut in verbo, demereri, dedere, deperire, demirari, & similibus. *Cujac. tract. 1. ad African. in fin. ad l. servos. 20. ff. de manumiss. testament. Gaspar Schoppius l. [illegible] verisim. cap. 9. Hiligerus in Donello enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. F.* Quod non fit, ubi *deponere* sumitur, pro *demoliri*, ut in *l. sed & loci. 4. §. sed & si. 3. ff. fin. regundor. l. 2. si quis, nemine. 17. ff. ne quid in loc. publ. l. metum. 9. §. 2. ff. quod met. caus. gest. erit.*

2 Definitur autem, meâ sententiâ, depositum non incommodè contractus, re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei: quo res gratis custodienda alicui traditur, eo fine, ut eadem illa in specie, quandocunque deponenti libuerit, restituatur. Eodem penè modo depositum definit Johannes Althusius *lib. 1. Dicæolog. cap. 70. n. 1. pag. 241.* & Knipschildt *exercit. 5. Academ. 4. th. 5. pag. 114.* nec non Richter *in tract. de contractibus. Disputat. 5. th. 1. pag. 109.* Quòd depositum sit contractus, re initus, nominatus, juris gentium, & bonæ fidei, evidens est *ex hoc §. nostro. l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de obligat. & actionib. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. §. sed jus quidem civile vers. & ex hoc jure, supr. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. hanc actionem. 23. ff. deposit. & §. actionum autem. 28. infr. de actionibus.* 3 Et cùm proximum genus in definitionibus usurpandum sit: rectè illa verba, *re initus*, generis loco huic definitioni sunt adjecta: ad differentiam aliorum contractuum, qui non re, sed verbis, aut literis, aut solo consensu perficiuntur, *de quibus infrà suo loco, titulis sub-* 4 *sequentibus.* Meritò dicitur in definitione: *quo res gratis.* Nam si interveniat merces, non depositum, sed potiùs locatio erit. *dict. l. 1. §. si convenit. 8. & §. seq. ff. deposit. §. ult. infr. de mandat.* Quanquam pretium depositionis, in re remunerationem præstiti beneficii, accipi possit. *l. 2. §. si in re deposita. 24. ff. vi bonor. raptor. Treutler. d. Disputat. 26. thes. 1. ad lit. E. vol. 1. Oleman. ad Disputat. 25. Giphani. n. 10. Formann. Disputat. 20. thes. 5. ad lit. C. & thes. 6. lit. A. Schickhard. Disputat. 12. thes. 6. ad lit. c.* Rectè quoque in definitione ponitur: *custodienda alicui traditur.* Etenim hæc censetur forma depositi, per quam 5 ab aliis contractibus, qui similiter re constituuntur, præcipuè distinguitur, *hoc § nostro, & d. l. 1. in princ. & l. propriè. 6. ff. deposit. d. l. 1. §. is quoque. 5. ff. de obligat. & action.* Siquidem in reliquis contractibus, qui re ineuntur, res custodienda non datur; sed, ut vel accipientis fiat, ut in mutuo & in debito, *de quibus suprà initio & §. 1. hoc tit.* vel ut ea accipiens utatur, sicut in commodato, *de quo suprà §. proximo.* vel ut eam in securitatem crediti habeat, ut in pignore, *de quo infrà §. proximo.* Sed & ex illo verbo, 6 *custodienda*, rursus differentia inter locationem, ut & precarium, & hunc depositi contractum perspicitur. In illis namque res conductori, & precarium roganti nequaquam custodienda, sed utenda traditur. *l. 1. in princ. ff. de precar. l. si quis domum. 9. in princip. l. si merces. 25. §. 1. & passim. ff. locati. Martin. Bonacina in tractat. de contractib. & restitut. disput. 3. quæst. 14. n. 2. pag. 683.* Neque adversa- 7 tur *§. sed is, apud quem. 17. inst. de obligationib. quæ ex delict. nasc.* ubi Justinianus ait, quod is, apud quem res deposita est, custodiam non præstet. *Ibi enim* custodia significat diligentiam mediocrem sive mediam, item exactissimam diligentiam, quam depositæ rei adhibere depositarius neutiquam tenetur, *ut patescit ex hoc §. & bene notavit Dn. Collega Bocer. in Commentar. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 11. edit. 2. & in hoc §. n. 7. pag. 192.* Cætera definitionis verba probationem suam recipiunt *ex hoc §. nostro. d. l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. est autem. 22. & d. l. Lucius. 24. ff. depositi.* Porrò ex proposita explicatâ definitione satis (ut opinor) appatet, quid sit depositum. Unde parum curo Boce- 8 rianam Depositi definitionem: quam ipse quidem D. Bocerus magis artificiosam & logicam putat, *in hoc §. n. 5.* At malo nostram retinere definitionem, utpote dilucidam, quàm istius obscuram æmulari diligentiam. Nam video magis è re Studiosorum esse; perspicuè rem proponere, quàm obscurè. Et passim Jurisconsulti gravissimi; tam veteres, quam recentiores, contenti sunt ejusmodi rerum Juridicarum sive definitionibus, sive descriptionibus, ex quibus res probè intelligitur: paucique reperiuntur, quibus istiusmodi Labeones, qui doctrinæ fiduciâ multa innovare student, grati sunt. *l. 2. §. ult. circa princ. ipsum. ff. de orig. juris.* Hinc rectè Francisc. Duarenus scripsit *ad tit. ff. de probationib. c. 2.* Jurisconsultis non opus esse logicâ sive dialecticâ definitione. Sed & ipse Galenus (qui aliàs à methodo laudem maximam meretur) *lib. 4. de pulsuum differ.* monet: ne quis se conjiciat in definitiones, de quibus nec inter ipsos Dialecticos satis conveniat. Idem explanatiùs persequitur Arumæus *in tract. de mora. cap 2.* cumque laudans Dn. Collega Besoldus, *in delibat. jur. ex lib. 4. pand. tit. 3. n. 7. pag. 344.* Hucque referenda sunt, quæ notavimus *ad §. 1. supr. tit. de tutelis. n. 2. & ad §. 2. supr. tit. de obligationibus numero 10. & aliquot subseqq.*

Depositi etsi alii alias, easque varias constituunt species, 9 *de quibus videndi sunt Schneidewinus hic num. 2. cum seqq. Mynsinger. n. Kling. num. 18. & Heigius num. 4. & seqq. Mozzius in tract. de deposit. cap. de divis. deposit. n. 16. Giphanius in Comment. de divisionib. jur. thes. 96. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 6. ad lit. H. Althusius lib. 1. juris Roman. c. 28. item d. lib. 1. Dicæolog. cap. 70. num. 4. cum seqq. pag. 241. Nicol. Reusner lib. 3. Disput. 6. thes. 8. Richter. d. disputat. 5. thes. 2. pag. 118. & Pacius in Epitom. jur. Disputat. 12. thes. 18.* ego tamen ejus duas po- 10 tissimùm species esse, censeo: quarum una perhibetur depositum in specie sic dictum: quando res non litigiosa, ab uno, vel à pluribus deponitur quod & simplex & vulgare depositum vocatur. *l. 1. §. sed si duo. 44. & passim. ff. depositi.* altera sequestratio dicitur. *l. ei, apud quem. 5. §. 1.* 11 *l. propriè. 6. l. si in Asia. 12. §. cum sequestro l. licet. 17. ff. eod. l. sequester. 110. ff. de verbor. signification. l. unic. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. Treutler. Disputat. 26. thes. 4. vol. 1.* Illudque subdividitur in voluntarium, quod ex libera voluntate deponentis proficiscitur: & necessarium, quod ex necessitate aliquâ descendit, veluti ruinæ, naufragii, tumul-

Digitized by Google

multûs, incendii. *dict.l.*1.*§*.1.*&* 2.*l.de eo.*18.*ff.deposit.D.*
12 *Vultej. lib.*1. *Jurisprudent. Roman. cap.*33. *num.*2. Prædictæ autem depositi divisionis neque ego, neque Dominus Collega Bocerus, auctores sumus, aut inventores: cùm ea ab Azone, aliisque pluribus, à Treutlero *d. disput.*26.*th.*4. allegatis tradita reperiatur. Non igitur est, ut ægrè molesteque ferat D. Bocerus, quòd in priori editione ipsum pro auctore & inventore hujus divisionis non laudaverim. Licèt enim ante annos triginta duos hanc depositi distributionem in Disputatione quadam (de qua, utpote obscuriore, nunquam cogitavi) proposuerit: non tamen sibi eam adscribere debet: cùm Azo ante annos quadrin-
13 gentos, & quod excurrit (Mortuus etenim est anno Gratiæ millesimo ducentesimo: ut refert Johannes Fichardus *in vita ejus, pag.* 227.) eam reliquerit. Cæterùm quòd Bocerus me insimulat, quasi ego hujus divisionis me primum auctorem jactitem: in eo mecum agit pro more suo, ac suum ingenium (ex quo me fingit) suamque calumniandi libidinem apertè prodit. Nam cùm expressè pro hac divisione allegaverim Treutlerum qui prænominatum Azonem, aliosque Interpretes adducit: profectò gnaviter impudentem & audacter calumniantem oportet esse eum, qui me tantæ arrogantiæ accusare; ac quasi ego pro hujus divisionis primo auctore & inventore agnosci velim, scribere non veretur.

14 Quia verò omnes contractus requirunt consensum. *l.*1. *§.conventionis.in fin.ff.de pact. l. in omnibus.*15. *ff. de oblig. & actionib.* idcirco deponere, & apud se deponi permittere illi tantum possunt, qui intellectum habent, & consensum accommodare noscuntur. Ex quo consectarium est: quòd infans, ne tutore quidem auctore, ex hoc depositi contractu alios sibi obligare, aut ipse obstringi queat. *§. sed quod diximus.*10.*instr.de inutilib.stipulat.l.*1.*§. hic proximus.*13.*ff.de obligationib.& actionib. l.in negotiis.*5. *ibi, qui fari possunt. ff. de reg. juris.* Sic quoque nec furiosus. *dict.leg.*1.*§.furiosum.*12.*ff.de obligationib. & actionib. dict.leg in negotiis.*5. *& l. furiosi.*40. *ff. de regul. juris.* nec pupillus sine tutore. *l.quod pupillus* 41.*ff.de condiction. indebit.l pupillus.*59. *ff.de obligationib. & actionib. cum similib.* nec minor. *l.* 3. *Codic. de in integrum restitut. minor.* vel prodigus. *l.is,cui* 6.*ff.de verborum.obl. l. interdum.*29. *ff. de condict. indeb.l.certi.*9 *§.sed & si.*7 *ff.de rebus credit. & c.dict.l. furiosi.*40 *ff.de reg. jur.* absque curatore depositi tenentur: nisi in quantum locupletiores facti fuerint, vel dolum commiserint. *l.*1.*§.an in pupillum.* 15. *ff. deposit.l.*1.*&* 2.*Cod.si advers.creditorem. Dn.Collega Bocer. class.*2. *Disputat.*10.*thes.*5.*edit.*2 *& in hoc §. n.*21. *Gædd. in Comment. r.de contrah.& committ. stipul.cap.*7. *conclus.* 10. *num.* 126.

15 Deponi autem possunt omnes omninò res, quæ sub factum custodiamque cadunt, tam alienæ, quàm propriæ: adeò, ut etiam, furi vel prædoni depositio rei furtivæ permittatur. *l.*1.*§.si prædo.*39.*l.bona fides.*31.*§*.1.*ff. deposit. l. non ab judice.*64.*in princ. ff. de jud.* si modò non apud rei dominum deponatur, Dominus siquidem rem suam, apud se depositam, restituere deponenti non compellitur. *l.qui rem suam.*15.*d.l.bona fides* 31.*§*.1.*in fin ff.deposit.l.neq; pignus.*45.*ff.de reg.jur.* Quinimò si apud alium fur vel prædo deposuit, domino petenti depositarius debet restituere. Tametsi enim bonæ fidei congruum est, ut rem recipiat, qui dedit: attamen totius rei æquitate inspectâ, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur; domino reddenda sunt, quæ facto scelestissimo ei
16 adempta fuerunt. Hanc etenim probat Tryphoninus justitiam, quæ suum cuiq; ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione. *dict. l.bona fides* 31.*§*.1. *vers. hæc est bona fides.ff. depos.& mihi Wes.in Paratit.l.n.*7.
17 Sed perplexæ inquisitionis quæstio hic occurrit: an res quoque immobilis recipiat depositum? Et sanè frequentissimis Interpretum calculis negativa opinio recepta est: eamque, *post Azonem in summa sua Cod. deposit. num.* 5. sequuntur *Accursius, Bartolus, Baldus, Salicetus & vulgò Dd. ad l.* 1. *ff. deposit. & Rubric. C. eod. ibique Siebard. numero* 4. *Panormitan. Petr. innocent. aliique ad rubric. extr. eod. Angelus, Porcius, Clingius, Schneidewinus, Mynsingerus, Wesenbecius, Schilbock. Heigius, Bebio, Thadæus Piso, Hottomanus, Vultejus & alii ad hunc §. nostr. Nicol. Mozzius in tractat. de deposit. cap.* 1. *n.*5. *& cap.de reb. quæ deponi poss. n.*1. *Coler. de processib. execut. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 67. *& n.* 104. *in fin. Dn. Collega Besold. part.*2.*delibator. jur.ex lib.*16. *Pandect. quæst.*14. *pag.* 165. *Treutler.vol.*1 *Disputat.*26. *thes.*4.*ad lit. d.Pet. Gregor.Tholosan, in Syntag. jur. univers.lib.*23. *cap.* 3. *n.* 4. *Donell. lib.*16.*Commentar.de jur.civ.cap.*14. *Giphan. in Altdorph.lect.ad l.si rem.*47.*n.*5.*ff.de acquir.vel amitt poss. Hackelm. disput.*9. *thes.*13. *Arumæus Exercit.*12. *thes.*14. *Locamer. quæstionum juridicar. fascic.*35. *quæst.*4. *Forster. libr.*3. *Disputat.*16. *thes.*16. *Paulus Berens disputat.* 9. *ad Institut.them.*3.*quæst.*1. *Steinhausen in Paratitl. ff. depositi n.*6. *Schickard. disputat.* 12. *thes.* 6. *sub lit. a. & resolut. quæst.* 1. *Cludius in tract. de jure sequestrat. cap.* 1. *n.* 19. *cum seq. & cap.*8. *n.*2. *& seqq.* Verùm contraria affirmans sententia legum veritati magis videtur consentanea. Tum quia objectum depositi indefinitè in vocabulo rei constituitur. *l.*1.*§.quæ depositis.*5. *& passim. ff. deposit.*
Rei autem vocabulum non minùs immobilibus compe- 18
tere, quàm mobilibus, extra controversiam est. *l.rei appellatio.*5.*ibique Dd. ff.de verborum significat.* Tum quia deponere nihil aliud est, quàm commendare, sive rei custodiam alicujus fidei committere. *dict.leg. in princip. l. Lucius.*24.*vers. quid est enim ff.deposit.l. commendare.*186. *ff.*
de verbor.significat. At rei quoque immobilis custodiam 19
esse, expediti juris est. *l.*3.*in fin.ff.de acquir. vel amitt. possess.l si vendita.*11.*ibi, in insula custodienda.ff. de peric. &*
*commod.rei vend.l. dominus.*55. *in princip. ff. locati.* Tum 20
etiam quia & commodatum in re immobili consistit. *l.* 1. *§.*1. *ff.commodat.& monitum supr.§.proximo. num.*13. in quo ipso etiam custodia præstanda est. *l.si,ut certo.*5.*§.custodiam.*5.*ff. d.tit.* Atque huic decisioni, *post Gæddeum ad rubr.ext.de sequestrat.poss.& fruct. num.*10. *cum seqq. & ad l. sequester.* 100. *num.*2. *ff.de verbor.significat* adstipulantur *D. Bocerus class.*2. *Disput.*10.*thes.*7. *ad lit.b. edit.*2. *Plebst.Disputat.*2.*de jure topico, Ducatus Wirtemberg. th.* 16. *ad lit. a. edit.*1. *Hunnius disputat.* 13. *controvers.* 11. *Matth.Stephani.centur.*3.*quæst.*31. *Ungepaur.Exercit. Just.* 10.*quæst.*6.*pag.*397.*edit.ult. Nebelius in them. dub. disput.* 12.*th.*4.*lit.A.Setser.disp.ad Instit.*21.*th.*12. *lit.f. Wegner. disputat.*10.*ad Institut.th.*6. *lit.d. Knipschildt. d. exercitat. Acad.* 4.*q.*1. *pag.*125. *cum seq. Hosinerus progymnas.decur.* 6 *posit.*4.*lit.A.Hunnius Disput.*14. *thes.*22.*& libr.*3. *var. resolut. jur.civ.tract.*3.*part.*4. *quæst.*1. *pag.*541. *cum seqq. Stuckius. part.* 1. *Exercit. Justin. decad.* 10. *assert.*7. *lic. c. Quirinus Kubach.cent.*1. *quæst. illustr.decur.*1. *quæst.*3. *& Timæus Faber disput.*22. *ad Instit. Imperial. th.*13. *sub lit.b.*
Non obstat, quòd nulla lex sit, quæ dicat, etiam rei im- 21
mobilis depositum esse, nullumque rei immobilis depositæ exemplum in Corpore Justinianeo extet. *Siquidem* non exemplis, sed legibus judicare oportet. *l. nemo judex* 13.*Cod.de sentent. & inter loc.om.jud. D. Georg.Mundius in Comment.de diffamationib. cap.*4. *n.* 85. *pag.*120. *ed.*1. Nam & commodatum in re immobili consistere, apparet *ex d.l.*1.*§.*1.*ff.commodat.* & tamen ejus vix alibi expressum exemplum occurrit. Imò exempla depositæ rei immobilis extant *in cap.*1.*ext.de sequestrat.possess.& fruct. Clement. un. eod. c. examinata.* 15. *ubi, Ecclesiam sequestratam. ext. de judic. cap.* 2. *ext. de dol. & contum. l.si cum dotem.* 22. *§. sin autem.* 8. *ibi, dotem sequestrari. ff. solut. matrimon. & similib.* quia sequestrationem (quæ, *secundum jura modo allegata*, etiam potest esse rerum immobilium) depositi speciem esse, exploratum est. *l. proprie.* 6. *ff. deposit. & ostensum supr. n.* 11.
Similiter non resistit, quòd Ulpianus ait, depositum 22
esse, quod custodiendum alicui datum sive traditum est. *dict. leg.* 1. *in princip. ibiq; gloss. ff. deposit.* rem autem immobilem neque tradi, neque dari, neque custodiri posse: cùm neque loco moveri, neque manu in manum dari, neque latere, neque fugere, neque auferri, vel subtrahi queat. *§.quod autem,*7. *vers. abolita. supr.*
de usucapionib.& long.temp.præscript. Hoc, inquam, non 23
resistit. Quod enim *in d. vers. abolita.* fundi locive furtum non fieri dicitur: in causa non est custodia, aut factum tradendi: sed quòd loco moveri non possit, & auferri:

Digitized by Google

& auferri: cùm tamen furtum à ferendo appellatum esse putetur, rerumque duntaxat sit mobilium. § 2 *inst. de obligationib. quæ ex delict. nascunt.* & *l. 1. ff. de furt.* Etsi verò furtum locorum fundorumque fieri nequit: iis tamen vim inferri, incendium fieri, depasci eos, corrumpi, & multis aliis modis ob neglectam custodiam deteriorari posse, in confesso est. § *quod autem. 3. supr. de usucapionib. l. 1.* & *tot. tit. ff.* & *C. de vi,* & *vi armat. d. l. si vendit. 11. ff. de peric.*
24 & *commod. rei vend.* Sed & factum dandi tradendique in rem cadere immobilem, elucescit ex *l. si stipulatus. 4. ff. de usuris. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verbor. obligationib. l. 1. l. 3. l. tenetur. 6. §. sed si aream. 2.* & *l. si tibi. 8. ff. de actionib. empt.* Proindeque falsum est, quod nonnulli docent, tradere nihil aliud esse, quàm è manu in manum dare: cùm traditio significet quamlibet rei translationem, quæ modò nudum est factum, à causa possessionis jurisque vacuum. *l. 2. ff. de verborum obligationibus.* modo non nudum, sed cum causa *d. l. leg. 3. ff. de action. empti. D. Gedd. ad d. rubric. tit. de sequestrat. possess.* & *fruct. n. 11. Clud. d. tract. de jure sequestr. cap. 8. n. 6.*

25 Hic verò nova, quæ præclarissimum D. Bocerum incessit religio, me paululum subsistere jubet. Perstingit me ille *numero 24. pagin. 194.* quòd prædicta argumenta ex Domino Geddeo transcripserim. *Alienam operam* (inquit) *omnibus obviam transcribere integram,* & *meis Commentariis adponere, mihi religio esset,* &c. O religiosum hominem! Sed ô nimis in religione inconstantem. Nam ipsissima illa Geddei argumenta hic Doctor noster transcripsit, & suis classibus apposuit, *d. disput. 10. class. 2. pag. 220. th. 1.* Quid ergo, mi Domine Bocere? Itane religionem tuam mutas? Itane ab ea recedis? Aut, num forsitan tibi licere putas, quod in aliis reprehendis? Certè, si quis omnia tua Scripta evolvat: deprehendet facilè, te quoque aliorum operâ usum esse: nihilque ferè in iisdem inveniet, quod non antea etiam sit traditum ab aliis: tantùm excipio quosdam errores tuos, qui sunt singulares. Nunquid ergo.

Turpe est Doctori, cùm culpa redarguit ipsum?

26 In custodienda porro re depositâ, depositarium tantummodo dolum, & latam culpam evitare teneri, liquet ex *l. 1. § nostro. l. 1. § ultim. si hominem. 7. in prin. sp. l. si fine. 20. l. quod Nerva. 32. ff. deposit. l. si, ut certo. 5. §. 2. ff. commodat. l. 1. §. is quoque, apud quem 5. ff. de obligationib.* & *actionib. l. contractus. 23. ff. de regul. juris. eleganter Marcilius hic in suis not.* & *Justus Meyer. in Commentar. de culpa in contractib. præstanda. th. 115.* Ejusque ratio duplex est: tum quia ille, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet, *ut Justinianus h. l. in fine loquitur:* & *in simili respondit Paulus in l. cum mandat. 22. in fine. ff. de minorib.*
27 Tum quia depositum nullam depositarii, hoc est, ejus, apud quem deponitur; sed solius deponentis utilitatem continet. *d. l. si, ut certo. 5. §. 2. ff. commodat. Hænon. Disputat. 13. controvers. 12.* At quid, si suis rebus summam adhibere diligentiam consueverit depositarius: annon hoc casu ad levem etiam culpam tenebitur? Non teneri, discimus ex hoc §. & *jurib. prææallegatis:* ex quibus constat, nullam in deposito rationem culpæ levis & levissimæ, nullam desidiæ aut negligentiæ habendam: sed solius doli & latæ culpæ præstationem esse: ut rectè monuit Treutlerus *volum. 1. Disp. 26. thes. 2. ad lit. c. ubi Accursium dissentientem citat.* Item Treutler. latè *consil. 34. n. 19.* & *seqq. volum. 1.* Eâdem de re vide nervosè ac rectè disserentem Frantzkium *exercitat. 9. quæst. 9. pag. 285.* & *seqq. item Lauterbachium d.*
28 *fascic. 35. quæst. 5.* & *6.* Enimverò eveniunt tamen nonnulli casus, quibus præter dolum & latam culpam, in deposito etiam culpa levis & levissima præstatur. I. Si depositarius se deposito obtulerit. *dict. leg. 1. §. sæpe evenit. 35. ff. deposit.* Licèt aliter sentire videatur Cludius. *d. tractat. de jure sequestrat. cap. 11. n. 11.* II. Si pro rei custodiâ mercedem acceperit. *d. l. si, ut certo. 5. §. 2. vers. nisi fortè. ff. commodat. Joannes Matienzo in repetit. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. n. 99.* Tametsi hoc casu magis locatio propriè, quàm depositum, censeatur. *d. l. 1. §. si quis servum.*
29 *9. ff. deposit.* Quanquam autem Dn. Collega Bocerus *in hoc §. nostro. n. 34. pag. 196.* autumat, manere depositum utcunque merces intervenerit: tamen fallit se ipsum. Quomodo enim, obsecro, actio ex locato & conducto locum habebit in deposito? Proinde cum Ulpianus Jureconsultus *in d. l. 1. §. si quis servum. 9. ff. deposit.* apertè actionem ex locato & conducto esse dicat, si merces custodiæ intervenerit: non video sanè, cur erroneam & absurdam Boceri opinionem, præ verâ ac juri consonâ Ulpiani sententiâ, amplecti debeam; maximè cum D. Bocero nihil omnino suppetat, quod ad eum expressum textum respondere queat. Huc accedit, quod differentia specifica (teste 30
ipsomet Bocero *ad hunc §. n. 9.*) quâ locatio & conductio secernitur à deposito, in eo consistit, quòd depositum *gratis* fiat: in locatione vero & conductione merces interveniat pro custodiâ. *d. l. 1. §. si vestimenta. 8. ff. deposit.* Qui ergo depositum erit, si merces interveniat? Hoc qui dicit: is æquè ineptè statuit, ac si hominem animal irrationabile esse diceret. Insuper D. Bocerus perperam & vitiosè in definitione depositi addidisset vocabulum *gratis*, si etiam mercede interveniente depositum maneret. Nam, teste Aristotele *lib. 6. Topic. cap. 2.* (cujus ri- 31
gida præcepta in suis definitionibus se observasse videri vult D. Bocerus) omnis definitio, constans tali aliquo vocabulo, quo detracto, perfecta nihilominus relinquitur definitio, ea vitiosa est. Sed hæc planiora esse puto, quàm ut prolixiore refutatione indigeant. III. Si depositarius 32
in mora restituendi depositum fuerit. *l. si in Asia. 12. §. ultim. ff. dict. tit. Clud. d. cap. 11. n. 22. Osterman. hic in suis rationalibus. p. 68.* IV. Si depositum solius depositarii gratiâ fuerit factum, *ut in specie l. si quis nec causam. 4. ff. de reb. credit. si cert. pet.* V. Si nominatim convenerit, ut res deposita esset periculo ejus, qui suscepit. *dict. leg. 1. §. sæpe. 35. ff. deposit. dict. leg. 5. §. 2. ff. commodati. l. juris gentium. 7. §. sed & si quis. 15. ff. de pact.* ubi Pomponius, *prout eum refert Ulpianus,* ait: omne periculum, adeoque non id solum, quod culpâ, sed & illud, quod casu fortuito accidit, ex pacto & conventione spectare ad depositarium. Idem dicendum putat Accursius 33
ad dict. leg. 1. § sæpe. ff. deposit. & *ad l. 1. C. eod.* & *alibi.* si culpa, etiam levis, casum præcesserit, *argum. d. l. 5. §. quod vero. 4. ff. commodat.* & *d. l. si in Asia. 12 §. ultim. ff. deposit.* & *similium.* Quæ opinatio quantumvis à multis magni nominis Doctoribus recepta sit, *nempe à Bartolo, Alexandro, Jasone, Castrens. Zasio,* & *aliis, quos refert* & *sequitur Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 70. quibus assentitur etiam Joan. Jacobus Plebst. Disput. 2. de jure topic. Würtemberg. thes. 17. ad lit. b. edit. 1.* juri tamen nostro civili conveniens haud videtur. Depositarium etenim ob culpam levem non teneri: sed dolum duntaxat, &, quæ huic proxima est, latam culpam præstare debere, notissimum est ex hoc §. & *d. l. quod Nerva. 32. ff. depositi.* & *similibus supra allegatis.* Si igitur depositarius culpam solam, & per se consideratam, evitare non cogitur: multò certè minùs eandem evitare compelletur, si præter culpam etiam casus fortuitus accesserit, eoque res interierit. Hujusque ratio perspicua est: quia fatalis interitus sive casus fortuitus efficit, non ut durius depositarius, sed ut minùs obligetur, *argument. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* & *l. quæ fortuitis 6. Cod. de pignorat. act.*

Nec hanc nostram; ceu veriorem, impugnat sententiam *d. l. si, ut certo. 5. §. quod vero 4. ff. commodati.* ubi casus fortuitus imputatur ei, qui commodatum accepit, si aliqua culpa intervenit. *Longe namque* diversa est inter commodatarium & depositarium ratio. Commodatarius enim cum ob culpam quoque levem teneatur: mirum non est, si etiam ad casum fortuitum, qui ex levi ipsius culpa resultat, adstringatur. At depositarius cùm levis culpæ nomine obligari nequeat, *ut ex prædictis patescit:* nulla patitur ratio, ut de casu fortuito, qui ex levi proficiscitur culpâ, teneatur. 34

Neque etiam nostram definitionem evertit *d. l. si in Asia. 12. § ultim ff. deposit.* ubi Pomponius in hæc verba respondit: *Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere rem,* 35
nec

Digitized by Google

nec reddidit.. In illhoc siquidem responso depositarius
circa restitutionem tantum rei, non autem in re ipsa cul-
36 pam commisit. Litem enim secum contestari passus est,
37 nec depositum reddidit, cum id reddere potuerit. Ita-
que in mora fuit constitutus, quæ meritò obligationem
perpetuat. *l. si ex legati.* 23 *ff. de verbor. obligat.* Nec hanc
frangit solutionem, si quis instando objiciat: culpam
etiam in ipsam rem commissam perpetuare obligationem
l. si servum 91. §. *sequitur.* 3 *ff. d. tit.* proindeque depositari-
um, culpâ in rem ipsam admissâ, ad casus fortuiti præsta-
38 tionem adstringendam esse. *Etenim dicendum*: regulam
illam, quæ generaliter affirmatur, quòd per quamvis
culpam obligatio perpetuetur, non esse ad levem deposi-
tarii culpam applicandam: propterea quòd nominatim
& in specie tum hoc in §. nostro tum alibi cautum sit, ob
culpam levem non teneri depositarium. In toto quippe
jure generi per speciem derogatur. *l. in toto* 80 *ff. de regul.
jur. Sed vide Joannem Vaulion, istam rem latius enodan-
tem, variarum quæstion. lib* 2. *quæst.* 33. *quem refert & se-
qui videtur D. Collega Bocerus class.* 2. *Disput.* 10. *thes.* 21.
39 *ad lit. b. edit.* 2. Porrò idem Bocerus rem istam novissimè
aliter explicat *in præsenti* §. *n.* 31. *pag.* 195 ubi dictum
l. si in Asia 12 §. *ultim ff. deposit.* accipiendum putat de eo
casu, quo depositarius in dolo consistit. Sed quæ ex cau-
40 sa, non video. Nec enim sequitur: depositarium conti-
nuò in dolo esse, si judicii accipiendi tempore potuit rem
depositam reddere, nec reddidit: quandoquidem quæli-
bet, etiam fatua, bestialis, temeraria, minuta, inepta atque
insulsa causa, a dolo excusat, *argument. l. quæro.* 12. §. 2.
& 3. *ff. de verb. oblig.* [illegible] & *Jason in l. unic.* §. *ultim.
num* 24 & *seqq. ff. si quis jus dic. non obtemper. Menoch.
consil.* 31. *n.* 8. *consil.* 58. *n.* 34 & [illegible] 7. [illegible] 15.
Tiraquell. de pæn. tem. [illegible] 43 *Cothman. consil.* 4. *n.* 6.
& *consil.* 51. *n.* 14 [illegible] 3 [illegible]
D. Mundius in Commentar. [illegible] *cap.* 2. §. 3.
41 *n.* 37. & *seqq.* Neque juvat Boceri explicationem *l. si
quis inficiatus* 13. *ff. deposit.* Nam loquitur ille textus de
eo, qui licèt sciat, se reddere debere, nec ullam causam
prætendere possit, quò minus reddat: tamen rem deposi-
tam reddere non vult. Hunc dolo malo facere, rectè re-
spondet ibidem Paulus Jurisconsultus. At idem de casu
dicto l. si in Asia. 12. §. *ultim.* absque divinatione dici
nequit.

42 Cæterùm quocunque tempore depositum sibi reddi
depositor petat: res deposita restituenda. [illegible] nisi con-
venerit, quo tempore depositum reddi debeat: quia enim
deponentis gratia contrahitur: non prohibendus est pro
arbitrio revocare contractum, & mutare voluntatem. *l.* 1.
§. *si autem* 22 & §. *si deponens* 45 [illegible] *Castrens.* &
43 *Costal ff. deposit.* [illegible] *n.* 7. Eo au-
tem loco depositum est restituendum, ubi est sine dolo
malo depositarii: nisi depositor suis impensis alibi reddi
velit. *d. l. si in Asia* 12. *in princ.* & §. 1 *ff. deposit. l. cum res.*
47 *ff. de legat.* 1. *l. quod legatur.* 38 *ff. de* [illegible] convene-
rit inter partes, quo loco debeat restitui. *l. et apud quem.*
5. §. 1. *ff. deposit. in bonæ fidei.* 7 & *l. qui certo* 9. *ff. de eo,
quod certo loco dari oport.* Donell. l. 15 *Commentar. de jur.
civil. cap.* 13. Et sanè eadem ipsa res, quæ data sive depo-
44 sita est, in specie restituenda est, *hoc* §. *nostr.* & *l.* 1. §. *is quo-
que, apud quem.* 5. *ff. de oblig.* & *action.* nisi quantitas veluti
pecunia sit deposita, & conventum; ut tantundem red-
deretur. Tunc enim eandem quantitatem in genere eo-
dem reddi, æquitati congruit. *l. Lucius.* 24 *l. die.* 21. § 1. *l.
si sacculum* 29. §. 1. *ff. deposit. l. innumeris* 31. *ff.* [illegible] Si-
quidem contractus ex conventione legem accipiunt. *l.* 1.
§. *si convenit.* 6. *ff. deposit. l. in conventionib.* 52. *ff. de verb.
oblig.* Vide Frantzkium *d. exercitat.* 9. *quæst.* 8. *pag.* 284.
Quòd si depositarius ob contumaciam restituere deposi-
tum nolit, vel ejus dolo, aut latâ culpâ res deposita perie-
rit, ut restitui nequeat: officio judicis jusjurandum in li-
tem depositori potest deferri, ut ejus arbitrio rei pretium
statuatur. *d. l.* 1. §. *in deposito.* 26 *ff. deposit. l.* 2. §. 1 [illegible] 8 *ff.
de in lit. jurand. l.* 2 *Cod. d. tit.* 11. *Bocer. d. class.* 2. *Disput.* 10.
thes. 30. *edit.* 2. & *in hoc* §. *n.* 42. *pag.* 167. Fructus quo-
45 que, omnisque causa, & rei utilitas, itemque partus in re-
stitutionem venit. *dict. leg.* 1. §. & *ideo.* 24 *ff. deposit. Azo in
summa Codic. eod. titul. n.* 26. *Mozz. in tractat. de deposit.
colum.* 4. *n.* 1. & 2. usuræ autem sine morâ & conven-
tione non debentur. *dict. l. Lucius.* 24. *dict. leg. die* 25. §. 1.
l. Publia. 26. § 1. *l. si sacculum* 29 §. 1. *ff. deposit. l.* 2. & *l.* 4.
Cod. eod. Eâque de re enodatiùs tractant *Duarenus in
Commentar. tit. Cod. & Digest. depositi. cap.* 4. *Cujacius
in Commentar. in lib.* 9. *quæstion. Papin. pagin.* 200. *cum
sequentib. Brunnhorst. centur.* 2. *ἐναντιοφαν. assert.* 4.
edit. 1. & *Treutler. volum.* 1. *Disputat.* 26. *thes.* 7. *ad
lit. A.*

Quæri haud infrequenter solet: si quis penes aliquem 46
cistam sive valisiam signatam, vel simile quid deposuerit:
utrùm cista tantùm, an & species inclusæ petendæ sint? Et
utrumque petendum, verisimilius videtur. *l.* 1. §. *si cista si-
gnata.* 41. *ibiq; Bartol. n.* 2. *ff. de posit.* Cæterum si cista
illa reserata vel dissigillata, indeque aliquid amissum fue-
rit; & quantum sit ablatum, ignoretur: tunc, deficienti-
bus probationibus, juramento deponentis (habitâ mode-
ratione judicis secundùm personæ qualitatem) creditur.
d. l. 1. §. *si quis argen.* 40. *vers. salvo eo. ff. d. t. l. si quando.* 9. *C.
unde vi. Idem tradidimus in* § *item exercit* 3. *n.* 11. *infr. de
obligationib. quæ quasi ex delict. nascunt.* Cur autem tam se-
vere contra depositarium lex statuerit, ratio hæc assigna-
tur: quia iniquissimum esse judicavit, depositarium depo-
nentis amici fidem, quam de eo habuit amicus, ita turpiter
debuisse fallere: ut post Aristotel. *lib. problem. section.* 29.
quæst. 2. & 6. docuit Menochius *lib.* 2. *de arbitrar. judic.
quæst. centur.* 3. *cas.* 208. *n.* 28. Veruntamen deponentis 47.
juramento contra depositarium non statur, si facti & per-
sonarum qualitas aliud suaserit: ut, si cista per se facile re-
serari potuerit: & depositarius sit vir probus & bonæ fa-
mæ, spectatæque fidei: vel si deponens non consignasset
valisiam hospiti, sed eam ita simpliciter in diversorio reli-
quisset: vel si illi custodiam non mandasset, sed eam ipse re-
tinuisset, aut denique, omni sua culpâ vacare, depositarius
probare vellet: de quibus & similibus casibus exceptis ple-
nissimè agunt *Johan. Baptist. Ploti in d. l. si quando* 9. §. 10.
n. 6. *cum seqq. C. unde vi. Mascard. vol.* 1. *de probat. conclus.*
507. *Hyppolyt. de Marsil. ad rubr. C. de probat. n.* 134. *Hei-
gius in hoc* §. *nostro, n.* 35. *Menochius d. cas.* 208. *n.* 30. &
multis seqq. aliiq; per hunc relati. Eâdem de re jus no-
strum renovatum Wurtembergicum sequentibus dispo-
suit verbis, *part.* 2. *tit.* 3. *pag.* 246. *So in einem beschlosse-
nen.* . . . i. e. *Si in clauso vel signato dolio vel cista, vel cu-
jus generis theca, res depositæ sint vel custodiendæ com-
misse, nec corpora singula depositario designata vel nu-
merata sint; Atque hæc cista vel theca clausa signata-
que, uti deposita erat, restituatur, tunc non tenetur
depositarius de rebus singulis rationem inire, vel earum
nomine quicquam præstare, nisi dolum vel fraudem cir-
ca eas commiserit. Si vero sigilla vel cera sint fracta,
aut cista quocunque modo sit reserata, indeque aliquid
amotum sit, probante autem deponente hoc ab eo fa-
ctum esse apud quem depositum erat; tunc, quæ erant
in dolio vel cista inclusa, secundum deponentis juramen-
tum delatum juramento confirmatum, erunt restituen-
da. Si vero nullus arguatur dolus depositarii, hicque
vir sit probus ac bonæ famæ, & juramento suo proba-
verit se non reserasse cistam, nec de ea re quicquam
sibi compertum, suave culpâ factum esse; tunc deposi-
tarius liberandus est. In hoc tamen negotio Caupones &
Tabernarii magis quam alii diligentiam, eamque maxi-
mam præstare tenentur; nec enim nisi de casu fortuito
liberari possunt.*

Porrò si pecunia, nec clausa, nec obsignata apud ali- 48
quem deposita fuerit, & convenerit, ut tantundem re-
stituatur, non mutuum, sed depositum, potiùs contra-
ctum videri, evincitur perspicuè *ex l. Lucius.* 24. *l. die
sponsionum.* 25. § 1. & *l. si sacculum.* 29. §. 1 *ff. deposit.* In
hisce enim locis omnibus habetur, quòd usuræ pecuniæ,
sic depositæ, ut non eadem, verum tantundem red-
deretur, præstari ex conventione debeant. Atqui usu-
ræ ex mutuo non debentur, etsi de illis præstandis ab
initio convenerit. *l. quamvis.* 3. *ibique glos. C. de usur.*
Non

Digitized by Google

Non igitur in proposito casu mutuum, sed depositum
contractum intelligitur. Hancque sententiam pluribus
defendit D. Hunnius *l. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 3.*
part. 4. quæst. 2. pag. 944. & seqq. contra dissentientes
Hotomanum *lib. 4. observ.* 10. & Nicolaum Bellonum
lib. 1. supputation. cap. 7. Vide quoque Kubachium *cent.*
1. quæstion. illustr. decur. 1. q. 4. Quæri & illud non incon-
venienter poterit: an etiam depositarius quovis tempore
& pro lubitu rem depositam invito, neque repetenti de-
ponenti restituere valeat? Et quamvis id affirment Treut-
ler. *vol. 1. disput. 26. th. 5. sub lit. b.* & ibidem Hunnius
in suis resolut. pag. 1673. cum seq. contrarium tamen ve-
rius esse putaverim. Tum quia contra legem depositio-
nis facere non potest, qui semel officium suscepit: quo-
niam ex post facto fiunt necessitatis, quæ ab initio erant
voluntatis. *l. sicut. 5. C. de obligat. & act. §. mandatum. 11.*
infr. de mandat. l. si quis. 27. §. 2. ff. eod. l. in commodato,
17. §. 3. ff. commodati. Tum quia eam ob causam depo-
nimus res nostras, & in iis custodiendis alterius operam
imploramus, quòd ipsi eas non possumus custodire. Sed
si depositarius invito deponenti eas pro lubitu restitueret:
hunc depositi finem transgrederetur; hocque modo re-
dundaret in odium deponentis, quod tamen in ejus favo-
rem introductum est, *contra l. legata inutiliter. 14. ff. de*
adim. vel transf. legat. Tum postremò quia non ve-
rum esset, quòd pro lubitu deponens rem suam repete-
re posset, *contra d. l. 1. §. est autem. 22. & §. si deposuero.*
45. ff. deposit. Nec obstat ratio à Treutlero *prædicto loco*
adducta: quòd scilicet depositarius tantùm ad restituen-
dam, non etiam ad servandam teneatur. *Nam* falsa est ist-
hæc ratio: quippe negotio contracto, & officio suscepto,
depositarius obligari cœpit non tantùm de re restituenda,
sed etiam servanda. *Wesenbec. in Paratit. ff. deposit. num.*
5. Enimverò istud limitari debet, si justissima & gravissi-
ma causa supervenerit. *l. ei, apud quem. 5. §. fin. ff. eod.*
Richter. in tractat. de contractib. disput. 5. th. 1. sub lit. k.
pag. 113.

49 Actio ex deposito nascitur duplex: una directa, altera
contraria: id quod satis arguit inscriptio tituli Digestor.
quæ ita concepta est: *Depositi, vel contrà.* Sicuti in com-
modato, cùm agitur commodati, vel contrà. Una enim
hic est actio principalis; altera autem est veluti secunda-
50 ria. *l. in commodato. 17. §. 1. ff. commodati.* Quoties a-
gitur ad id, de quo principaliter contractus initus est,
tunc datur actio directa: quæ actio ei competit; qui de-
posuit rem; adversus eum, apud quem res deposita est.
De eo namque principaliter negotium contractum est,
ut res custodiatur, & postea reddatur, cùm deponens eam
repetere voluerit. Sed utilitatis causa receptum est: ut
depositario contrà; id est, vicissim etiam liceat experiri
certis ex causis; & ea actio dicitur contraria, *ut bellè no-*
tavit Duarenus ad t. ff. & C. de commodato. cap. 3. & ad
tit. Cod. & Digest. depositi, vel contrà. cap. 2. Et certè dire-
cta depositi actio non solùm depositori; sed & heredibus,
cùm rei sit persecutoria, cæterisque successoribus accom-
modatur. *l. 1. §. hæc actio. 19. ff. depositi.* singulis tamen
pro portione hereditaria, ut & reliqua jura. *l. 2. C. de he-*
reditar. actionib. l. ea, quæ. 6. C. famil. ercisc. Quòd si res
individua sit deposita: uni agenti, præstitâ satisdatione,
restituetur: aut in ædem sacram deponetur: hacque ra-
tione depositarius omni actione & periculo liberabitur.
51 *d. l. 1. §. si pecunia. 36. cum §. seq. ff. deposit.* In heredem
quoque ejus, apud quem depositum est, hæc actio da-
tur in solidum; vel si plures sint, in quemlibet eorum pro
eâ parte, quâ heres est. *l. si hominem. 7. §. 1. ff. eod.* nisi res
divisionem non recipiat: quo casu quilibet in solidum, sed
in condemnationem pro eâ parte, quâ heres convenitur.
l. si duo. 22. ibiq. Accursius. ff. d. tit. & ibidem in suis Para-
titl. Wesenbec. n. 9. & Steinhaussen n. 5. item Duaren. c. 4. ad
52 *finem.* Plane, hæc actio si instituatur, & depositarius apud
se rem depositam esse, in lite inficietur: si tumultûs, incen-
dii, ruinæ, vel naufragii causâ res sit deposita, deposita-
rius convictus in duplum condemnatur, non etiam ejus
heres: nisi de hujus dolo agatur. *l. 1. §. 1. & seqq. l. de eo,*
quod tumultus. 18. ff. deposit. §. rei persequendæ. 17. vers.
planè si depositi. infr. de action. Fürstlich Würtembergisch
Erneuert Landrecht, part. 2. tit. 3. p. 247. Hæcque deposi- 53
ti actio illo gaudet privilegio: ut is, qui eâ experitur,
omnibus creditoribus, etiam privilegiatis, quique taci-
tum vel expressum pignus non habent, præferatur. *dict.*
l. si hominem. 7. §. 1. vers. & ante privilegia. ff. deposit. l. si
ventri. 9. §. in bonis. ibiq. Ripa. ff. de privil. cred. Straccha
in tract. de decoctor. part. ult. Heigius hic n. 30. Nulla item 54
compensatio, deductio, vel doli, aut non numeratæ pecu-
niæ, aliave altiorem indaginem requirens exceptio, ist-
hanc actionem excludit. *l. penult. C. depositi. l. fin. C. de com-*
pensat. l. in contract. 14. §. 1. C. de non numerat. pecun. §. in
bona fide. 30. ubi id explicui paulo latiùs. n. 25. & 29. infr.
de action. Oldendorp. class. 4. act. 23. pag. mihi 673. §. qua ra-
tione, &c. Sebast. Medic. in tract. de compensat. part. 1. q.
19. Eman. Costa in l. si ex cautione. 3. limit. 2. n. 1. & seqq.
C. de non n. pec. Mozz. in tract. de deposit. col. 4. n. ult. Hun-
nius Disp. 20. ad Inst. thes. 16. Arumæus exercit. Just. 12. th.
16. Andr. Gerhardi decad. 13. q. 2. Schickhard. Disp. ad Inst.
12. thes. 6. sub lit. b. in fine, & resol. q. 5. Enimverò retentio-
nem in deposito ob impensas dari, concludunt Casp. Schi-
fordegher *part. 1. tract. 1. q. 3.* eumque laudans Valentinus
Riemer. *dec. 9. q. illustr. 9.* Præterea hac actione condem- 55
natus, adeo confestim ac præcisè rem restituere tenetur:
ut illi quadrimestre tempus (quod aliis debitoribus ad ju-
dicatum solvendum est indultum. *lib. 2. C. de usur. rei ju-*
dic.) haud indulgeatur, *arg. d. leg. 1. §. est autem. 22. ff. de-*
posit. & d. leg. penult. ibi illico modis omnib. compellat. C. eod.
Wurmbser. lib. pract. observ. tit. 23. obs. 1. Imò suo nomine
conventus & condemnatus, infamiæ maculâ notatur. *l. 1.*
l. furti. 6. §. si quis alieno. ff. de his, qui not. infam. l. qui de-
positum 10. ubi gloss. Bartol. & Castrens. Cod. depositi. Quòd 56
si, depositore invito, rem depositam contrectarit deposita-
rius: & hæc depositi, & furti actio, itemque condictio
furtiva competit, *l. si quis inficiatus. 13. §. 1. l. si saccu-*
lum. 29. in princ. ff. eod. Sed & depositorem rei vindica-
tione rem suam depositam repetere posse, enucleati juris
est. *l. 1. in fine. & ibi Sichardus. n. 2. C. eod. tit. l. officium. 9. ff.*
de rei vindic. D. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 10. thes. 37.
edit. 2.

Actio depositi contraria tribuitur depositario, ejusque 57
heredi, in deponentem, & ejus heredem: ad recuperandos
sumptus, in rem depositam necessariò & utiliter factos
leg. ei, apud quem. 5. in princ. l. si in Asia. 12. leg. actione. 23.
ff. deposit. ibiq. in suis Paratitl. Steinhaussen n. 5. Non autem, 58
ut in directâ, ita & in hac contrariâ actione, in litem ju-
ratur: quia non de fide ruptâ, sed de indemnitate ejus,
qui depositum suscepit, agitur. *d. leg. ei, apud quem. 5. in*
princ. ff. eod. Oldendorp. class. 4. action. 23. p. 676. n. 5. Ideo-
que hoc in judicio damnatum infamia non sequitur. *§. ex*
quibusdam. 2. infr. de pœn. temer. litigant. l. furti. 6. §. ult.
ff. de his, qui notant. infam. Schneidewin. in hoc §. n. 21. &
Wesenbec. in Paratitl. ff. deposit. num. ultim. Joh. Coppen.
lib. 2. observat. 14. num. 3. Deringius in Bibliotheca Juris-
consultorum. tom. 1. verb. actio depositi. numero. 3. fol.
305.

Hæc de speciali sive vulgari deposito breviter explicata 59
sufficiant: succedit modò *sequestratio*: quæ est rei litigiosæ
à pluribus facta depositio, *definitore Treutlero Disp. 26.*
thes. 8. volum. 1. Alias definitiones videre est in tract. meo
de process. judiciar. decad. 23. conclus. 1. ad lit. D. Dictaque
est à sequestro, qui est is, apud quem fit ejusmodi depo-
sitio. *l. sequester. 110. ff. de verborum signification. l. licet.*
17. ff. depositi. Sequester autem, *auctore Modestino*,
dicitur à sequendo: non tamen, quòd ipsi depositores fi-
dem illius sequantur; sed quòd ipse sequester quasi se-
quatur eos, qui de re contendunt, paratus eam restitue-
re parti alterutri, cui ex lege depositi ipsam reddi opor-
tet. *d. leg. sequester. 110. ff. de verborum signific. D. Bocer.*
class. 2. Disputat. 10. thes. 11. & Disput. 11. thes. 2. edit. 2.
item in hoc §. num. 65. pag. 199. Atque istam Modestini
Jurisconsulti etymologiam: contra alios, eruditè & co-
piosè defendunt *Gæddeus ad rubr. titul. Decretal. de se-*
questrat. possess. & fruct. num. 4. cum seqq. & Cludius in
tractat. de jure sequestrat. cap. 1. num. 6. & seqq. Illis
porrò definitionis verbis (*rei litigiosæ à pluribus*) discrimi-
natur à sequestratione à deposito, in specie sic appellato.

Digitized by Google

In sequestrum enim tantummodo res litigiosa seu controversa venit: at depositum rem etiam non controversam admittit. Requiritur item in sequestro, ut duo pluresvè deponant: depositum verò à parte deponentis unica duntaxat personâ contentum est. *d.l. licèt. 17. in pr. ff. deposit. Joan. Bauman. in tr. de sequest. c. 1. n. 12. & seqq.*

61 Hic obiter notandum: sequestrum & sequestrationem pro uno eodemque accipi. Nam tametsi rem pensiculatius consideranti videri potest, sequestrationem à sequestro differre, quantum factum à jure, ita ut sequestrum juris, sequestratio facti esse censeatur: usus tamen hæc duo vocabula, confundit adeoque unum pro altero accipitur: *ut videre est apud Franciscum Curt. in tractat. de sequestris. Angel. Perus. in tractat. sequestror. Jacobum de Arena in tractat. de sequestrationibus. Wesenbec. consil. 7. per tot. hosque citantem Cludium d. cap. 1. num. 22.*

62 Sed & illud monendum est: quod, etiamsi Doctores communiter, sequestrum seu sequestrationem atque arrestum unum idemque esse, existiment, *Quintil. Mandos. in tractat de monitor. quæstion. 8. num. 3. & quæstion. 10. num. 3. Mynsinger. decad. 7. respons. 66. num. 14. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 81. 112. 157. & 159.* toto tamen genere arrestum à sequestratione differat. Arrestum quippe est impedimentum sive interdictum, ne res aut persona loco, vel statu suo moveatur. *Molin. ad consuetud. Parisiens. part. 2. §. 52. glos. in verb. arresto. n. 1. & seq. Petr. Peck. in tractat. de jure sistendi. cap. 1. num. 4. hosque referens D. Bocer. d. Disput. 11. thes. 1. ad lit. C. & in hoc §. num. 66.* Sequestratio sive sequestrum quid sit, ex definitione suprà posita liquet. Deinde sequestrum depositi species est, atque ita contractus: arrestum neque depositum est, neque contractus, sed manuum quædam injectio. *Conrad. Lag. in method. jur. part. 5. cap. 32. de execut. rei judic. num. 23. Pyrrhus ad consuet. Aurel. rubr. de execut. instrument. cap. 5. 10. & 12.* Nos Germani dicimus: *in Verbot legen, anhalten, arrestiren, auffhalten. D. D. Besold. in thesaur. practico. lit. A. num. 58. & idem Besoldus & Johan. Georg. Kierner. in disputat. inaugurali. de jure sequestrationis. th. 15.* Præterea sequestrum fit causâ custodiæ, & tantùm in re litigiosa. *d. l. sequester. 110. ff. de verbor. signific. l. proprie. 6. ff. deposit.* Arrestum non fit custodiæ causâ, nec in re litigiosa solummodo, sed tam in personam, quam in rem quamlibet, etiam non litigiosam, exercetur. In arrestus siquidem alicui à Magistratu interdicitur, ne excedat ex eo loco, in quo inventus est, nisi rebus cum eo compositis, qui de illo apud judicem questus est. *Pyrrhus d. cap. 12. eumque laudans Cludius d. tractat. de jure sequestrat. cap. 2. num. 6.* Vide Berlichium *part. 1. conclusion. practicabil. conclus. 50. & 51.*

63 Sic à sequestratione missio in possessionem ex primo decreto plurimum differt: quoniam illa tam partium conventione, quàm judice auctore fieri potest: hæc nunquam sine judicis decreto & cognitione. *l. jubere. 4. ff. de jurisdict. l. dies. 4. § 1. & duas. 3. §. hoc autem. 8. ff. de dam. infect. l. 2 ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Missus insuper in possessionem ex primo decreto, maximè in actione reali, post annum verus possessor efficitur, *l. possideri. 3. §. ultim. ff. d. tit. c. quoniam. 5. §. in aliis verò. ext. ut lit. non contest. non procedat.* In sequestratione autem hoc legibus cautum non reperitur. *Innocent. in c. ex literis. 2. num. 2. ext. de dol. & contumac. Angel. in l. si quis emptionis. 8. §. sed & si quis. num. 5. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. Alexand. in d. l. interesse. 39. n. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. Coler. d. part. 1. de process. execut. cap. 2. num. 66.* Adhæc in possessionem missio non tantùm ei, qui missus est, sed & aliis, eandem causam habentibus, prodest, nocetque. *l. cum unus. 12. ff. de reb. auctorit. judic. possid.* Sequestrum verò prodest nocetque tantum deponentibus. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. D. Geddeus ad d. rubric. de sequestrat. possess. & fruct. num. 21.* Hoc amplius sequestratio fit penes tertium, qui non est in lite. *d. l. sequester. 110. & ibi Alciat. num. 2. ff. de verb. sign.* Sed missio in possessionem uni ex litigatoribus decernitur. Creditor etenim seu actor in possessionem rei mittitur. *d. c. quoniam. 5. §. in aliis. ext. ut lit. non contestat. non proced. dict. l. 3. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. cap. 1. ext. de dol. & contumac.* Denique missus in possessionem ex primo decreto jus pignoris prætorii consequitur. *l. si finita. 15. §. ex hoc edicto. 11. ff. de dam. infect. l. 1. & 2. C. de prætorio pignor. c. fin. ext. de eo, qui mittitur in possess. & c.* In sequestro autem nihil juris in sequestrum transfertur. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. Clud. prædicto c. 2. num. 19. ubi hanc rem persequitur latius.*

64 Dividitur vulgò sequestratio in voluntariam sive conventionalem, & necessariam sive judicialem seu prætoriam. Voluntaria est rei litigiosæ depositio, quæ fit merâ partium litigantium voluntate ac conventione. *l. ei apud quem. 5. §. 1. ibi, cum sequestro convenit. & §. 2. ibi, qui eum elegerant. l. propriè. 6. ibi, certâ conditione custodiendum traditur. l. licèt. 17. §. 1. ibi, id enim agitur eâ depositione. ff. depositi. l. si quæ sunt. 5. ibi, ex consensu eligendus est amicus. ff. familiæ ercisc. l. interesse. 35. ibi, qua mente apud sequestrum deponitur. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. postquam. 5. §. 1. vers. sed si nec ipsi, ff. ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. cav. l. si soluturus. 39. in fin. ff. de solutionibus.*

65 Necessaria perhibetur, quæ à judice, adhibitâ causæ cognitione, decernitur. *l. unic. ibi, sequestrationis necessitas. C. de prohibit. sequestr. pecun. l. si fidejussor. 7. §. ultim. ibi, si hoc judici sederit. ibique Costalius. ff. qui satisdare cogant. cap. 1. 2. & 3. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clement. unic. eod.* Atque hanc sequestrationis partitionem quamvis Clarissimus Dn. Bocerus, Collega meus, ut non satis logicam, aliquatenus rejiciat, *class. 2. Disputat. 20. thes. 13. & Disputat. 11. thes. 17. edit. 2.* ego tamen eam, tanquam prædictarum legum auctoritate satis suffultam, concordibus omnium fere Interpretum, tam veterum, quam neotericorum, calculis receptam, tot seculis approbatam, & quasi usu præscriptam omninò retinendam judico, *argument. l. minimè. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. & l. si idem. 11. ibi, Sabino, Cassio, Proculo placuit. ff. de jurisdict.* Eandem quippe probant & tuentur, *Jacobus de Arena in tractat. de sequestrat. num. 2. & 3. Azo ad titul. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. num. 3. Jason. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdare cogant. Corasius lib. 3. Miscellan. jur. civil. cap. 2. num. 1. Mynsinger. centur. 5. observat. 35. Gail. in tractat. de arrest. cap. 12. num. 1. Schneidewinus in hoc nostro §. num. 5. Sebast. Medic. in tractat. de conservand. possess. glos. 2. part. 1. num. 289. Sichardus numero. 4. & Gilkenius num. 2. ad titul. C. de prohibit. sequestrat. pecun. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 55. Gisbanus in Commentar. de divisionibus. jur. thes. 97. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 33. num. 3. Geddeus ad cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 79. cum seqq. Cludius in tractat. de jure sequestrat. cap. 3. num. 2. Hackelman. Disputat. 9. thes. 14. lit. a. Bauman dict. tractat. de sequestris. cap. 2. Struvius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 6. lit. K. Arnold. Vinnius lib. 4. Jurisprud. contractæ. cap. 8. pag. 247. Steinhaussen in Paratitl. ff. depositi. num. 6. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tractat. 3. part. 4. quæst. 3. pag. 947. & seq. Dn. Collega Besoldus & Kierner. d. disput. de jure sequestrationis. thes. 24. cum seq. aliiq; ab iis citati.*

66 Verum huic divisioni, pluribus non solùm legum momentis stabilitæ, sed etiam non contemnendis magnorum & omnium fere (*ut paulo ante dictum*) Jurisconsultorum auctoritatibus corroboratæ, noviter repugnat Dn. Bocerus, Jurisconsultus haud incelebris, *in hoc §. nostro num. 67. & seqq. pag. 200.* Rationes ipsius quibus ad impugnandam hanc receptam divisionem utitur, admodum frigidæ sunt, & in hoc potissimum consistunt: Depositum & sic etiam sequestratio, est contractus. At sequestratio necessaria non est contractus, cum in eâ non interveniat consensus partis, utpote quæ judicis fit auctoritate. Ergo sequestratio necessaria non est depositum: & consequenter nec sequestratio. Sed ad hanc & similes objectiunculas sufficienter respondet Hunnius, *dicto loco.*

Nempe

67 Nempe negatur minor propositio. Nam etiam in sequestratione necessariâ intervenit consensus, sin minus expressus, saltem tacitus: quandoquidem sequestrationi caussam præbens, tacite ipso facto in sequestrum consentit. Non igitur deficit contractus, utcunque judicis auctoritas intercedat: sicuti nec stipulatio prætoria, quæ judicis, vel prætoris interponitur, desinit contractus esse, licet captis pignoribus quispiam ad eam cogatur. Cæterum quod attinet ad Bocerianam sequestrationis divisionem, qua eam in propriam, & quasi sequestrationem dispertit: quoniam ea satis, solideque confutata est à D. Gœddeo, *in repetitione d.cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 8. pag. 117. edit. 2.* de illa plura dicere supersedeo.

68 Porrò voluntariam seu conventionalem sequestrationem semper & ubique permissam esse præallegati Interpretes uno ore attestantur, *argument. dict. leg. ei, apud quem. 5. §. 1. & l. seq. ff. deposit. dict. leg. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. in commodato 17. §. sicut. 3. ff. commodat. dict. leg. si quæ sunt. 5. ff. famil. ercisc. & similium. Baldus & Salicet. num. 3. in dict. leg. unic. Co-*
69 *dic. de probibit. sequestrat. pecun.* Hujusque assertionis ratio manifesta est: quia rerum suarum quilibet liberam habet moderationem, liberumque arbitrium, *l. in re mandata. 21. Cod. mandat. l. sed & si 26. §. consuluit. 11. ibi, dum re sua abuti putant. ff. de heredit. petit.* & contractum inire, in cujusvis positum est voluntate, *l. sicut. 4. C. de obligat. & actionib.* jurique pro se introducto
70 quisque renunciare potest. *l. penult. C. de pact.* Nec oberit, si objiciatur, quod à judice fieri nequit, id nec à privato privatâ conventione fieri posse: proindeque sequestrationem etiam, quam judex regulariter concedere non potest, nec à partibus posse concedi, *argument. l. 3. ff. de testib. l. non videntur. 167. §. qui jussu. & l. is damnum. 169. ff. de regul. jur.* Nam respondetur: multa posse fieri à privato privatâ conventione, quæ judex facere non potest. *Verbi gratia*: partes contrahentes certam pœnam conventione constituere possunt, ubi nulla est. *l. magnam. 12. Cod. de contrah. & committ. stipulat.* judex non potest. *l. 1. §. quoniam. 4. ff. ad senatusconsult. Turpill.*
71 Sic partes possunt testi juramentum ab eo præstandum remittere. *c. tuis. 39. ibique glos. ext. de testibus, l. ult. in fine. Cod. de temporib. appellation. Johan. Ferrar. Papiens. in forma oppositionis contra testes. in verb. & non jurati. num. 2.* judex non potest *l. jurisjurandi. 9. Cod. de testib. can. hortamur. 19. caus. 3. quæstion. 9. c. nuper nobis. 51. ext. de testib.* Sic quoque alter litigantium rectè se adstringit ad dictum & testimonium adversarii, ut eo absolvatur, vel condemnetur. *l. cum proponas. 6. & l. delata. 9. C. de reb. credit. & jurejur. l. fin. Cod. de fideicommiss. c. Quinta vallis. 23. ext. de jurejur.* idem judici concessum non est, *argum. l. prolatam. 1. C. de sentent. & interloc. om. jud. l. fin. C. de rei vindicat. Gœddæus ad d. cap. 1. de sequestrat.*
72 *possess. & fruct. num. 105.* Ex contrario multa judici sunt permissa, quæ partibus sunt prohibita: veluti, Judex potest sententiam interlocutoriam revocare: quia ea, quoad judicem, nunquam transit in rem judicatam. *l. quod jussit. 14. & ibi Bartol. Alexand. Gothofredus & Dd. communiter. ff. de re judicat. Marant. in tract. de ordine judicior. part. 6. tit. de sententia. num. 7.* At partibus id non est licitum: quoniam sententia interlocutoria, quoad partes, in judicatum facit transitum, *argum. c. cum cessante. 60. ubi glos. & Panormitan. ext. de appellationibus. Jason. in d. l. quod jussit. 14. num. 27. & seq. ff. de re judic.*

73 In tantum autem sequestratio voluntaria legibus est permissa, ut interdum lex ipsa rem litigiosam sequestrò ponere hortetur. Etenim si plures sint coheredes, communia hereditaria instrumenta habentes; utile visum est, ut inter eos conveniat, hæc apud majoris partis heredem, vel quem major pars elegerit, deponere. *d. l. si quæ sunt. 5. ff. famil. ercisc. Coler. d. part. 1. de processib. execut. cap. 2. num. 123.* Sic etiam, si legatorum, fideique commissorum caussa caveri oporteat: probatum est, ut virum bonum ab utraque parte eligant, apud quem, ut sequestrem, fructus deponantur. *d. l. postquam. 5. §. sed si nec ipsi ff. ut legator. servand. caus. caveat.* Cæterum necessariam sive judicialem rerum tam mobilium, quàm immobilium, tam corporalium, quàm incorporalium & quantitatum sequestrationem, non solum civili, sed & canonico jure regulariter prohibitam vetitamque esse, crebrius, & meritò quidem (frustrà reclamantibus Johanne Roberto *lib. 1. sententiar. jur. cap. 5.* Cujacio *in Paratitl. Cod. de probibit. sequestrat. pecun.* Fornerio *in d. l. sequester. 110. ff. de verb. significat.* & novissime Schrotero *d. tribar. domestic. decad. 7. quæst. 5.*) obtinuit *d. cap. 1. ibi, pro suo arbitrio sequestrari. & ibi, mandato sequestration. penitus revocato. de sequestrat. & possess. & fruct. cap. 1. ut lite pendente nihil innovet. d. l. unic. C. de probibit. sequestr. pecun. ibiq. Azo Bartol. Bald. Salicet. Duaren. & Sichard. Rebuffus in d. l. sequester. 110. §. prima ergo sit conclusio. & ibid. Alciatus & Brechæus. ff. de verbor. signific. Hunnius d. libr. 3. var. resol. tract. 3. part. 4. quæst. 4. pag. 949. cum seq. Gail. in tractat. de arrestis cap. 1. num. 7. Mynsinger. d. cent. 5. observ. 35. pluresque alii, quos laudant & sequuntur D. Gœddeus ad d. c. 1. de sequestrat. possess. & fruct. n. 83. & Claudius d. tr. de jure sequestrat. c. 4. n. 2. itemque Knipschildt. exercit. 4. q. 8. p. 133. & seq.*

Conclusionis hujus rationes adferri solent multiplices. 75
I. Quia nemo in possessione sua, ne rescripto quidem supremi Principis, est turbandus. *l. meminerint. 6. C. unde vi. l. si quis. 7. quis. 7. C. ad L. Jul. de vi publ. cap. 1. ut lite pendente nihil innovet. c. conquerente. 7. & ibi Panorm. num. 7. de restit. spoliator.* Sequestrationem autem esse quandam possessionis turbationem, vel ex eo liquescit, quòd possessor rei controversæ sive litigiosæ sequestratæ fructus non percipit, sed penes sequestrum manent: *idque pluribus probat Wesenbecius consil. 7. num. 4. & 7.* II.
Quia ab executione processum inchoari, juri minimè 76
congruit. *l. 1. ibique Dd. C. de execut. rei judicat.* adeò, ut etiam sententia, contra ordinem juris notorium lata, ipso jure nulla existimetur. *l. prolatam. 4. Cod. de sentent. & interlocut. om. jud.* Atqui sequestrationem esse quandam executionis speciem, negari non potest: *uti tradiderunt Franc. Curt. de sequestrat. num. 75. & Colerus d. part. 1.*
de process. execut. c. 2. num. 81. III. Quia nullus con- 77
tractus sine consensu, vel vero, vel præsumpto perficitur. *l. 1. §. conventionis. 3. ff. de pact. l. 2. l. 3. & 4. ff. de obligat. & act.* Atqui in sequestro judiciali nec verus, nec præsumptus consensus interponitur: nisi lex expressa, quâ hic destituimur, eum suppleat, & inesse præsumat: quoniam facti est magis, quam juris. *l. consilio. 7. §. ult. ff.*
de curatorib. furioso, & aliis, &c. Ergo judicialis seque- 78
stratio, utpote quæ species contractus est, fieri regulariter non potest. *Hænon disputat. 13. controvers. 13.* IV. Quia non solum juris ratio dictitat, ut actor, qui reum sibi condemnari cupit, intentionem suam plenè probet. *l. 2. & l. quingenta. 12. ff. de probationib. l. actor. 25. C. eod. l. qui accusare. 4. C. de edend. d. l. unic. C. de probibita sequestrat. pecuniæ.* verùm etiam ipsa æquitas hoc persuadet. Iniquissimum namque foret, lite super re quadam mota, & actore nihil probante, sicque reo non convicto, rem litigiosam reo adimere, & tertio tradere. Aliàs quilibet litem intendere, & commodum possessionis alteri eripere posset. Isthæc autem juris ratio & æquitas, quæ sequestrationem prohibent, non tantum in actionibus in
personam, sed & in actionibus in rem militant. Tamen 79
enim is, qui fundum, domum, vestem, & aliam rem ut suam petit. *l. 2. l. proprietatis. 4. l. sive possidetis. 16. & l. ad probationem 21. C. de probationibus.* quam ille, qui certam pecuniæ quantitatem postulat, probationibus obnoxius
est, *l. 1. l. rationes 6. & l. cum res. 12. C. eod. tit.* V. Quia ne- 80
mini possessionis suæ commodum absque legitima caussæ cognitione adimi debet. *d. l. meminerint. 5. C. unde vi. & d. l. si quis. 7. C. ad leg. Jul. de vi publ. d. c. conquer. 7. & passim. ext. de restit. spoliat.* Est quippe commodum possessionis maximum. *§. retinendæ. 4. vers. commodum. infr. de interdictis.* Ideòque Accursius eum, qui possidet, beatum pronunciavit; *in §. si judex. 2. vers. si tres vel plures. super verbo, requirat. tit. de pace tenend. & ejus violatoribus.* Nam qui possidet rem, non modò ejus fructus percipit: sed & adversarium facit actorem, eoque non probante, qui possidet, absolvitur. *d. §. retinendæ. 4. vers.*

Digitized by Google

commodum. infr. de interdict. l. ult. C. de rei vindicat. In pari quoque causa pro possessore judicari consuevit. *l. si à sede 31. de præbendis in 6. & c. in pari.66 ff. de reg. jur. eod. libro.* Quin & qui possidet, usucapiendi habet conditionem, & rei dominium per possessionem acquirit. *l. Paulus respondit 12. §. 1. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solv. l. 3. ff. de usurpat. & usucap. l. un. C. de usucap. transform. & similibus.* Præterea qui rem possidet immobilem, à præstatione cautionis judicio sisti est immunis, *l. sciendum. 15. in princ. ff. qui satisdar. cogunt.* Sic, duobus habentibus causam ab uno, is, qui possidet, vel cui res est tradita, alteri præfertur. *l. si ea res. 31. §. uterque. 2. ff. de actionibus. empt. l. sive autem. 9. §. si duobus. 4. ff. de Public. in rem act. l. quoties. 15. C. de rei vind.* Insuper ille, qui possidet, dominus præsumitur, *arg. l. 1. §. 1. ff. famil. ercisc. l. sive possidetis. 16. C. de probationib. Accurs. in l. sicut. 8. §. sed si quæritur. super verb. possessoris. ff. si servitus vindicet.* Cæterum hisce, aliisque possessionis commodis ac emolumentis, maxime secundùm eos, qui per sequestrationem in sequestrum possessionem transferri opinantur (*quâ de opinione inferiùs suo loco, num. 132.*)
81 possessor privaretur. VI. Quia sicuti à capturâ personæ non debet incipi processus, *argum. lib. 2. Cod. de exactoribus tributor. & l. ob æs alienum. 12. Cod. de obligation. & actionibus*, ita nec à sequestro, quod nihil aliud, quam captura rerum debitoris, reputatur. *Bald. in l. consentaneum. 8. num. 32. Cod. quomod. & quando judex sententiam, &c. Coler. part. 3. de processibus. execut. cap.*
82 *11. num. 57. & seq.* VII. Quia quod favore alicujus introductum est, id alio modo in ejusdem odium non est retorquendum. *l. quod favore. 6. C. de legibus.* At si sequestratio rerum, in controversiam vocatarum, ante sententiam & plenam dominii probationem semper fieri posset: non solum possessionis commodum reo invito auferretur; sed qui favore esset afficiendus, odio prægra-
83 varetur: cùm tamen favorabiliores rei potiùs, quàm actores, habeantur. *l. favorabiliores. 115. ff. de regul.*
84 *jur.* VIII. Quia denique si cuique possessori jura permittunt resistere vim inferenti, vel possessionem avellere conanti. *l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad l. Aquil. l. ut vim. 3. ff. de justit. & jur. cum concordantibus.* quomodo adversus eundem hanc possessionis turbationem sive sequestrationem admittent? *D. Gædd. in repetitione d. cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 83.* Ex quibus rationibus quovis electro dilucidius evadit: necessariam vel judicialem omnium omnino rerum sequestrationem, tam jure civili, quàm pontificio, regulariter esse prohibitam.

85 Huic ita firmatæ decisioni seu regulæ primò non obstat, quòd Impp. Honorius & Theodosius non cujusque rei, sed pecuniæ tantùm sequestrationem prohibuerunt, tum *in rubrica tit. C. de prohibita sequestratione pecuniæ.* tum ipso nigro sive textu, *ibi, ex quolibet con-*
86 *tractu pecuniæ.* & in fine ibi, *pecuniam petiturus.* Nam, ad hujus objectionis resolutionem, sciendum est: quod pecuniæ verbum trifariam in jure nostro accipiatur. Primò enim strictè sumitur, & pecuniam duntaxat numeratam seu signatam denotat: idque præcipuè fit, quando hoc epitheton, *numerata*, aut *signata*, verbo pecuniæ adjicitur, aut significatio ista ex re subjectâ colligitur, *arg. l. pecun. verbum. 178. ff. de verbor. signific. l. item si filiusfamilias. 7. §. mutui. 3. ff. ad SC. Macedonian. l. si quis. 4. §. 1. ff. de reb. credit. Gæddeus ad l. 4. num. 35. ff. de verb. signific.* Deinde latè accipitur, pro rebus, pondere, numero, mensurâve constantibus, *ut in l. legata. 19. & l. talis. 30. in princip. ff. de legat. 1. l. 2. §. creditum. 3. & l. singularia. 15. ff. de reb. credit. Johan. Guidus in tractat. de mineralib. lib. 3. de moneta. tit. 9. num. 5. pag. 169.* Tertiò capitur latissimè, pro omni re, quæ in patrimonio nostro esse potest, tam mobili, quàm immobili, sive sint corpora, sive jura, *d. l. pecuniæ verbum. 178. & l. pecuniæ nomine. 222. ff. de verb. signific. l. 2. C. de constit. pecun. l. in illa stipulatione. 50. ff. de verbor. obligat. l. si creditor. 37. in princip. ff. de pecul. l. liber. homo. 20. §. 1. ibi, quanta pecunia ff. de stipulation. servor.*
87 In hac autem latissima significatione, pecuniæ verbum in dubio accipi oportere, post Alciatum, Rebuffum & Brechæum, à se allegatos ostendit Gæddeus *in repetit. d. cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 92. per d. l. pecuniæ. 178. ff. de verb. significat.* Adde Rener. Budel. *de re nummar. libr. 1. cap. 1. num. 46. & seq.* itemque Kitzelium *in tract. de jure monetar. class. 1. theorem. 4. lit. H. & 1. pag. 43.* Nihil ergo vetat, quò minùs eodem generali sensu verbum illud *in dict. titul. C. de prohibita sequestrat. pecun.* accipiatur: & consequenter, non solùm pecuniæ numeratæ, vel rei, quæ pondere, numero, aut mensura constat; sed omnium etiam rerum, tam soli, quam mobilium, tam incorporalium, quam corporalium, sequestrationem judicialem prohibitam esse, concludatur.

Nec urget quicquam, quòd præfati Impp. *in d. l. unic. C. de prohibit. sequestr.* verbum *pecuniæ* adjecerint, idque 88
repetierint. Illud etenim, ut latissimum, non restringendi vim; sed potiùs generalem prohibitionem extendendi, naturam habet: cumque verisimile non sit, Imperatores in inscriptione sive rubrica superfluis voluisse uti vocibus: perspicuum fit, non temere & absque singulari efficacia ac virtute, pecuniæ verbum ab Impp. illic adjectum & geminatum fuisse. Adde quod verba generalia in potiore significatu, & cum effectu sunt accipienda. *l. 1. §. 2. quod quisque jur. in alter. statuer. l. si per alium. 5. §. 2. ff. ne quis eum, qui in jus vocabit. &c. l. 1. §. ultim. ff. si ager vectigalis, &c.* Neque verò pro vanâ aut superflua adjectione haberi potest illud, quod singularem aliquam virtutem & efficaciam continet; & dubium, quod obstabat, quadantenus tollit, *argum. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. l. si quando. 109. in princip. ff. de legat. 1. Zas. consil. 3. num. 47. volum. 1. Clud. in tract. de jure sequestrat. cap. 4. num. 34.*

Secundò, non adversatur, quod de ordine titulorum 89
à dissentientibus affertur: videlicet in libro quarto Codic. præcedere titulos, *de rebus creditis*; *si certum petatur*; *& de suffragio*: deinde subjici titulum, *de prohibita sequestratione pecuniæ*: & sequi titulum, *de condictione indebiti*: titulos autem, *de rebus creditis, de suffragio, ac de condict. indebit.* ad materiam pecuniæ creditæ spectare: proindeque titulum quoque, *de prohibit. sequestrat. pecun.* qui istis includitur, ad eandem materiam pertinere: atque adeò in actionibus personalibus tantummodo locum obtinere. Hoc, *inquam*, non adversatur: Tum quia negari nequit, & res ipsa loquitur; in Codice nostro Justinianeo non ita exactam methodum & ordinem, ut in Pandectis, esse servatum; sed in eo singula facta & species, pro re natâ incidentes, decidi: *sicuti monet. D. Wesenbecius in Oeconomia Codic. in præfatione.* Tum quia ordo ille libri quarti Codic. generalem sequestrationis prohibitionem non impedit, sed potius confirmat. Siquidem *in titul. de suffragio*, qui proximè præcedit titulum, *de prohibit. sequestrat. pecun.* non solùm tractatur de rebus, pondere, numero, mensurâ consistentibus, suffragii caussa datis; verum etiam de cæteris corporibus; tam immobilibus, quàm mobilibus, seseque moventibus. *l. unic. §. 1. & §. 2. C. de suffragio.* Similiter titulus, *de condict. indebit.* qui immediatè sequitur titulum, *de prohibit. sequestrat. pecun.* omnes omnino res, immobiles, mobiles, & se moventes complectitur; æque omnes in condictionem indebiti veniunt. *l. qui promisit. 48. l. fideicommissum. 62. & fin. ff. de condict. indebit. l. 2. & l. fideicom. 7. C. eod. Gædd. ad d. c. 1. de sequestrat. possess. num. 93.*

Tertiò, non obsistit, quod *dict. lex. unic. Cod. de pro-* 90
hibit. sequestrat. pecun. pertineat ad correctionem *l. 1. C. Theod. si certum petatur de chirographis. libr. 2. tit. 27.* quâ lege uno casu admittebatur pecuniæ creditæ sequestratio, nempe quo quæstio inter debitorem & creditorem exoriebatur de falso chirographo. Hoc Impp. *in d. l. un. C. de prohib. sequestr. pecun.* emendarunt, & generaliter, pecuniæ creditæ sequestrationem prohibuerunt. Unde dicendum videtur; constitutionem istam. *l. un.* ad pecuniam creditam, sicque actionem in personam solummodo pertinere. Illud, *inquam*, non obsistit. Licèt enim concedatur, dictam *l. un.* pertinere ad emendationem dictæ *l. 1. C. Theod. si cert. pet. de chirogr.* ob id tamen generalis prohi-
bitio

Digitized by Google

91 bitio sequestrationis non restringitur. Nam certi petitio non tantum persequitur res in quantitate existentes, sed quaslibet etiam alias, vel mobiles, vel immobiles, quæ in stipulationem, permutationem, transactionem, aliumve similem contractum, vel quasi-contractum veniunt. *l. certi condictio 9. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. 1. ff. de condict. tritic. ir. l. stipulat. 74. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. scire. 6. Codic. de contrah. & committ. stipulat.* Ex chirographo autem tam res immobilis, quam mobilis, sive quantitas ac pecunia numerata deberi possit. *dict. leg. unic. §. 1. & 2. C. de suffragio. l. penult. ff. qui testament. facere poss.* Ideoque *dict. lex unic. Cod. de probib. sequestrat. pecun.* ad quantitatem duntaxat nequaquam restringenda est. Imo ut generalis prohibitio appareat; pecuniæ vocabulum tanquam latissimum, inscriptioni sive rubricæ ejusdem legis est adjectum. *Gædd. ad d. c. 1. de sequestrat. poss. & [illegible] num. 94. Clud. d. tractat. de jure sequestrat. cap. 4. num. 41.*

92 Quartò, non refragatur, quòd in *d. l. unic. C. de probib. sequestrat. pecun. & toto libro 4. Codic.* de actionibus solummodò personalibus, non item de actionibus realibus, agatur: ac propterea quod de actionibus in personam ibidem constituatur, ad actiones in rem non sit extendendum: cum istæ actiones toto inter se cœlo differant. *§. 1. infr. de actionib. l. actionum. 23. in princ. ff. de obligat. & actionib.* Posito namque, sed non concesso, in *d. l. unic. C. de probibita sequestrat. pecun. & toto libro 4. Codic.* agi tantum de actionibus in personam: attamen inde haud convincitur, sequestrationem judicialem in actionibus realibus esse permissam. Rationes siquidem, quæ ab Impp. illic adferuntur, & quæ superius *num. 75. & seqq.* recitatæ sunt, tam in actionibus in rem, quam in actionibus in personam procedunt. Quemadmodum enim in actionibus in personam actor probationes adferre, reumque convincere debet: ita quoque in actionibus in rem. *dict. l. 1. d. l. 2. d. l. 4. d. l. 6. 12. 16. & 21. Cod. de probationibus.* Et quemadmodum in actionibus personalibus processûs initium ab executione non est faciendum: ita nec in actionibus in rem. *d. l. 1. Cod. de execut. rei judicat.* Sicut etiam in actione in personam actor reum in possessione turbare, eique commodum possessionis eripere non potest: ita quoque in actione in rem *d. l. meminerint. 6. C. unde vi.*
93 *& ibi simil. praeallegat.* Potius itaque locum hic tibi vindicabit illud notissimum axioma: ubi eadem est juris ratio, ibi quoque idem jus est statuendum *l. quaedam. 9. § nummularios. ff. de edend. l. illud quæsit. 32. ff. ad l. Aquil. l. non possunt.*
94 *12. & l. seq. ff. de legib.* Unde ratio legis, censetur anima legis: imo pro ipsa lege habetur: & jus supplere dicitur. *l. cum mulier 47. ff. solut. matrimon. l. cum ratio. 7. ff. de bon. damnat. l. scire. 13. § aliud. 2. vers. sed etsi maxime ff. de excusationibus can. consuetudo. 6. Distinct. 1. Bald. in l. si quis servo. 20. num. 7. C. de furt. Panormitan. in c. ratio nulla. 3. ext. de praebend.* Præterea æquitas, quæ ab Impp. *in d. l. unic. C. de probibit. sequest. pecun.* adducitur, & quæ sequestrationem impedit, non solum in actionibus personalibus. sed etiam in realibus locum habet. Nam sicuti æquum est in actionibus in personam, ut actor probationes secum adferat, & reum convincat, nec ab executione initium processus faciat, reumve in possessione turbet: ita quoque in actionibus in rem, utpote quæ eundem desiderant processum, æquum hoc esse dicendum est. Quare hic rursus trito illi axiomati locus erit:
95 ubi eadem est æquitas, ibi semper idem jus esse debet. *l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat. & d. l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil. Bald. in l. si quis. 8. num. C. de interdict. matrim. inter pupil. & tutor. &c.* Et quemadmodum ratio; ita etiam æquitas jus supplet. *l. 2. § item Varus. 5. in fin. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend. l. placuit. 8. ubi Jason C. de judic. Wesenbec. consil. 2. num. 2.* Imò æquitas regina juris vocatur. *Zas. in l. si insulam. 85. num 11. ff. de verbor. obligat. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 9. num. 31.* Cum ergo ratio & æquitas juris eadem militet in realibus, quæ in personalibus actionibus: rectè concluditur, tam in illis, quam in his sequestrationem prohibitam esse. *Clud. dict. tractat. de jur. sequestrat. cap. 4. num. 27.*

Quintò, non resistit, quod Honorius & Theodo- 96
sius Impp. *in d. l. unic. C. de probibit. sequest. pecun.* de pecunia ex quolibet contractu debita; sicque tantum de actionibus in personam, quæ ex contractibus oriuntur, loquantur. *§. 1. infr de actionib. l. action. 25. in princ. vers. in person. ff. de obligationib. & actionibus.* Quamvis enim id concedatur: tamen & illud vicissim concedi necesse est: quòd ratio decisioni annexa generalis sit, adeòque non solùm ad contractum, vel quasi-contractum, ex iisque descendentes obligationes & actiones personales, verum etiam ad quamcunque aliam petitionem ac vindicationem, actionesque reales pertineat, *veluti ex paulo ante dictis clarissimè constat.* Sic parùm ad rem fa- 97
cit, quòd Impp. *in dict. leg. unic.* aliquoties verbo, *debitoris*, utantur: verbum autem *debendi*, ad personales solummodo actiones referendum videatur: cùm actionibus illis persequamur res nobis debitas: actionibus verò realibus, res nostras. *d. §. 1. infr. de actionib. l. in rem. 32. ff. de rei vindic.* Etenim verbum *debere* omnem omninò actionem; atque ita tam realem, quam personalem complecti, enitescit *ex l. pecuniæ. 178. § fin. ff. de verbor. signific. & uberius explicamus infra in princip. tit. de actionib. num. 32. & seq.* Minùs movet, 98
quòd memorati Impp. vocabuli *solutionis* mentionem faciant: solutio autem actionem duntaxat in personam respiciat: cùm solutio nihil aliud, quam obligationis liberatio in actione personali, esse putetur, *argum. l. solutionis. 176. ff. de verborum significat. & l. solutam pecuniam. 49. in princip. ff. de solut. & liberat.* Certum nam- 99
que est, verbum *solvendi* generale esse; & tam in rem, quàm in personam actionibus convenire. Siquidem non tantùm quod nobis debetur; sed & quod nostrum est, solvi nobis dicitur. *l. pignorib. 22. C. de usuris. Clud. d. cap. 4. num. 31.*

Sextò, nihil planè decerpit nostræ sententiæ: quòd 100
quilibet rei suæ liber sit moderator & arbiter, *vulgat. l. in re mandata. 21. C. mandat.* Res autem, quæ actione in rem petitur, sit actoris: ac proinde quando actor rei suæ litigiosæ sequestrationem petit, concedenda & permissa sequestratio videatur. *Quandoquidem* breviter respondetur: dictam *l. 21. Cod. d. titul.* procedere in iis, qui absque contradictione plenum alicujus rei habent dominium. Hi liberam rerum suarum moderationem, liberumque arbitrium obtinent: secus est in illis, qui res adhuc controversas & litigiosas petunt, *argumento totius tit. C. de litigiosis.*

Septimò, non evertit decisionem nostram hæc argu- 101
mentatio: ubi ratio est diversa, ibi quoque diversa est juris dispositio, *pro l. d. l. illud 32. ff. ad leg. Aquil.* Atqui inter quantitatem & corpus est diversa ratio: quoniam quantitas corpus non habet; ac ideo non potest interverti, aut corrumpi; & consequenter nec sequestrari. Reliquæ verò res corpus habent, & interire possunt: ac ea propter sequestrantur. Ergo quod de quantitate *in d. l. unic. C. de probib. sequestrat. pecun.* asseritur, male ad corpora extenditur. Hæc, *inquam*, argumentatio decisionem nostram non evertit. Etenim negatur, inter quantitatem & corpus diversam hic juris rationem esse. Is siquidem 102
præcipuus sequestrationis censetur finis: ne actio instituta vel instituenda reddatur inanis: sed ut salvum maneat jus actoris, isque in casu victoriæ possit consequi, quod actione institutâ petiit, vel petere destinavit. Nemo autem sanus facilè inficias ibit: debitorem alicujus quantitatis bona sua, quibus isthæc quantitas inest, ita dissipare, profundere ac perdere posse, ut ampliùs non sit solvendo, & facultatem solvendæ quantitatis debitæ amittat: atque adeo actio instituta inanis prorsus & elusoria reddatur. Sed & *pecuniæ* verbum *in sæpe alle-* 103
gata l. unic. Cod. de probib. sequestrat. pecun. ita strictè pro re invisibili ac incorporali, quantitate nimirum, non est accipiendum: sed potius pro corpore, quod pecuniæ verbum continet & importat, quodque tangi & apprehendi potest. Alias enim si rem saltem incorporalem atque invisibilem denotaret: insulsa, ac ridicula videretur sequestrationis prohibitio, rei scilicet, quæ in rerum naturâ non existit. *Verùm vide Clud.*

Digitized by Google

ad istud argumentum fusissimè respondentem d. tr. de jure sequest. c. 4. num. 37. & seqq.

104 Octavò & ultimò, nihil negotii facessunt textus plures, quibus sequestratio judicialis in actionibus realibus concessa perhibetur, *l. postquam. 5. §. 1. ff. ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. caveat. l. Imperatores. 21. §. ult. ff. de appellationib. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. l. si cum dotem. 22. §. fin autem. 8. ff. solut. matrimon. l. si cujus. 13. §. sed si inter. 3. ff. de usufruct. l. 3. ff. de liber. exhibend. l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recipiunt. l. ultim. Cod. de agricol. & censit. l. ultim. C. de assert. tollend. & l. ult. C. quib. ad liber. proclam. non lic.* Nam in hisce legibus omnibus, & nonnullis aliis, proponuntur casus speciales, qui certas ob causas sequestrationem, quæ aliàs regulariter prohibita est, admittunt; quarum aliquot paulò pòst sum explicaturus. Refutatis itaque plerisque, quæ momenti quid habere videbantur, Adversariorum argumentis: suprà tradita, communique Doctorum applausu corroborata, est retinenda conclusio sive regula: quâ statuitur, sequestrationem necessariam omnium rerum, tam jure civili, quàm Canonico, illicitam esse, atque prohibitam.

105 Hinc fieri solet, ut qui sequestrationem jure factam affirmat, illud demonstrare teneatur. Etenim possessor, cui res per sequestrationem ablata est, probatione non indiget: cùm sufficiat, eum pro se habere regulam, quæ sequestrationem prohibeat.

106 Nam qui regulam juris communis pro se habet, intentionem habet fundatam: eique inhærendum tenaciter, donec in contrarium dispositio specialis probetur, *argum. l. ab ea parte. 5. ff. de probationib. l. omnis. 202 ff. de reg. jur. Baldus in l. si tutor. 6. Cod. de serv. pign. dat. manum. Decius in l. 1. num. 6. & ibidem Cagnolus num. 21. ff. de regul. jur. Schurff. cons. 6. num. 5. cum seqq. & cons. 6. n. 4. & 8. cum seqq. Wesenbec. cons. 7. num. 7. Clud. d. cap. 4. num. 44. & seq.* Porrò recensentur plures à Doctoribus casus, quibus etiam judicialis sequestratio licita permissaque judicatur. Ergo paucos, eosque præcipuos, & qui communi in hominum usu frequentius occurrunt, tantummodò perstringam.

107 Primus itaque casus sit: si debitor vel reus conventus, propter dilapidationem, aut prodigalitatem bonorum suorum, ad inopiam vergat. Tunc n. judex sequestrationem rei litigiosæ rectè decernit: ne judicium elusorium reddatur, & creditor seu actor, etiamsi victoriam reportet, vel nihil, vel parùm in executione sententiæ, à reo convicto consequatur. *argum. l. nam is nullam. 6. ff. de rei. jud. l. Imperatores. 21. §. fin. ibique Bartol. ff. de appellationib. cap. 2. & 3. extr. de sequestrat. possess. & fruct. Fürstl. Würtembergisch ernewert Landrecht. part. 1. tit. 80. §. Da aber, &c. pag. 230. Azo in summa Cod. de probib. sequestrat. pec. Guido Pap. decis. 246. Mynsing. cent. 5. observ. 35. num. 4. Gail. lib. 1. observ. 147. num. 3. & observ. 148. num. 2. Petr. Frider. Mindan. de mand. judic. lib. 2. cap. 39. num. 3. D. Collega Magirus in Comm. ad l. sequester. 110. num. 5. ff. de verb. significat. Camillus Borell. in suis decis. de sequestr. n. 27. & 186.* Et sanè dilapidatio, legitimè probata, sequestrationi locum facit, non solùm in judiciis realibus, puta si aliquis dominium rei mobilis, vel immobilis vindicet; verùm etiam in personalibus judiciis, quando videlicet pecunia, hoc est, quælibet res mobilis, vel immobilis, ex obligatione petitur, *ut notant Francisc. Curtius in tractat. de sequestrat. quæst. 6. num. 33. Coler. in tractat. de processs. execut. part. 1. cap. 2. num. 103. hosque cum aliis citans Cludius in tract. de jur. sequestrat. cap. 5. num. 17.* Quo modo autem dilapidatio seu prodigalitas probetur; abundè, post alios, quos allegat, declarat Josephus Mascardus *vol. 1. de probationib. conclus. 515. & volum. 3. conclus. 1234.*

108 Secundus sequestrationis casus est: si reus, nulla immobilia possidens, cum re mobili controversa, de fugâ suspectus sit. Nam tunc ad ejus rei sequestrationem rationabiliter proceditur: ne videlicet creditor re suâ planè privetur. *l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. l. senatusconsulto. 16. ff. de offic. præsid. Coler. d. part. 1. cap. 2 num. 100. Coras. lib. 3. miscell. jur. civil. cap. 2. num. 9. D. Bocer. class. 2. Disputat. 11. thes. 50. cum seqq. edit. 2. Bauman. in tractat. de sequestris. cap. 3. num. 1. Gudd. in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 28. cum seqq. Dornsperger. in syntagm. jur. lib. 3. cap. 10. de sequestro pag. 739. Gilkenius ad d. l. unic. C. de prohibit. sequestrat. pecun. num. 3. & seqq.* Imò hoc casu, quo scilicet debitor de fugâ suspectus est, non tantùm sequestratio rerum, sed etiam personarum, concessa intelligitur: adeò, ut debitor fugitivus per creditorem, si præsens sit periculum fugæ, & judicis copia haberi nequeat, propriâ authoritate capi & incarcerari possit, *argum. l. ait prætor. 10. §. si debitorem. 16. ff. quæ in fraud. creditor. l. generali. 54. C. de decurionib. latè Jason in §. 1. num. 72. & seqq. infr. de actionib. & Gail. lib. 2. observat. 44.* Cæterùm creditor 109
affirmans, debitorem de fugâ suspectum esse, id docere cogitur. *argum. l. qui accusare. 4. C. de edend. l. frustrà. 8. & l. actor. 23. Cod. de probationibus. Bauman. d. tract. cap. 6. num. 4. & seqq.* Ex quibus verò indiciis suspicio fugæ colligatur, explicuit copiosè *Johan. Baptista Caccialupus in tract. de debitore suspecto & fugit. quæst. 1. item Jacobus Menochius lib. 2. de arbitr. judic. quæst. casu 87. nec non Mascard. d. vol. 1. de probationib. conclus. 455. & vol. 2. conclus. 823.*

Tertius casus, quo sequestratio est permissa, perhibe- 110
tur: si servus ad libertatem proclamaverit, & domini in possessione vel quasi servitute sit. Tunc etenim servi peculium (quod is domini permissu à rationibus dominicis separatum habet. *l. depositi. 5. §. fin. l. sed si damnum. 9. §. præterea. 4. ff. de peculio*) non ad dominum transfertur: sed durante lite, ac donec causa per judicem cognoscatur, penes tertium sequestratur. *l. fin. Cod. de ordine cognit. l. ultim. C. quib. ad libert. proclam. non licet. l. unic. §. super peculio. Cod. de assert. tollend. Coras. d. lib. 3. miscellan. cap. 2. num. 9. Johan. Petr. de Ferrar. in sua practic. in form. sequestri seu saximenti. verb. sapiens vir. num. 2. fallent. 3. Coler. de processs. execut. d. part. 1. cap. 2. num. 134. Hackelman. Disputat. 9. thes. 14. lib.*
f. Quod autem de servo, cujus apud nos hodie nullus 111
ferè est usus, modò dictum est: idem à paritate rationis ad filiosfamilias, monachos, & similes, si de eorum statu agatur, extendi poterit, *tradente Johanne Petro de Ferrar. loco prææallegato.* Quemadmodum enim servus omnia domino; ita filius patri, respectu peculii profectitii, omnia acquirit. *§. 1. supr. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. §. 1. & 2. item vobis. 3. supr. per quas pers. cuique acquir. l. acquiritur. 10. §. 1. & l. etiam invitis. 32. ff. de acquir. rer. domin. §. 1. infrà. de stipulat. servor. l. quodcunque. 45. ff. de verbor. obligat.* Et sicut servus acquirit domino, *juribus modo adductis*: ita etiam monachus acquirit monasterio, *per notata Panormitani in c. quod à te. num. 7. ext. de cleric. conjugat. & Nicolai Everhardi in topic. legalib. loc. à servo ad monach. num. 3.*

Quartus casus sequestrationis est: si de momentaneâ 112
aut litigiosa possessione lis orta fuerit, & præsens periculum, metusvè armorum subsit. Hac utique specie judex tam ad instantiam unius vel alterius partis, quàm ex officio & motu proprio, partibus non petentibus, rem controversam sequestrare; ac deinde cognoscere debet, cuinam momentanea possessio adjudicanda sit: nec scilicet partes ad arma veniant, pacemque & tranquillitatem publicam violent, *Ita sentiunt Dd. communiter: Baldus in* 113
dict. leg. fin. Codic. de ordine cognit. huncq; citans Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 33. num. 10. Speculator in tit. de petit. & possess. §. 1. num. 38. Hostiens. in sua summa, de sequestrat. possess. vers. duodecimus. Jason in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 27. ff. qui satisdar. cogant. Guido Pap. decis. 246. num. 5. Nevizan. in sua sylv. nuptial. num. 81. Natta consil. 121. Coras. d. lib. 3. Miscellan. cap. 2. num. 9. Sebastian. Medic. de conservand. possess. glos. 2. part. 1. n. 289. Fornier. ad l. sequester. 110. ff. de verborum signification. Borell. in suis decis. de sequestrat. num. 32. Duaren. ad dict. leg. unic. in fin. Codic. de prohibit. sequestration. pecun. & ibidem Gilkenius num. 11. aliique, per eum relati. Et quanquam non desunt, qui armorum propter metum sequestrationem haud fieri posse, disputando defendere probabiliter conantur, *Jacobus de Arena in tract. de sequestrat. num. 21. Dn. Collega Bocer. d. class. 2. Disput. 11.*

thes.

Digitized by Google

thes. 57. edit. 2. Geddeus in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 44. cum sequentibus. Reyger. in process. judic. Disput. ultim. thes. 8. ad lit. b. tamen hodie ex Ordinatione Cameræ Imperialis res ita expedita & decisa est, ut dubitationi locus nullus relinqui debeat. *part. 2. titul. 21. §. ob auch in obberuhrtem Fall, &c.* Hujusque decisionis ratio est perspicua: quandoquidem si propter prodigalitatem, dilapidationem, ac fugam adversarii sequestratio permissa est, *ut expositum supra num. 93. & seq.* multò certe magis, ad evitanda homicidia, latrocinia, aliaque delicta & publica & privata, quæ ex conjunctione armorum oriuntur, sequestratio in salutem Reipublicæ concessa erit. Cur enim (*inquit Julianus*) ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest jurisdictione sua componere? *l. si cujus. 13. §. sed si inter. 3. ff. de usufruct.* Eoque conferunt etiam *l. ultim. §. 1. ff. de offic. procurat. Cæsar. l. illicitas. 6. §. ne potentiores. 2. & l. congruit. 13. ff. de off. præsid. l. si super possessione. 9. Codic. de trasactionib. & l. denunciamus. 5. C. de his, qui ad Eccles. confugiunt.* Illudque in Camera non semel observatum esse, testatur Mynsinger. *cent. 2. observ. 11. in fine.* & innuit Gail. *lib. 1. observat. 5. num. 1. & 2.*

114 Quintum sequestrationis casum præbet puella, quam duo adolescentes ambiunt; & uterque matrimonium sibi ab ea promissum contendit. Hic namque copula interdici, & puella, donec lis finiatur, in domo honesta sequestrari debet. *c. cum locum. 14. & ibi glos. in verb. donec. & Panormitan. num. 4. ext. de sponsalib. c. causam matrimonii. 14. de probationib. Speculat. lib. 4. tit. de sequestrat. poss. & fruct. n. 7. Natta cons. 250. n. 2. part. 2. Hotom. cons. 43. n. 5. Gail. d. lib. 1. obs. 112. n. 15. & lib. 2. obs. 45. n. 7. Gilhausen in arb. judic. pag. 1. cap. 1. §. 1. n. 41. Marcus Antonius Gen. in part. Curiæ Archiepiscopal. Neapol. capit. 14. pag. 57. Bauman. d. tr. de sequestris. cap. 3. num. 14. Johan. Kitzel. in Synops. matrimon. cap. 3. theorem. 20. lit. e. & f. pag. 79. item cap. 10. theorem. 13. lit. g. & h. pag.*
115 *355.* Nec huic obstat, hominem liberum, cùm in commercio esse non censeatur, sequestrari minimè posse, *§. item juris. 2. instr. de inutilib. stipulat. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. & liber homo. 103. ff. de verbor. obligat.* Quia potiùs jus illud, quod in commercium venire potest (puta quisnam jus conjugii in persona, de qua quæritur, habere debeat) quàm persona ipsa sequestrari videtur. *Clud. d. tractat. de jure sequestrat. cap. 5. num. 38.* Imò liberi quoque hominis sequestrationem fieri posse, utroque jure probatur. *l. 3. §. fin. ff. de liber. exhibend. d. c. cùm locum. 14. de sponsalib. c. ex transmissa. 8. & c. literas. 13. in fin. de restit. spoliat. Dn. Boc. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 61. & seqq. Vide Knipschildt d. exercit. Acad. 4. quæst. 12. pag. 139. & seq.*

116 Sextus casus est: cùm à sententiæ executione, quâ judicationis modus exceditur, appellatum est: quoniam si res, de qua contenditur, mobilis sit; ea possessori detrahitur & sequestro idoneo concreditur: sin fuerit immobilis, fructus omnes, qui tempore interpositæ provocationis capti, vel postea nati erunt, in deposito sequestrario collocantur, jure fundi penes eum, qui appellaverit, constituto. *l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recip. Bald. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 2. ff. qui satisdar. cogunt. Coras. d. lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 9. num. 9. Zabarell. in Clement. unic. num. 22. de sequestrat. Panormitan. in c. fin. n. 8. cum seqq. de sequestr. possess. & fruct. Curtius in d. l. unic. n. 5. Cod. de prohibit. sequestrat. pec. Gail. d. lib. 1. observ. 147. num. 7. Bocer. d. Disputat. 11. thes. 68. Bauman. d. cap. 3. num. 24. Coler. d. tract. de processib. execut. part. 1. cap. 2. num. 118. part. 3. cap. 11.*
117 *num. 18.* Neque movet, quod objicitur, in proposito themate fructus rei litigiosæ potius victori, quàm sequestro concedendos esse: tum propter sententiam, quæ transitum fecit in rem judicatam: tum propter jus, quoad victor sibi habet acquisitum; nec non præsumptionem, quæ pro eo militat. Nam appellatio interposita hoc operatur: ut fructus in victorem transferri nequeant; sed penes tertium, donec alia super appellatione interpositâ feratur sententia, sequestrentur. Appellatio quippe hic licita putatur, utpote quæ non super meritis causæ principalis, sed tantum super modo & excessu executionis interjecta fuit, *d. l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recip. Clud. d. cap. 5. num. 64.*

Septimus sequestrationis casus obtinet in emptione- 118
venditione. si nimirum inter emptorem & venditorem lis oriatur de pretii solutione, ac rei venditæ traditione, & alteruter alterius fidem suspectam habeat, ita ut pretium venditori tutò numerari, vel merx aut res vendita emptori absque periculo tradi nequeat. Hic certè non immeritò tam pretium, quàm res vendita ad manus judicis, vel penes tertium aliquem sequestratur; &, donec contrahentibus consulatur, controversiaque summariè, cùm hac specie processu juris ordinario, ac longo sufflamine litis opus non sit, cognoscatur, deponitur. *l. si soluturus. 39. in fin. ff. de solutionib. & libertat. Francisc. Curt. in tract. de sequestrat. quæst. 1. num. 12. in fin. vers. septimo fallit. Coler. d. part. 1. cap. 2. num. 128. Fornerius in d. l. sequester. 110. ff. de verbor. significat hunc referens & sequens Cludius præallegato cap. 5. num. 69. & sequent.*

Octavum sequestrationis casum suppeditat res, tem- 119
pore peritura: quæ lite motâ, vendi imploratо judicis officio, ejusque pretium loco rei sequestrari poterit, *argument. l. litib. 20. C. de agricol. & censit. & l. ult. §. 1. ff. de requirend. reis. Panormit. in cap. 2. num. 24. de sequestrat. possess. & fruct. Sigismund. Scacc. lib. 8. c. 38. n. 8. de judic. caus. civil. crim. & hæretic. Jacob. de Aren. de sequestrat. num. 19. Johan. Petr. de Ferrar. in forma sequestri seu saximenti. verb. sapiens vir. num. 8. Gail. d. lib. 1. observ. 184. n. 3.* ubi ait, in facti contingentia per judicem & Assessores Cameræ, ad evitandum interitum, rei litigiosæ alienationem concessam fuisse. Et quamvis quidam autument, ad solius sequestri officium pertinere, res tempore perituras alienare, *Joan. Ant. Majuerus in addit. ad Ferrariens. dict. loco, ad verb. fructuum, eumque citans D. Geddeus in d. cap. 2. num. 64. de sequestrat. possess. & fruct.* id tamen duntaxat procedere sciendum est, quando judex alicui tertio curam & custodiam rerum litigiosarum commisit, *arg. l. propriè. 6. ibi, custodiendum ff. deposit. l. is, penes quem 6. C. eod. & l. 1. ff. de curatore bonis dando. Clud. d. cap. 5. num. 73.*

Nonus casus, quo sequestrationem permissam dicimus, 120
est: cùm inter dominum & colonum est de dominio rei controversia. Etenim si recusaverit colonus de restituendis fructibus satisdare, fructus isti sequestrabuntur. *d. l. litibus. 20. C. de agricol. & censit. D. Bocer. d. class. 2. Disp.*
11. thes. 60. edit. 2. Neque huic contradicit textus *in l. si* 121
quis conductionis. 25. C. de locato & conducto. ex quâ liquescit, colonum seu conductorem domino locatori quæstionem dominii referre non posse: sed prius possessionem restituere, & postea de proprietate litigare debere: & consequenter sequestrationi hoc casu locum non esse. *Nam* dispositio illius legis tunc obtinet, quando de locatione constat, & colonus locationem non diffitetur. At *d. l. litib. 20. C. de agric. & censit.* eo loquitur de casu, quo colonus negat, se rem habere à domino, neque aliter de locatione apparet sive constat, quàm ex assertione domini. Hoc casu dominii quæstio rectè domino referri, & si colonus cautionem de restituendis reditibus vel fructibus præstare detrectat, ad eorum sequestrationem procedi potest. Et ita ex communi Doctorum sententia illud contrarium (quòd difficile appellat) diluit Corasius *d. lib. 3. miscellan. cap. 2. n. 10.* Tametsi aliter, & quidem prolixè, allegatos textus enarret & conciliet Geddeus *in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 33. cum*
multis subseqq. Neque etiam obest, quod regeritur, *in* 122
d. litibus, non de necessario judiciali, sed voluntario ac conventionali sequestro agi: adeòque inter casus judiciales, & in quibus à judice decernitur sequestratio, legem illam referendam non esse. *Cùm* enim Justinianus Imp. illic mandet sequestrationem, hancque prædicto casu fieri præcipiat: ipso jubere clarius inde patet, eum non de voluntaria, utpote quæ ex mera partium conventione, sine judicis præcepto, proficiscitur; sed de judiciali aut necessaria sequestratione loqui: *quemadmodum id verbosius ostendit Andreas Cludius d. tract. de jur. sequestrat. cap. 5. num. 77.*

Digitized by Google

123 Decimus sequestrationis constituitur casus: si fisco aliquid debeatur, nec debitor persolvat debitum; ad sequestrationem bonorum debitoris, non citra rationem, descenditur. Tum quia propter debitum fiscale potest debitor incarcerari, *arg. l. 2. ibi, custodia. & l. 3. ibi, ab-*
124 *reptus. & utrobiq. glos. C. de exactorib. tributor.* proindeque multò magis bona ejus sequestrari poterunt: cùm plus sit, longeque gravius, personam capere, quàm bona sequestrare, *arg. c. 2. ibi, vos mitiùs cum eo agere volentes, possessionem sequestrari fecistis. & ibi Panormitan. n. 12. ext. de dol. & contumac. Bald. in l. per diversas. 22. num. 44. C. mandati.* Tum quia debitor pro pecuniario debito non est incarcerandus, si bona habeat, ex quibus creditori satisfieri possit. *arg. l. a Divo Pio. 15. §. in venditione. 2. ff. de re judic. l. 1. C. qui bon. ced. poss. Bartol. in d. l. 2. num. 3. C. de exactorib. tributor.* Ergo in fisci arbitrio positum est; sequestrationem bonorum petere, & debitorem carceri non mancipare. *Ita tenent Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 142. huncque referens Cludius d. c. 1. num. 82. Scaccia lib. 3. c. 38. num. 6. de judic. caus. civil. crim. & heretic. itemq. Gilhausen. in arb. judic. pag. 6. c. 10. §. 3. num. 29.*

125 Undecimus casus est: si appellatum sit à sententia lata de spirituali beneficio, quòd una cum fructibus apud personam idoneam sequestratur; nisi condemnatus triennio pacificè beneficium illud possederit. Tunc etenim sequestratio cessat; & possessor in beneficii spiritualis possessione tuendus est, *per textum in Clement. unic. de sequestr. poss. fruct. Gœdd. in cap. 3. de sequestrat. poss. num. 10. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 69. edit. 2.* Quando autem in appellationis instantia, propter fugam aut dilapidationem sequestratio decernenda est: non judex inferior, à quo est appellatum, sed judex superior, ad quem causa per appellationem est devoluta, sequestrationem decernit. *l. ab executione. 5. & ibi glos. in verbo, cognitor. C. quor.*
126 *appellat. non recip.* Ratio, cur eo casu judex inferior sequestrationem decernere nequeat; est facilis: quia totius causæ negotium per appellationis viam ad superiorem est devolutum. *c. pastoralis. 28. §. præterea. de offic. & potest. jud. deleg.* ac judex inferior, lata semel sententiâ officio suo perfunctus est. *l. judex. 55. ff. de re judicat. Gœdd. in d. cap. 3. num. 22. de sequestrat. poss. & fruct.*

127 Duodecimum casum, quo sequestratio permissa dicitur, subministrat odium rei contumaciter absentis. Nam si quis in judicium vocatus non compareat, sed contumaciter sese absentet: contra eum rectè ad sequestrationem bonorum, quæ vocantur in controversiam, devenitur. *c. ex literis. 2. ext. de dol. & contumac.* Cùm enim possit judex partem præsentem in possessionem ex primo decreto immittere. *c. tuæ. 3. & c. quoniam frequenter. 5. ut*
128 *lit. non contestat. non procedatur. &c.* multò magis concedendum est judici, propter contumaciam rei conventi, bona ejus sequestrare: quippe cùm minus præjudicium inferat sequestratio, quàm missio in possessionem bonorum. Siquidem missus post annum, veram acquirit possessionem: quod in sequestratione, jure proditum non extat. *Ita sentiunt Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. c. 2. num. 10. vers. octavus, & c. Curtius in tract. de sequestrat. in princ. num. 12 vers. quintò fallit. Angel. de sequestrat. num. 10. Molin. in consuetud. Parisiens. tit. 7. & 52. glos. 1. in verb. arrest. num. 11. Wesenbec. consil. 7. n. 4. Matth. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 84. & seqq. hosq. omnes laudans D. Cludius sæpe allegato tract. de jure sequestrat. cap. 5. num. 90. cum seqq.* ubi non solùm secundùm hanc, ab Interpretibus nostris unanimiter receptam sententiam in Collegio juridico Academiæ Helmstadiensis pronunciatum esse, asserit: verùm etiam argumentis nonnullis, quæ contra istum casum à dissentientibus proferuntur, abundè satisfacit: quò Lectorem benevolum brevitatis studio rejicimus.

129 Postea quam igitur præcipuos casus, quibus sequestrari res possunt, breviter recensuimus: nunc paucis de modo & forma sequestrandi, propter ejusmodi casus, rem aliquam, dispiciamus. Modus autem & forma sequestrandi primùm in eo consistit: ut ad sequestrationem videndam citetur is,
130 cujus in præjudicium ea tendit. Notissimi quippe juris est: quòd in omnibus actibus, qui adhibitâ causæ cognitione expediuntur, & maximi sunt præjudicii, partis adversæ cujus interest, citatio requiratur. *l. de unoquoque. 47. in princip. ff. de re judic. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus. l. in causæ cognitione. 13. in fine principii. ibi, causa enim cognita. ff. de minorib. l. bona. 3. §. si causa cognita. 8. ff. de bonor possessionib. Novell. 119. cap. 6. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quæst. 7. num. 40. Camill. Borell. in suis decis. de sequest. num. 18. Scacc. lib. 1. cap. 38. num. 25. de judic. caus. civil. crimin. & hæreticalium. Trentacinq. lib. 3. resolut. 12. num. 5. D. Anton. Winter. in suo Assessore part. 1. cap. 4. num. 35. & 40.* Illudque adeo censetur verum: ut, si Princeps sine partis citatione procederet, alterique præjudicium crearet; justâ ex causa istud factum non præsumeretur, *per notata Abbatis in capit. 1. col. 5. de caus. possess. & propriet. Socini consil. 266. num. 55. vol. 2. Jasonis consil. 233. colum. fin. num. 3. vol. 2. & Cravetta consil. 50. num. 5.* Et sanè ci- 131
tatio, cum facti sit, solennitasque extrinseca, non præsumitur, nisi probetur. *l. quæcunque. 13. §. fin. ff. de Public. in rem act. c. quod si ut. 28. & ibi glos. in verbis vocatos, de electione. Vant. in tractat. de nullitatib. titul. de nullitat. ex defectu citat. num. 22. Alciat. de præsumptionibus. præsumpt. 9. numero. 19. regul. 3 latè Mascard. vol. 1. de probationib. conclus. 290. num. 12. & 4.* Enimverò si de fuga omnino suspectus sit adversarius; proindeque metuendum, ne ad illam ipsâ citatione verbali instruatur: tunc, omissa citatione, judex rem de qua est controversia, sequestro deponere potest. Siquidem con- 132
tra fugitivos procedi solet de facto, ordine juris non servato, *argument. l. quæsitum. 14. ibique Gothofred. ff. de pignorib. l. penult. Codic. de pignorat. act. Bald. in l. fidejussor. 7. §. fin. & ibid. Alexand. num. 3. & Jason. num. 10. ff. qui satisdar. cogant. Cephal. consil. 439. num. 58. & seq. lib. 3. Francisc. Vivius in communibus opin. in verb. sequester. D. Bocer. class. 2. Disputat. 11. thes. 76. edit. 2.* Hinc rectè traditum est: propter præsens moræ periculum, non solum ad sequestrationem bonorum; sed, & ad capturam personæ, diebus quoque feriatis, in honorem Dei introductis, procedi posse, *argument. l. 1. §. fin. & l. solet. 3. ff de feriis. Curt. d. tractat. de sequestris. quæst. 10. n. 47. Sichard. in l. unic. n. 12. Codic. de probibit. sequestrat. pecun. Bald. in dict. l. si fidejussor. 7. §. ultim. num. 1. ff. qui satisdar. cogant. & idem in l. dies festor. 11. C. de feriis.*

Deinde in sequestratione legitime decernenda requiri- 133
tur: ut judici fiat fides de credito seu jure, propter quod sequestratio petitur. Ad nudam enim assertionem ac petitionem creditoris sive actoris: sequestrum non debet à judice discreto concedi; sed priùs diligenter investigari, an reus, cujus bona sunt sequestranda, actori sit obligatus, vel aliquid debeat: id quod chirographo, publico instrumento, vel testibus, fide dignis, probari poterit. Num si ad simplicem cujusvis petitionem seu instantiam, sequestrationis remedium decernendum foret: quilibet hoc petere, & reum fructuum perceptione spoliare posset: quod & juri, & rationi naturali vehementer adversatur. *dict. l. unic. Cod. de probibit. sequestrat. pecun. Andr. Clud. in tract. de jure sequest. c. 5. n. 110. & c. 6. n. 7.* Et licèt 134
quidam Interpretes ad obtinendum sequestrum, publicum instrumentum, quo doceatur de debito, præcisè necessarium esse opinentur. *Bartol. in l. jubemus. 16. num. 5. Cod. de erogat. militar. annon. Matthesilanus in tract. de carcere Grammat. consil. 27. n. 2. & si qui sint alii,* attamen contrariæ sententiæ defensionem qui suscipiunt, veritati propius accedere mihi videntur. Tum quia summaria duntaxat causæ cognitio ad concedendum sequestrum sufficit: cùm ea quoque in primo decreto requiratur. *l. si is, à quo. 3. §. 1. ff. ut in possess. legator. &c. Bald. in d. l. un. C. de probibit. sequestrat. pecun. Johan. de Imol. & Angel. Aretin. in l. Imperatores. 21. §. fin. ff. de appellat. Jason. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 13. ff. qui satisd. cogant. Mascard. vol. 3. de probationib. conclus. 1298. n. 3.* Tum quia si duo testes sufficiunt ad debitum principale 135
probandum: multò magis illi hic suffecerint, *D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 77. sub lit. d. edit. 2.* Nec repugnat textus *in d. l. jubemus. 16. §. super his. 2. in verb. eroga-*

Digitized by Google

erogationis pyctacia C. de erogat. militar. annon. ubi ad obtinendum sequestrum videtur instrumentum publicum fuisse necessarium. Verum ibi pyctacia non sunt publicum instrumentum; sed rationes & commentarii annonarum militarium: *ut bene notarunt Cujacius & Gothofredus ad l. actuarii. 5. Cedit. eod. t. itemque D. Bocerus d. thes. 77. ad lit. E.* Tametsi specialem illic contineri casum existimet Cludius *d. cap 6. num. 9.*

136 Præterea sequestrationem petens debet notum facere judici, & demonstrare: periculum aliquod subesse, vel ne res consumatur, vel ne debitor efficiatur non solvendo, aut hujusmodi aliam probabilem justamque subesse causam. *Ita scribunt & sentiunt Abbas in cap. 2. num. 29. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Jason. & Alexand. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. hosque referens Mascardus d. conclus. 1298. num. 4. vol. 3.* Cum enim sequestratio regulariter sit vetita ac prohibita: causa justa non præsumitur, sed probatione opus habet: siquidem pro reo militat juris regula, quæ sequestrationem prohibet, & onus probandi in adversarium rejicit. *l. ab ea parte. 5. & l. in exceptionibus. 19. ff. de probationib.* & pro regula, hoc est, sequestrationem non admittendam esse, pronunciatur: nisi contrarium, id est, causa, ex qua admittenda sit, demonstretur. *Bald. in cap. 1. num. 2. ext. de alienat. judic. mutand. caus. fact. Wesenbec. consil. 7. num. 7. & attigimus supr. num 92.*

137 Adhæc, ad sequestrationis permissionem desideratur: ut judex, citatis & auditis partibus, jureque actoris explorato, & causâ, ob quam sequestratio petitur, adducta, cognitionem causæ adhibeat, & accurate seduloque dispiciat: an jus actoris saltem summarie sit probatum: an defensiones rei conventi sint relevantes: an item causa sequestrationis sit sufficiens, justa & legibus approbata. Nam si causam sequestrationis justam, & legibus expressam, vel expressis parem aut graviorem deprehendit: licite, & absque periculo, sequestrationis necessitatem decernere poterit. Cæterum in decernenda sequestratione cognitionem causæ necessariam esse, evincitur *ex l. ei, apud quem 5. §. ultim. ibi, denunciatione facta. ff. deposit. l. in causæ cognitione. 13. in fine principii. ibi, causa enim cognita. ff. de minorib. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus l. de qua re. 74. in princ. ff. de judiciis.* Imò sequestrum, causæ cognitione non præeunte factum, censetur nullum: quia tunc ex solo officio est permissum. Judex autem ex se ad officium moveri non debet sine justa causa, & causæ cognitione. *c. 1. juncta ibi glos. in verb. pro suo arbitrio. de sequestrat. possess. & fruct.* Atque ita in terminis docent *Angelus consil. 107. num. 2. Wesenbecius d. consil. 7. num. 7. pag. 336. & seq. eosque referens Cludius d. tract. de jure sequestrat. cap. 6. num. 13. & sequ.* ubi subjicit, in tantum cognitione causæ opus esse, ut etiam in notoriis ea requiratur, *per doctrinam Baldi in l. cum fratrem. 9. num. 5. Cod. de his, quibus ut indign. & in l. ea quidem. 7. ubi etiam late Salicet. C. de accusationib.*

138 Denique inter requisita sequestrationis numerat quoque juramentum calumniæ; Vincentius Coratius *in tract. de sequestro. part. 3. quæst. 4.* ut nimirum pars, quæ sequestrationem fieri petit, jurejurando affirmet; se non calumniæ & æmulationis causa; sed ad juris, debitique sui conservationem id facere; *argument. l. de pupillo. 5. §. opus. 14. ubi Jason. ff. de operis novi nunciat. & l. qui bona. 13. §. si alieno. 13. ff. de dam. infect. D. Bocer. class. 2. Disput. 11. thes. 75. edit. 2. Bauman. in tract. de sequestris. cap. 5. num. 2.* Quod tamen non perpetuum esse videtur. Ideoque judex hoc casu diligenter advertere debet; num ejusmodi juramento opus sit: & non potius ani-

139 mo calumniandi ab adversario exigatur. Quid enim si causa, ex qua sequestratio fieri potest, manifesta sit & notoria? quorsum hic calumniæ sacramento opus esset: cùm haud temerè, sed magna cum discretione & prudentia, à judice juramenta sint imponenda; *tradente Cludio præ-*

140 *allegato cap. 6. num 19.* Quòd si ex justa aliqua causa, itemque debito modo ac forma sequestratio fiat: adeò licita reputatur: ut si quis eam impedire conetur; & quid contra eam tentet, si de litigantibus fuerit, jure suo cadat; sin alius, excommunicetur jure canonico: *Clement. un. de sequestrat. possess. & fruct. Oldendorp. in enchiridio exception. in exceptione sequestri. fol. 93.* vel aliter jure civili coerceatur. *l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemper. l. à Divo Pio. 15. ff. de re judicat. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 79.*

Elegans hic incidit quæstio: si sequestratio fructuum, pecuniæ, vel alterius rei, à judice fuerit juste & ritè facta: pars autem sequestrationem patiens aliundè non habeat, quo se sustentare, ac litis expensas solvere queat: an, lite adhuc pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta, ex re litigiosa sequestratâ, sint suppeditanda? Et ajens sententia frequentiùs, & meritò quidem, obtinuit. *l. ultim. ubi Baldus & Salicet. C. de ordine cognit. l. unic. §. super peculio. C. de assert. tollend. l. sed etsi hereditas. 11. §. 1. vers. proinde ff. ad exhibend. Jacobus de Arena in tractat. de sequestris. num. 15. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quæst. 1. num. 10. Coler. in tract. de process. execut. part. 3. cap. 11. num. 6. p. 703. D. Bocer. d. Disput. 11. thes. 80. Treutler. Disputat. 26. thes. 11. lit. g. volum. 1. Hackelman. Disputat. 9. thes. 15. lit. f. Clud. d. tract. de jure sequestrat. cap. 5. num. 86. & cap. 10. n. 24 & seq. ubi plures adhuc laudat.* Neque adversatur, 141 142

quòd nemo adversarium suum in se armare teneatur, *argument. l. 1. C. de edend. & l. nimis grave. 7. Cod. de testibus.* Malè namque asseritur, illius armis ac sumptibus adversarium armari: cùm dubius & anceps litis eventus hunc dominum efficere possit: nec desint pro possessore præsumptiones, quibus in dubio multum fidei tribuendum. *l. sive possidetis. 16. C. de probationibus.* Et ita, *post Franciscum Herculanum in proband. negat. & Alciat. de præsumpt. à se citatos.* docent D. Goeddeus *in cap. 2. num. 54. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Knipschildt d. exercit. 4. quæst. 13. pag. 146.* & Alexand. Trentacinq. *libr. 3. resol. 12. num. 6. vers. & quando, &c.*

Porro ad officium sequestri pertinet: ut rem penes se depositam diligenter ac fideliter custodiat: ne ipsius dolo, latavè culpa res ista quid incommodi capiat, *argum. hujus nostri §. l. 1. l. propriè. 6. ibi, custodiendum. l. si sine dolo. 20. & l. quod Nerva. 32. ff. deposit. Fürstlich Wurtembergisch Ernewert-Landrecht, part. 1. titul. 80. §. Und welcher. p. 230.* Sed & sequester non solum rem ipsam, ne deterior fiat, custodire; verùm etiam fructus colligere, in tutum reponere, dissipata, & male ablata revocare; adeòque omnia ea facere debet, quæ vir bonus in re aliena custodienda & administranda facere solet; donec lis finiatur, vel causa terminetur, *cap. 1. ibi, ut de causa possessionis, & item c. 2. extr. de sequestrat. possess. & fruct. ibique D. Goeddeus num. 55. l. postquam. 4. §. 1. vers. sed si nec ipsi. ff. ut leg. seu fideicom. serv. caus. caveat. l. is, cui legatorum. 5. §. qui legatorum. 22. ff. ut in possess. legat. vel fideicommiss. servand. causa esse lic.* Quin & hoc ad sequestri officium spectat: ut fructus, tempore perituros, distrahat: & pretium inde redactum, pro utilitate litigantium, in usuras concedat: fructus autem, morâ non deteriores futuros, studiosè conservet & custodiat, *argum. dict. l. is cui. 5. §. qui legatorum. 22. vers. quinimo. tales. ff. d. tit. l. litibus. 20. §. 1. & 2. Codic. agricol. & censit. & l. ultim. §. 1. ff. de requirend. vel absentib. damnand. Angel. Aretin. in l. Imperatores. 21. ff. de appellat. Corasius de sequestro. part. 2. quæst. 21. & part. 2. quæst. 47.* Neque vero fructus tantùm; sed & rem ipsam litigiosam, quæ tempore sive morâ est peritura (cum eadem in hac re, quæ in fructibus hic militet ratio: ne scilicet ea partibus planè pereat) in litigantium commodum, sequester vendere; & pretium inde redactum loco rei custodire, ac conservare poterit, *argument. l. fin. C. de ordin. cognit. d. l. litib. 20. §. 1. & 2. C. de agric. & censit. Bartol. in l. interesse. 39. n. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. & idem in l. si quis affirmavit. 9. (in quibusdam exemplaribus est l. si olenm. 10.) per istum textum 3. ff. de dol. mal. Coras. d. part. 3. quæstion. ultim. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 70. num. 10. pag. 242.* 143 144

Cui non obstat *l. ait prætor. 7. §. 1. & 2. ff. de jure deliberand.* ubi expressum est, sine prætoris sive judicis permissu alienationem seu diminutionem rei minus rite fieri: ac proinde sequestrum judicis auctoritatem adhibere debere. 145

Digitized by Google

bere. *Nam* lex illa nequaquam de casu nostro sive de sequestre; sed de longè diverso casu, nimirum de tutore, qui nomine pupilli, heredis instituti, tempus ad deliberandum petiit, disertè loquitur. Hic tutor res hereditarias diminuere nequit: nisi causa cognitâ, bonique viri arbitratu diminutio fiat. Ratio autem, quare tutor illud facere nequeat, duplex est: tum quia tutor, qui res hereditarias privato arbitrio alienaret; hereditatem expilasse, resque istas in fraudem creditorum alienasse videretur, *de quo crimine est tot. tit. ff. expilatæ heredit.* Tum quia si auctoritate propriâ ejuscemodi res alienaret: hereditatem adiisse, seque pro herede gessisse, crederetur. *l. pro herede.* 20. *cum l. seq.* §. 1. *&* *l. gerit.* 88. *ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Quæ gemina ratio cùm in sequestre cesset: idcirco quod de tutore allatum est, ad illum trahi non debet, *argum. l. quod verò.* 14. *& l. seq. ff. de legib. l. Papinianus.* 20. *ff. de minorib. l. inter stipulantem.* 83. §. *sacram. ibi. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. D. Clud. in tract. d. jure sequestrat. c.* 11. *num.* 31.

146 Ecquid verò in sequestrem rei depositæ possessio transeat, dubia valde est, mirumque in modum agitata, diversisque Interpretum censuris vexata quæstio? Etenim quidam, per rei controversæ sequestrationem interverti possessionem, eamque simpliciter in sequestrem transire autumant. *Azo num.* 2. *& gloss. in verb. sequestrationi. in tit. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. Angel. in tract. de sequestrat. num.* 2. *Hanetonius in tract. de judicior. ordin. tit. de sequestratione. pag. mihi* 37. *Pratejus in Lexico, verb. possessio. in fine.* Alii è diametro contrarium tradunt; adeoque sequestrum nunquam possidere contendunt. *Cujacius lib.* 9. *observat. c.* 33. *in vers. in possessione est depositarius, &c.* *Idque tenuisse glossam in c. examinata.* 15. *ext. de judic. refert Corasius lib.* 3. *miscellan. jur. civil. cap.* 2. *num.* 11. Plerique inter voluntariam & necessariam sequestrationem distinguentes, in illa possessionem amitti, in hac non item, statuunt. *Bartolus in l. interesse.* 39. *num.* 4. *item Alexand. num.* 4. *ff. de acquir. vel amitt. possess. Salicetus, post Jacobum de Arena & Cynum, in l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun. Panormitan. in cap.* 2. *ext. de sequestrat. possess. & fruct. Felin. in d. c. examinata. num.* 11. *de judic. Francisc. Curt. de sequestr. n.* 7. *Molin. ad consuetud. Parisiens. tit.* 2. *gloss.* 1. *verb. arrest. num.* 26. *Cujac. in l. licet.* 17. *ff. deposit. ibique Wesenbec. in Paratitl. num.* 6. *Schneidewin. in hoc §. nostro num.* 5. *Gail. lib.* 1. *observat.* 5. *num.* 10. *& observat.* 184. *num.* 9. *& in tract. de arrest. c.* 12. *num.* 9. *Brunnem. in tract. de sequestris. cap.* 4. *num.* 3. *& seq. Schickard. Disput.* 12. *ad Instit. thes.* 6. *sub lit. a. num.* 3. *& resolut. quæst.* 4. Aliqui alias; & quidem diversas, distinctiones & subdistinctiones adferunt. *Raphael Cumanus in d. l. interesse.* 39. *in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess. & Johannes Petr. de Ferrar. in practicâ suâ, in formâ sequestri seu saximenti. verb. audeat vel præsumat. num.* 1. Nonnulli denique, & maxime recentiores, indistinctè tenent: quòd possessio in sequestrem non transeat; nisi expressè ac nominatim id à partibus litigantibus sit actum, dictum, & conventum. *Joan. Corasius d. lib.* 3. *miscell. jur. civil. cap.* 2. *num.* 14. *Duaren. ad tit.* 6. *deposit. c.* 1. *circa finem. & lib.* 3. *de benefic. c.* 10. *Jul. Pacius centur.* 4. ἐναντιοφανῶν *quæst.* 80. *Forner. in l. sequester.* 110. *in fine. ff. de verbor. significat. Gæddeus in cap.* 1. *de sequestrat. possess. & fruct. num.* 115. *cum seqq. D. Boeer. in hoc §. num.* 79. *pag.* 201. *class.* 2. *Disput.* 11. *thes.* 8. *edit.* 2. *Bronchorst. cent.* ἐναντιοφανῶν. *assert.* 66. *edit.* 1. *Hackelman. Disput. illustr.* 9. *thes.* 15. *ad lit. a. Cludius in tract. de jur. sequestrat. c.* 9. *num.* 25. *cum seqq. Hunnius Disput.* 14. *thes.* 27. *& lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 3. *part.* 4. *p.* 954. *& seq. Olemannus in not. ad Disput.* 25. *Giphanii, ad Instit. num.* 11. *& seq. Paulus Berens Disput.* 9. *ad Institut. them.* 3. *quæst.* 3.
147 *Richter. d. disput.* 5. *th.* 2. *sub lit. d. pag.* 122. *& seq.* Atque hæc sententia (quam & ego verissimam esse puto) confirmatur primùm manifesto & inevitabili textu *in d. l. interesse.* 39. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* ubi Julianus docet, per sequestrationem non transferri possessionem; nisi apertè hoc inter litigatores fuerit approbatum, sive actum, conventum & expressum. Cujus legis (ut planius intelligatur) talis constitui solet facti species: Cajus & Mævius de re quadam disceptârunt, & tandem eam apud sequestrum deposuerunt, eâ conditione, ut illi, qui reportaret victoriam, redderetur. Quæritur itaque, an isthac sequestratione videatur actum; ut, lite pendente usucapio non adimpleatur; sed potiùs interrupta censeatur? Julianus consultus per distinctionem respondit: Aut hoc apertè est actum, ut possessio omittatur: aut custodiæ duntaxat causa res litigiosa est deposita. *Priori* casu ad usucapionem possessio partibus non procedit, hoc est, litigatores usucapionem inceptam non adimplent: sed ea, sequestratione interveniente, interrumpitur: quoniam omittitur hoc casu possessio à partibus, & sequestro committitur, nec usucapio ulteriùs progreditur. *Posteriori* verò casu usucapio non impeditur: sed possessio, quæ penes deponentem fuit, penes ipsum manet, victorique ad usucapionem procedit & prodest. Cùm enim hac specie in sequestrum non sit translata possessio: perspicuum evadit, usucapionem anteà cœptam non impediri, neque interrumpi; sed, permanente penes deponentem possessione, eam continuari, *argum. l. sine possessione.* 25. *& l. non solùm.* 31. §. *qui pignori.* 4. *ff. de usurpat. & usucapionib.*

Deinde sequestrum regulariter non possidere, inde 148
quoque patescit: quòd sequestrum est species depositi, *ut ostensum suprà num.* 9. *&* 10. Nullum autem depositum propriâ vi ac virtute, sine partium expressâ conventione, transfert possessionem in depositarium: quoniam modus transferendæ possessionis non est; sed custodiæ solummodò causa res alteri committitur sive commendatur. *l.* 1. *& l. propriè* 6. *ff. deposit.* At custodia actum possessionis nullum habet: cùm separata sint possessio, & custodia. *l.* 3. §. *ult. ibi, non possessionem, sed custodiam. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Præterea mitius agitur cum eo, cujus res ob contumaciam sequestrò ponitur, quàm si ob eam missio in possessionem ex primo decreto fiat. *cap.* 2. *in verb. cum eis mitiùs agere volentes, possessionem sequestrari fecistis. ext. de dol. & contumac.* Atqui per 149
missionem in possessionem, missus possessor non constituitur. *l. is, cui legatorum.* 5. *in princip. ff. ut in possess. legator. vel fideicommissor. servand. caus. esse lic. l. cùm legatorum.* 12. *ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* Ergo
multò minùs sequestratione possessio transferetur. Acce- 150
dit, quòd nemo in dubio præsumitur animum perdendæ possessionis, & propriæ substantiæ profundendæ habere, *arg. l. cùm de indebito.* 25. *in princ. vers. qui enim solv. ff. de probat. & l. si de eo.* 40. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* cùm potiùs quælibet alia, etiam fatua & stulta causa, quàm voluntaria bonorum, vel alicujus juris perditio donatiovè, præsumatur, *argum. l. Campanus.* 47. *ff. de operis libertor. l. si cùm autem* 50. *& ibi Bartol. ff. de solutionibus. Bald. in l. generaliter.* 13. *num.* 7. *C. de non num. pecun. Wesenbec. consil.* 42. *num.* 57. *latissimè Tiraquellus in repetitione. l. si unquam.* 2. *in verb. donatione largitus. num.* 206. *& seqq. ubi hac de re plura cumulavit.* Igitur nec hoc
in loco possessionis translatio præsumi poterit. Adhæc 151
ut possessio transferatur, titulus habilis & idoneus requiritur: aliàs, justo titulo deficiente, res custodiæ causâ tradita censetur. *l. cùm pater.* 77. §. *pater. pluribus.* 21. *ff. de legat.* 2. Depositi verò titulum habilem ac idoneum non esse, ut per eum possessio transferri possit, apparet ex *d. l.* 1. *& d. l. propriè.* 6 *ff. deposit.* Ideoque consequens est, traditionem ex depositi sive sequestri contractu factam, non animo transferendæ possessionis, sed custodiæ potius causâ factam censeri. Hoc ampliùs, officium sequestri est: rem, ejusque possessionem deponentibus conservare ac custodire, ut nihil damni in eâ accipiant, *per notata Jacobi de Arena in tract. de sequestrat. num.* 1. *&* 2. *& dictum suprà num.* 129. At si possessio fieret sequestri: sine 152
damno & injuriâ deponentium, officium suum non exequeretur: tum quòd possessio interrumperetur, & usucaparetur. *l. naturaliter.* 5. *l. possessio.* 20. *ff. de usurpat. & usucap.* tum quòd non custodiret tantùm, sed possessionis jus pro suo etiam haberet: cùm id, quod possidemus, in nostris quoque bonis habere dicamur. *l. bonorum.* 49. *ff. de verbor. significat.* Quæ cùm ita sint: firmiter cum Corasio, Gæddeo, Cludio, & cæteris Interpretibus præ-

Digitized by Google

præallegatis, concludendum est: in sequestrum rei depositæ possessionem non transire: sed apud deponentem eam permanere; nisi illud expressè ac nominatim à litigatoribus actum, dictumque fuerit. *Huicque conclusioni etiam patrocinantur Philipp. Adolphus à Munchhausen, in suis disceptationib. Pandect. quæst.* 17. *Dornsperger. lib.* 3. *syntag. jur. c.*10. *de sequestro. pag.* 746. *Coppen. lib.*2. *observ.* 15. *num.* 13. *Gilhaus. in process. judic. c.*10.*part.* 6. §.3. *n.*10.*hosq. refer. D. Besold. & Kerner.in d.disput. de jure sequest.th.*90.*Knipschild. d.exerc. A. ad.*4. *quæst.*18. *pag.*145. *& seq.*

153 Nec isthanc decisionem enecat *lex. licet.* 17. *in fine.ff. deposit.* ex quâ dicendum videtur possessionem rei depositæ in sequestrum transferri. *Nam* primò respondetur: Florentinum Jurisconsultum ibi de ejusmodi casu intelligendum esse, quando non apparet, uter ex litigatoribus possideat; sed uterque se possidere contendit. Si propter hanc incertitudinem sequestratio interponatur: possessio in sequestrum transfertur. Idque ex hisce Jurisconsulti verbis evincitur: *ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Tunc enim possessio, quæ antea dubia fuit ac incerta, nulli erepta, sed potius sequestri, donec lis per sententiam finem accipiat, commissa putatur. Aliàs cùm constat quempiam solum esse possessorem: sed ex causa propter securitatem, putà creditoris, vel agentis actione reali, partes etiam voluntariè ad sequestrum descendunt: possessionem à possidente avocari, & in sequestrum transferri nemo dixerit: cùm jactare suum, aut animum dimittendæ possessionis habere, nullus præsumatur. *d. l. cum de indebito.* 25. *in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationib. Coras. d. lib.* 3 *miscellan. jur. civil. cap.* 2. *num.* 15. *Bronchorst d. centur.*2. *assert.*76.*edit.*1. Deinde non incommodè dici potest: Florentinum de illâ loqui sequestratione, in quo possessio est deposita sive sequestrata. Possessio etenim, secundùm eundem Jureconsultum, rei depositæ apud deponentem manet, nisi apud sequestrum deposita est, id est, nisi ipsa possessio apud sequestrum deposita est; vel, nisi animo dimittendæ possessionis res est tradita, ut Julianus ait *in d.l.interesse.*39.

154 *ff. de acq.vel amit.poss.* Deponere namque, hic dimittere significat: Unde frequentes hæ locutiones: Imperium deponere, Magistratum deponere, deponere possessionem. *l. si me in vacuam.*34.*in pr.ibi,quia animo deponere & mutare nos possession.posse,&c. ff.d.tit.* Cui congruunt sequentia ejusdem Florentini verba: *Nam tum demum sequester possidet*, id est, eo tantùm casu possidet sequester, cum possessio apud ipsum dimissa depositaque est. Et subjicitur ratio: *Id enim agitur eâ depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*, hoc est, id agitur eâ depositione, in qua dictum & actum est, ut possessio transiret in sequestrum, & ut neuter ex litigatoribus possideret, sed solus sequester. Atque hac interpretatione adhibitâ, Florentinus *in d.l. licet.*17. *ff. deposit.* optimè convenit cum Juliano *in d. l. interesse. ff. de acq. vel amitt. possess.* ita ut in utraque lege possessio in sequestrum transferatur, si hoc apertè ac expressè à partibus approbatum, dictum & actum fuerit. Atque ita eleganter istas duas leges, quæ invicem pugnare videbantur, conciliat explicatque Duarenus *ad dict. titul. Codic. deposit. cap.*1. *& d.lib.*3.*de benefic. cap.* 10. eumque laudans Cludius *d. tract. de jure sequestrat.cap.*9.*num.*37. Adde D.Besoldum *part.*2. *delibatorum jur. ex lib.*16. *Pandect. q.* 5.*p.*106.*& seq.*

155 Similiter decisionem nostram non debilitat *c.* 1. *& tot. t.ext. de sequestrat. possess. & fruct.* ubi possessionem sequestrari; sicque sequestratione possessionem in sequestrum transferri, dicitur. *Illic enim* possessionis verbum non pro jure insistendi rei; sed pro ipsis rebus sive corporibus, super quibus lis est mota, accipitur. Neque novum est, ut possessionis verbo res ipsa contineatur. *l. cum miles. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. l. si medicus.* 3. *ff. de var. & extraord. cognit. l. magis puto.* 5. *§.idem prætor.*10. *ff. de reb.eor. qui sub tutela, &c. l. vic fiernende.*4. *ff. de privil. veteran. l. Pomponius.*86. *§.fin.ff. de acquir.vel omit.hered.l. Imperat.*17.*ff. de servit.præd. rustic. l. interd.*78.*ff.de verb. significat.l.*2.*C.de probat. l. si ex ea pec.*6.*C.de rei vindic. & simulib.Coras. d. lib.* 3. *miscellan.* *c.*2.*num.*13. *Gedd.in d.c.*1. *de sequestrat. possess. & fruct. num.*125.

156 Nihil item assertioni nostræ adversatur *Clement. unic. de sequestrat.possess.& fruct.* ubi cùm beneficium sequestratur, ejus possessio in sequestrum transire videtur. *Nam* hoc saltem vult ibi Clemens Pontifex, ut si de beneficio litigetur ob animæ curam, illud ita sequestretur, ut aliquis sit, qui vice sequestri vel beneficiarii ea, quæ ad animarum curam, dignitatem & personatum (*ut loquuntur*) pertinent, expediat. At beneficiorum propriè non est possessio: cùm non in corpore, sed jure percipiendi reditus, & similibus, consistant. *Petr. Peck. ad cap.* 1. *de regul.jur. in* 6. Non ergo sequester beneficium possidet: sed & possessionis, hoc est, redituum & usus, custodiam in se recipit, ut similis est casus *in d. l. litibus.* 20. *C. de agric.& censit.& cap.*2.*&* 3.*ext.de sequestr. poss. & fruct. Gedd. d. loco*, *num.*124.*Paul. Berens d.Disput.*9. *them.*3. *quæst.*3.*object.*3.

Nihil quoque ad rhombum facit textus *in l. unic. ibi; transferendæ possessionis. Cod. uti possidet.* ex qua colligi posse videtur, per sequestrationem possessionem transferri in sequestrum. *Quamvis* enim hanc legem de sequestratione accipiendam esse, arbitretur Johannes Robertus, *lib.* 3. *sentent. jur. cap.* 21. Imperatores tamen Diocletianus & Maximianus ibidem sequestrationis nullam prorsus mentionem faciunt, neque de sequestratione loquuntur: & juris ratio non patitur, ut quod de transferenda possessione ab Impp. dicitur, ad sequestrationem extendatur: cùm ea regulariter possessionem in alium non transferat, ut supra sufficienter probatum, & notat Cludius *d.c.*9.*num.*44. 157

Haud præterea frangit conclusionem nostram: quòd Judex per sententiam suam aliquem suo dominio; & per consequens etiam possessione privare valeat. *§. fin. infr. de offic. judic. l qui universas.*30. *§. item cum prætor.* 2. *ff. de acquir.vel amitt.possess.* Antecedens siquidem non aliter verum est, quam si natura & indoles actionis hoc requirat, *arg. l.ut fundus.*18.*ff.communi divid.l.sunt & aliæ.*3. *ubi Petr.Costal.& l.sed & si res.*7.*ff.de public.in rem action. l.si per errorem.*17.*ff.de usurpat.& usucap.d.§.fin. infr. de offic. judic.* Imò ne tunc quidem judex dominium alicui per suam sententiam adimit: sed possessoris non esse, utpote quòd alterius sit, saltem declarat, *arg.l.sicut.*8.*§. & si quidem.*4.*ff.si servitus vindic.l.licet.*3.*§.idem scribit.*11.*ff. de pecul.l. Pomponius.*13. *§. si in fin.*9 *ff.de acquir.vel amitt. possess. Johan. Freig.in suo Zasio ad l.* 5.*ff.de justit. & jur. eumq. referens D. Geldeus in d.c.*1.*num.*128.*extr.de sequestrat. possess. & fruct.* 158

Postremò, nihil derogat nostræ traditioni Ordinatio Cameræ Imperialis, *part.*2.*tit.*21.*§.ult.vers. Sollen Cammerrichter und Beysitzer*, *&c.* ubi dicitur, non solùm ad instantiam partis: verùm etiam ex officio à Judice & Assessoribus Cameræ Imperialis possessionem sequestrari posse. *Nam* respondendum: Ordinationem sive constitutionem istam Cameralem eo de casu esse intelligendam, quo non apparet, uter ex litigatoribus possideat, adeoque possessio dubia & incerta est, ac uterque se possidere contendit: hac utique specie judex ad sequestrationem licitè procedit. Quinimo isto casu possessio partibus non adimitur, nec in sequestrum transfertur, sed potius victori, & possessionem summariè duntaxat probanti conservatur, sequestroque conservanda committitur: Ita enim in fine *d.tit.*21.subjicitur: *Und so das* . . . i. e. atque si ita res est, id neutri parti in jure quoad possessionem nocebit. Qua de re explicatiùs dissertat D.Clud.*prædicto tract.de jure sequestrat. c.*9.*num.*42.*& seq.* 159

Ambigua quoque & insignis disceptatio est, utrùm is, apud quem factum est Ecclesiæ, vel juris patronatûs, aut beneficii, cui tale jus cohæret sequestrum, vacante Sacerdotio, jus præsentandi aut conferendi habeat? Atque hunc sequestrum ejuscemodi jus præsentandi habere (explosâ opinione contraria *Hostiensis, Antonii de Butrio, Panormitani & Corseti in c.examin.*15.*ext.de judic. Hieronymi de Cevall.in commun.op.contr.com.q.*740.*& Schurffius Disp.* 12.*th.*6.*ad lit.a.n.*2. *& resol.q.*4. & crebrioribus & saniorib. Interpretum suffragiis receptum est; Favor etenim ac uti- 160 161

utilitas Ecclesiarum hoc suadet:ne deficiente justo pastore,ovile Christi rapaci alicui lupo pateat. *nc pro defectu. 12.ext.de elect. & electi potest.* Nec æquitati consonum est: ut disciplina Ecclesiastica periclitetur propter partium conventionem, *argumento cap.1.ext.de dolo & contumac.*

162 Adde, quod nemo inficiari potest,quin administrationem sequester habeat non temporalium modò,sed etiam spiritualium, *Clement. unic. de sequestrat.possess. & fruct.* Itaque fructuum collectio ad eum pertinet, in quibus & beneficiorum collatio numeratur. Et hanc, tanquam communem, amplectuntur sententiam *Innocentius*, *Joan. de Lagnano*, *& Barbat. in d. c.examinata.15. ext. de judic. Domini de Rota decis. 334. Paul. de Leazaris. & Cardinal. in d. Clement. unic. notab. 10. de sequestrat.possess. & fruct. Gemmian. in c.nemo deinceps.15. col.2. de electione. in 6. Felin. in c. cum Bertholdus. 18 de sentent. & re jud. hosque citans Corasius lib.3. miscellan. jur.civil.cap.2.n.16. & seq. Duaren. libr. 3. de benefic. cap 10. Lambertin. in tract. de jur. patronat. q.9. artic. 3. lib.1. part.2. Baptista a Villalob. in commun. opin. in verb. sequestrum. num. 52. Gæddeus ad cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num.59. & seq. Clud. in tract. de jure sequestrat. cap.11. num.27. Paulus Berens. Disputat. ad Institut. 9. them. 3. quæst.4. Hieronymus Gigas in tract. de pensionibus q. 72. hunque referens D. Bocer. class. 2. Disput.11. thes.13.edit.2. Hackelman.disput.illustr.9.thes.16. lit. b.*

163 Non obstat, quod sequester nomine tantùm alieno, futuri scilicet victoris, fructus colligit, vel in possessione est, *l. generaliter.6. & l.interesse. 39. ff. de acq.vel amit. poss.* Atqui alieno nomine possidet,vel fructus cogit, jus conferendi vel præsentandi non habet, *d.c. cum Bertholdus.18. de sent. & re jud.*ubi creditor, cui jus patronatus cum universitate pignori erat obligatum,quia fructus alieno nomine, puta debitoris, colligebat, præsentare non potuit. Hoc,*inquam*,non obstat: quia in illo casu ideo creditor non præsentabat, quod suberat persona legitima & habilis ad præsentandum, videlicet debitor dominus, à quo iniquum esset jus illud præsentandi auferri. Hic autem nullus est, qui præsentare possit: quoniam ad hoc factum est sequestrum, ut neuter litigatorum, quamdiu res sequestrata est; ullum jus in ea exercere queat. *Duaren. d. lib. 3. de benefic. cap.10. in fine. Coras. dict. libr.3. miscellan. cap.2. num.18.*

164 Non quoque obstat,quod sequestrum ad hoc fieri solet, ne dissipentur fructus,sed potius conserventur, restituendi ei, qui de proprietate obtinebit, *cap.1 & 2.de sequestr. possess & fruct.* Jam vero si sequester præsentaret,ejusque præsentatio admitteretur: sequestri fructus dissiparentur, qui nullo pacto vincenti restitui possent:contra finem sequestri. Non obstat, *inquam*,siquidem ad assumptionem breviter respondetur: præsentare non esse dissipare: quoniam præsentatus à sequestro, ab eo præsentatus censebitur, qui obtinebit. *Coras. d. loco.*

165 Nihilo magis obstat *c. quoniam.3. & cap.cum propter. 27.ext. de jure patronat.* ubi rescriptum est, controversia de jure patronatus orta ; si, cui competat, intra quatuor menses non fuerit definitum ; non sequestrem, sed Episcopum loci debere Ecclesiæ providere,& alium substituere. *Nam* per distinctionem respondendum:Aut jam vacante sacerdotio, lis de jure præsentandi vel conferendi inter plures patronos vel ecclesiastes orta est:aut,pendente lite super hoc jure, vacatio illa accidit. Priore casu obtinet illud, quod in præallegatis capitulis rescriptum invenitur: posteriori verò casu locum habet, quod superiùs pro decisione propositæ quæstionis attulimus. Ratio diversitatis est perspicua: quandoquidem priore casu hæc tacita deposito inest conditio; ne antè fiat collatio aut præsentatio, quam si controversia illa sit terminata: in posteriori casu isthæc conditio cessat: quia officium sequestri est, ut eo in statu rem custodiat, in quo acceperat. Accepit autem cum sacerdotio non vacante. Itaque, ut non vacans reddat, necesse est. *Ita eleganter hoc explicat. D. Gæddeus ad d. cap. 2 de sequestrat. possess & fruct.num.60.cum seq ejusque asseclis Paulus Berens d. Disput. 9. them. 3. quæst. 4. circa finem.* Eadem decisio non præter rationem extenditur ad illum casum, si Status alicujus Imperii territorium vel castrum alteri Statui, vel Imperatoris Commissariis sequestrò positum datumque sit:juxta Cameræ ordinationem *part.2. titul. 21. §. fin.* Hos sequestres non solùm jus patronatûs,verum etiam exercendæ interim jurisdictionis habere, ut, si judex aliquis, pendente sequestratione, aut officialis moriatur, vel conditioni suæ renunciet, alium substituant, verisimilius putatur. Alioqui in eodem statu, resoluto sequestro, reddere non possent. *Gadd. d. loco. num. 62. Clud. d. tract. de jure sequestr. cap. 11. num. 28. Hackelman. d. Disput. 9. thes. 16. lit. C. Treutler. disp. 26. thes.9. ad lit. E. volum. 1. D. Bocer. d. Class. 2. disp. 11. thes. 14. edit. 2.*

Quamvis autem sequestrum justè riteque sit decretum: 166
oblatâ tamen & præstita idonea de rebus litigiosis conservandis satisdatione (quæ non inscite medicina sequestri appellitatur) istud relaxari, reoque suarum rerum usus, per sequestrationem ademptus, rursus permitti debet. *l. si fidejussor.7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. l. senatusconsulto.16. in fin. ff. de offic. præsid. l. ultim. ibi, si modo salvam rem futuram per idoneos fidejussores promiserit. C. de ordin. cognit. Mynsinger. centur.5.observ.35. num.7. Gail. lib. 1. observat. 148. num. 5. Vivius lib. 1. opinion. commun. opin. 266. Sebast. Medic. in tract. de conservand. poss.gloss.2. part.1. num.298. Quintilian. Mandos. de monitor. quæst.10. num.3. Vincent. Caroc. de sequestro. part. 4. quæst.2. num.1. D. Besold. d. part. 2. delibatør. jur. ex lib.16. Pandect. quæst.5. pag.108. Francisc. Curt. in tract. de sequestris num.55. & seq. Baptista a Villalob. commun. opin. verb. sequestrum. Joan. Ferrar. Papiens. in forma sequestri sive saximenti. gl. 1. num. 5. Emanuel Soarez in thesaur. recept. sent. verb. sequestratio. num. 105. Gædd.
in d. c. 3. num. 14. de sequestrat. possess. & fruct.* Idque 167
tum demum procedere sciendum est,quando causa quoque,ob quam sequestratio concessa est,per satisdationem tollitur,& æque bene adversario est consultum. Nam si sequestrationis causa non removeatur per satisdationem: probabiliùs est, cautionem sive satisdationem recipiendam non esse, *argum. c. ex transmissa 8. & c. literas. 13. §. fin. ext. de restit. spoliat. Panormitan. in c. 2. de sequestrat. poss. & fruct. D. Bocer. d. class.2. Disput.11.thes.81. edit.2. Coras. d. lib. 3. miscell. jur. civil.c. 2. num. 19. & 20. Althus.lib.1.Dicæolog. c. 70. num.18. p.242.* Exempli gratia: Si propter timorem dilapidationis sequestratio decreta fuerit: cautio idonea ad relaxandum sequestrum meritò admittitur: quia tunc causa, propter quam judex permisit sequestrationem,cessat: ac victori futuro prospectum & cautum est, ut rem,quam petit,& obtinet,à fidejussoribus datis exigere, sive ex pignore constituto sibi satisfacere possit. Quòd si verò propter metum armorum, ad evitandum periculum & scandalum,sequestratio fuerit concessa: satisdatio non recipitur: propterea quòd causa sequestrationis factæ satisdatione non aufertur:sed armorum vitæque periculum, ac metus turbationis publicæ
tranquillitatis permanet. Satisdatio quippe malevolum 168
propositum non immutat: & damnum facilè resarciri nequit:adeoque hoc casu satisdationi locus nullus relinquitur, *argument. §. novissimè. 12. supr. de suspectis tutorib. latiùs D. Claudius. d. tract. de jure sequestrat.c.10. num.4. & seqq.*

Cæterùm an juratoria cautio ad relaxandum seque- 169
strum sufficiat,si nec fidejussoribus, nec pignoribus reus, ob inopiam, vel aliam difficultatem, cavere possit,dubitari solet? Et quanquam id negant Bartolus *in l. litibus. 29. num.5. C.de agric.& censit. Jason & Alexand. in l. 1. num.23. vers.undecimò limita, & in l.si fidejussor. 7. num. 18. ff. qui satisdar. cog. Francisc. Curt. d.tractat. de sequestris. num.56. Bald. Joan. de Imola, & alii in l. filiusfam. 114. §. Divi Severus & Antonius. ff. de leg. 1.* affirmantium tamen sententiam veriorem & æquiorem esse,reor: dummodo reus,ad juratoriam cautionem se offerens, integræ sit vitæ,ac probatæ existimationis. *Ita tenent Mynsingerus cent.2.observ. 11. Gail. lib. 1. observ. 148.num.6. Gædd.in d.c.3.n.18. cum seqq.de sequest.poss.& fruct. Vincent. Corat. in tract. de sequestrat. part.4.quæst.2. num.8. Matth. Calvr. de process. execut. part. 3. c. 11. num. 94.*

cum

Digitized by Google

cum seqq. Trentler. Disput. 26. *thes.* 12. *volum.* 1. *D. Bo-*
cer. d. lass. 2. *Disput.* 11. *thes.* 82. *edit.* 2. *Hackelman. Dis-*
put. illustr. 9. *thes.* 15. *ad lit. D. Caroc. d. tr. de sequest.*
p. 4. *q.* 2. *n.* 8. *Camill. Borell. in sui decis. de sequestr. n.* 138.
Bauman. in tr. de sequestris c. 17. *n.* 22. *cum seqq. Paulus*
Berens. Disp. 9. *ad Instit. them.* 3. *q.* 5. *Clud. d. c.* 10. *n.* 8. *&*
170 *aliquot. sequentib.* Hæcque assertio sustinetur textu *in l.*
1. *§. omnes.* 2. *vers. sin vero Cod. de assert. tollend.* ubi is,
qui fidejussorem dare non potest, ad juratoriam cautio-
nem admittitur. Et illum textum de sequestratione ex-
audiendum esse, innuit ibidem Accursius super verbo;
juratoriæ. Huc etiam pertinet textus *in Auth. generaliter.*
C. de Episcop. & cleric. Auth. hodie C. de custod. reor. No-
vell. 112. *cap.* 2. *in princ. vers. sin autem dixerit, &c. & No-*
vell. 134. *cap.* 9. *vers. si verò juraverit, &c. Fürstlich Wür-*
tembergisch Ernewert Landrecht. part. 1. *tit.* 20. *§. So ferr*
aber. pag. 104. quibus in locis expresse constituitur, si
per fidejussores, vel pignora caveri non possit, ad jura-
toriam cautionem recurrendum esse. Quo confert etiam
textus *in cap. per vestr. u.* 7. *§. mandamus. ibi, sub ea, quam*
potest, cautione præstare: ibique glos. & Canonistæ commu-
niter. ext. de donat. int. vir. & uxor.
171 Nec obstat, quòd ad relaxationem sequestri idonea sa-
tisdatio requiritur. *d. l. si fidejussor.* 7. *§. fin. ff. qui satisd.*
cogant. l. ult. Cod. de ordin. cognit. d. l. litibus. 20. *C. de*
agric. & censit. Satisdatio autem idonea proprie est illa,
quæ fit fidejussoribus, vel pignoribus. *d. l.* 1. *ff. qui sa-*
tisdar. cog. l. 1. *§. jubet.* 9. *ff. de collat. bonor. l. si se non*
obtulit. 4. *§. ait prætor.* 3. *ff. de re judicat. l. promissor.* 21.
in fin. ff. de constit. pec. l. solutam. 49. *in fin. ff. de solutio-*
nib. l. ergo. 4. *§. addict.* 8. *ff. de fideicommissar. libertati-*
bus. Nam succincte respondetur: adhibendam quidem
esse in sequestri relaxatione idoneam, & proprie sic di-
ctam satisdationem, si fidejussores reperiri, vel pignora
dari possint, nec ad juratoriam, ceu impropriam, tran-
siliendum esse. At si idonee caveri nequeat; ad jurato-
riam cautionem non malè recurritur; *quemadmodum id*
plenius persequitur Cludius loco paulo antè designato, ubi
omnino videndus.
172 Planè finitur sequestratio quatuor potissimùm modis.
Et primùm quidem eam litis terminatione finiri, non
ambigitur. *l. fidejussor.* 7. *§. fin. ibi, lis finem accipiat. ff.*
qui satisd. cog. l. si quis affirmavit. 9. *§. Labeo. ibi, donec*
inter vos dijudicetur. ibiq. Bartol. ff. de dol. mal. l. fin. C.
de ord. cognit. l. litibus. 20. *C. de agric. & censit. cap.* 1.
ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clementin. unic. eod. tit.
173 Lis autem terminata sive finita dicitur, quando senten-
tia à judice prolata transitum in rem judicatam fecit:
ideoque si appellatione ritè suspensa fuerit, lis finita non
censetur, & consequenter sequestratio adhuc durat, *ar-*
gum. l. 1. *in fin. ff. ad SC. Turpillian. gloss. in l.* 2. *super verb.*
quæstion. C. ut lite pendente, vel post provocationem, &c. d. l.
litibus. 20. *C. de agric. & censit. Bald. in d. l. si fidejussor.*
7. *§. fin. ff. qui satisd. cogit. Speculat. in titul. de sequestrat.*
poss. & fruct. §. 1. *vers. sed pone, &c. Curt. in tract. de*
174 *sequestris quæst.* 18. *num.* 65. Neque resistit, per satis-
dationem de judicio sisti, revocari sequestrum. *d. l. si*
fidejussor. 7. *§. fin. & ibi glos. in verbo, satisdatio ff. qui*
satisdar. cog. Illam autem satisdationem finiri latâ à judi-
ce sententiâ, *arg. l. Græcè.* 8. *§. & post litem. ff. de fide-*
jussorib. Proindeque etiam in negotio sequestrationis,
latâ à judice sententiâ, litem censeri finitam. *Etenim* fa-
cilis responsio est: quòd videlicet non simplex satisdatio
de judicio sisti in sequestratione præstanda sit, sed satis-
datio de re litigiosa conservandâ & restituendâ: quæ ef-
fectum habet, donec sententia transeat in rem judica-
tam; & quamdiu per provocationem non suspendatur.
l. sciendum. 15. *§. si fundum.* 6. *ff. qui satisdar. cogant. D.*
Clud. d. tract. de jur. sequestrat. cap. 10. *num.* 37.
175 Secundò finitur sequestratio per sequestri renunciatio-
nem, justissimâ causâ, judicisque auctoritate interveni-
ente, factam, *l. ei, apud quem.* 5. *§. fin. ff. deposit.* ubi li-
cet Ulpianus (ut patet ex verbis istis; *denunciatione factâ*
his, qui eum elegerant, &c. ex Pomponii mente, de vo-
luntaria sive conventionali sequestratione loquatur,
quando nimirum partium consensu sive conventione
sequester est electus: idem tamen, & certè multò magis
in necessariâ sequestratione, quando sequester à judice
ex causa electus est, obtinet. Nam sequestrationem au-
ctoritate judicis alicui impositam & susceptam, absque
ejusdem voluntate ac decreto, & sine assignatione justæ
causæ, deserere aut deponere nemini permittitur. Quæ-
nam verò sint justæ renunciationis causæ, judicis discre-
tioni & arbitrio relinquitur, *ut Ulpianus in fine dict. l.* 5.
subindicat. Trentacinq. lib 3. *variar. resolut.* 12. *n.* 6. *Cæsar.*
d. tract. de process. execut. part. 3. *c.* 11. *n.* 9. *Borell. d. de-*
cis. ad tit. de sequestr. n 155. Porrò sequestri officio per 176
renunciationem admissum finito, res litigiosa non semper
parti, quæ præsens est in judicio, restituitur: sed potius
apud ædem aliquam deponitur. Raròenim, *inquit Jure-*
consultus loco jam allegato, ei res restituenda est, qui
venit: hoc est, qui ad denunciationem, judicis auctori-
tate factam, in judicio comparuit. Deponenda itaque
est penes tertium aliquem; vel ædem sacram, vel offi-
cium publicum: & his posterioribus casibus apud offi-
ciales ædis sacræ, officiive publici deposita intelligitur.
Sed & apud eundem judicem, coram quo lis ventilatur,
fieri potest depositio, si ipsi hoc ita videbitur: uti, *post*
Sebastianum Medic. in tract. de conservand. possess. num.
294. *& Curtium in tract. de sequestro. num.* 28. docet
Cludius *d. c.* 10. *num.* 43. *auctoritate glossæ in l. senatus-*
consulto. 16. *supr. verbo, deponatur. ff. de offic. præsid.*
Tertiò, finitur sequestratio conditione existente, sub 177
qua sequestratio fuit concessa, *argum. l. propriè.* 6. *ibi,*
certa conditione. ff. depositi. & dict. l. si quis affirmavit 9.
§. Labeo. 3. *ibi, nondum impleta conditione. ff. de dol.*
mal. vel die veniente, in quem res litigiosa sequestro est
tradita, *argum. §. hoc amplius.* 4. *supr. quib. mod. tollit.*
obligatio. Idque tam in necessaria, quàm voluntaria se-
questratione procedere, verius est. Sive enim à partibus
sequester fuerit electus, sive à judice constitutus, utro-
que modo sequester esse definit, & quoad ipsum seque-
stratio finitur, resque alterius fidei ac custodiæ commit-
titur, *notante Cludio d. cap.* 10. *num.* 49. Quartò & ulti- 178
mò sequestrationem morte sequestri finiri, vix dubita-
ri potest. Nam cùm personæ industria & fides hic sit
electa: ad heredes hoc officium non transit: sed morte
illius, qui electus est, extinguitur, *argumento §. item si*
adhuc. 10. *supr. de mandato. l.* 1. *in fin. ff. de constitutionib. prin-*
cip. l. quia tale. 13. *ff. soluto matrim. c. privileg.* 7. *de reg. jur. in*
6. *& l. privileg.* 196. *ff. eodem.*
Actio, ex sequestratione descendens, speciali nomine 179
actio depositi sequestraria, ad differentiam actionis sim-
plicis, nominari consuevit. *l. si in Asia.* 12. *§. cum seque-*
stro. 2. *ff. deposit. l. si quis affirmavit.* 9. *§. si oleum.* 3. *ff. de*
dol. mal. Wesenbec. in Paratitl. ff. deposit. num. 6. *vers. his*
exceptis, &c. Alciat. in l. sequester. 110. *circa finem. ff. de*
verb. signific. Cujac. in Paratitl. C. de prohibit. sequestr. pec. in
fine. Bauman. in tract. de sequestris c. ult. n. 28. *& seqq.* Est-
que duplex perhibetur: directa, & contraria. *l. ei, apud*
quem 5. *& tot. tit. ff. & C. depositi, vel contra.* Directa com- 180
petit litigatori, cui res tanquam vero possessori addicta
est; adversus sequestrum, ut rationes reddat, & rem li-
tigiosam, ad custodiendum acceptam, restituat cum om-
ni causa; hoc est, cum omnibus fructibus, commodis,
utilitatibus & accessionibus, quas ex re ipsa depositâ
tempore litis percepit. *l.* 1. *§. & ideo.* 24. *d. l. ei, apud*
quem. §. 1. *& passim. ff. deposit. l. Julianus.* 9. *§. penult. &*
ult. ff. ad exhibend. Datur quoque hæc actio adversus
sequestrum, ut eo loco rem depositam exhibeat, de quo
conventum est. Quòd si de pluribus locis convenit: in
arbitrio sequestri est, quo loco exhibere velit. *d. l. ei,*
apud quem. 5. *§.* 1. *ff. deposit.* In alternativis enim electio-
nem permissoris esse, constat *ex l. plerumque.* 10. *§. fin. ff. de*
jure dot. Sed si nihil convenit: denunciandum est ei, ut
apud prætorem exhibeat. *d. l.* 5. *§.* 1. *in fin. ff. deposit.* Quod
tamen accipiendum est, ut obtineat, quando institutum
judicium per judicis sententiam nondum finem accepit.
Eo siquidem finito, res non est penes alium sequestranda;
sed restituenda ei, qui victoriam reportavit: *ut rectè*
explicat Cludius in tractat. de jure sequestrat. cap. 12.
num. 7. Præterea in heredem etiam ipsius sequestri,

Digitized by Google

hanc sequestrariam depositi actionem reddi, expressum est in *l. si hominem.* 7. §. 1. & *dict. l. si in Asia.* 12. §. *cum sequestro.* 2. *in fine. ff. deposit.* Sicuti & è contrario heredibus eorum, qui rem litigiosam sequestrarunt, actionem hanc directam, cùm rei persecutoria sit, competere certum est. *dict. l.* 1. §. *hæc actio.* 19. *ff. eod.* §. *rei persequenda.* 17. *infr. de actionibus.* Cæterùm an & quatenus Magistratus pecuniam, apud se depositam alii, quàm vero creditori, solvere possit, edocet Matth. Colerus, *dict. tractat. de processib. execut. part.* 3. *cap.* 11. eumque laudans Berlichius *decis. aur.* 55. *pag.* 177. & *seqq.*

51 Contraria depositi sequestraria actio accommodatur sequestro, apud quem res litigiosa est deposita, ad repetendum & consequendum sumptus & damna, eumque id, quod in rem sequestratam necessariò, vel utiliter impendit, ne videlicet officium ei damnosum, vel deponens cum depositarii jacturâ locupletior fiat. *d. l.* *l. ei, apud quem.* 5. *in princip. ff. deposit. l. nam* [illegible] *ra.* 14. *ff. de condict. indebit. Salicet. in l. tunc.* [illegible] *de* [illegible] *sequestrat. pecun. Curt. in tractat. de sequestrat.* [illegible] 3. *num.* 27. Sed & heredibus sequestri; ut & contra litigantium heredes, istæc actio datur. Hi enim cum eorum bona possideant: æquum omninò est, ut solvant sumptus, & alia, quæ sequestri ratione præstiti officii debentur, *argument.* 5. *l. nam hoc natura.* 14. *ff. de condict. indeb.* & *l. jure naturæ.* 206. *ff. de reg. jur.* [illegible] de aliis remediis, tum ipsi sequestro, tum contra eundem competentibus, enucleate ac copiose, post [illegible], quos refert, disputat Andreas Cithlius *dict. tractat. de jure sequestrat. cap.* 12. *num.* 25. & *multis sequentib.*

§. Creditor. 4. & ultimus.

Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitiâ. Sed quia pignus utriusque gratiâ datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere: si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit: securum esse, nec impediri creditum petere.

SUMMARIA.

1 *Tres pignoris notiones.*
2 *Pignoris definitio, eiusque explicatio.*
3 *Intellectus l.* 1. *in princip.* & *l. si* [illegible] *rit.* 18. *ff. de pignorat. action.*
4 *Pignus unde, & quid propriè dicatur.*
5 *Pignus & hypotheca quomodo differant.*
6 *An statutum disponens de pignore, locum etiam habeat in hypothecâ.*
7 *Pignus generaliter sumptum, quid significet.*
8 *Nemini res sua potest oppignorari.*
9 *Quomodo pignus differat a reliquis contractibus realibus.*
10 *Pignus aut voluntarium, aut necessarium. Hæcque divisio à morsu Bocerïano vindicatur.*
11 *Voluntarium pignus quid, & quomodo constituatur.*
12 *Pignus in quibus rebus constituatur tacitâ conventione.*
13 *Si gratis alicui habitatio concessa sit: eius res invecta & illata nec pro pensione, nec pro deterioratione, domino obligantur.*
14 *Non solum primi, sed & secundi inquilini bona invecta & illata, primo locatori tacitè obligata putantur.*
15 *Huius decisionis ratio dubitandi & decidendi.*
16 *Per liberam personam alteri non acquiritur obligatio.*
17 *Intellectus l. si in lege.* 24. §. 1. *ff. locati.*
18 *Prædium urbanum in quo* [illegible] *à rustico.*
19 *In prædium rusticum à colono invecta, locatori non esse tacitè obligata,* [illegible] *rationibus ostenditur.*
20 *Inclusio unius est exclusio alterius.*
21 *Explicatio & intellectus l. certi juris.* 5. *Cod. de locato & conduct.*
22 *Ratio differentia inter prædia urbana & rustica.*
23 *Quæ expressè solita sunt fieri, pro expressis habentur.*
24 *Cur olim moris fuerit in locationibus prædiorum urbanorum, pactum expressum adjicere de rebus illatis, ut essent pignori: non itidem in prædiis rusticis.*
25 *Non ex conventione, sed ex inductione pignus contrahitur.*
26 *Quæ illata sive inducta pignoris nexu teneantur.*
27 *An merces illæ pro pensione intelligantur tacitè obstrictæ: quas* [illegible] *in domum conductam, ut eas* [illegible], & *non, ut semper ibi maneant.*
28 [illegible]
29 [illegible] *in prædium urbanum illata, antequam prædia* [illegible]
30 [illegible]
31 *Intellectus l. est differentia.* 9. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.*
32 [illegible] *in habitationem conductam illati,* [illegible]
33 [illegible] *quæ non continentur.*
34 [illegible] *tacitè, quam expressè, esse* [illegible] & *num.* 66.
35 [illegible] *in prædium urbanum* [illegible] *tenentur.*
36 [illegible] *lex ipsa induxit.*
37 *Quatenus res* [illegible] *non possint sine decreto prætoris.*
38 [illegible] *in prædium conductum illati, tacitè obligentur.*
39 [illegible] *sententia* [illegible]
40 *An* [illegible] & *similes res, quarum* [illegible] *solet esse* [illegible] *tacitè obligentur.*
41 *An instrumenta & chirographa, in domum conductam illata, tacitè obligata censeantur.*
42 *An res alienæ, ab inquilino in ædes conductas illatæ, locatori tacite pignori sint obligatæ.*
43 *Necessarium pignus quid, & quotuplex.*
44 *Pignus legitimum unde dicatur.*
45 *Tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium: ejusque ratio.*
46 *Debitor quis hic intelligatur.*
47 *Primipilus quid sit.*
48 *Cur dos uxoris, in causa primipili, sit obligata fisco pro marito.*
49 *An non solum dos, sed & parapherna uxoris* [illegible] *ob primipilum,* [illegible] *marito* [illegible] *tacitè obligata.*
50 *Numquid etiam in causis criminalibus tacitæ hypotheca sit locus.*
51 *Auctoris opinio singularis.*
52 *An & quatenus civitates jus tacitæ hypothecæ obtineant.*
53 *Tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus, in bonis tutorum & curatorum.*
54 *Ratio huius tacitæ hypothecæ.*
55 [illegible] *sententia* [illegible] *procedat in tutoribus sive curatoribus,* [illegible]
56 [illegible] *circa mulierem,* [illegible] *tutelam* [illegible] *nuptam* [illegible]
57 [illegible] *non tantum bona, sed corpus etiam* [illegible]
58 [illegible] *pro administratione* [illegible] *tacite obligata* [illegible]
59 *An* [illegible] *in* [illegible] *pater non habet* [illegible] *bona patris* [illegible] *tacite* [illegible]
60 *An Episcopi sive Abbatis monasterii bona sint Ecclesiis & monasteriis* [illegible] *nomine, obligata.*
61 [illegible] *ad quem pertineat.*
62 *An eorum, qui præsunt orphanis, bona tacite orphanotrophio obligata* [illegible]
63 *Quatenus orphanotrophi comparentur tutoribus & curatoribus.*
64 *Tacitum legitimum pignus tribuitur liberis prioris matrimonii in bonis patris vel matris, ad secunda vota* [illegible]
65 *An non modo patris, tutoris &c. sed etiam* [illegible] *bona, tacite obligentur liberis &* [illegible]
66 *Minor plerumque vis taciti, quàm expressi.*
67 [illegible] *l. properandum.* 13 §. *fin. C. de judic.*
68 *In causa dotis tacita hypotheca* [illegible] *ex utroque latere.*
69 *Quæ sint consuetudinis, tacite in bonæ fidei judiciis recipiuntur.*
70 [illegible] *naturalis spectatur in causa dotis.*
71 *Dotis causa ubique* [illegible]
72 [illegible] *privilegium tacitæ hypothecæ locum habeat in augmento dotis.*
73 *Augmentum dotis videtur esse pars dotis.*
74 *Num privilegium taciti pignoris uxori detur, etiam pro bonis paraphernalibus seu receptitiis, per maritum administratis.*
75 *Intellectus l. ult. C. de pact. convent.*
76 *Utrum jus taciti pignoris locum teneat in donatione propter nuptias.*
77 *Cur jus tacitæ hypothecæ uxori in causa dotis sit indultum.*
78 *Jura singularia non debent porrigi ad consequentias.*
79 *Sententia l. ubi adhuc.* 29. *in princip. C. de jure dot.*
80 *Generalis oratio ita interpretanda est, ut vitio careat.*

81 *Quæ*

81 Quatenus donatio propter nuptias doti comparetur.
82 Numquid pro alimentis privilegium taciti pignoris, competat uxori in bonis mariti.
83 Anne maritus uxori debeat alimenta.
84 Reipubl. interest, dotes mulieribus salvas conservari.
85 Sententia l. Lucius. 18. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.
86 An pro pretio rerum dotalium, uxori privilegium tacitæ hypothecæ concedatur.
87 Pretium succedit in locum rei.
88 Quatenus in omni re universali pretium loco rei succedat.
89 An jus taciti pignoris habeat locum in dote cautâ, & non numeratâ.
90 In contractibus rei veritas potiùs, quàm scriptura spectanda.
91 Privata scriptura facit probationem contra scribentem regulariter.
92 Privilegia dotis quatenus locum habeant.
93 Privilegia quatenus sint amplianda.
94 Clementiores lege esse non debemus.
95 Num privilegium tacitæ hypothecæ competat sponsæ, in bonis sponsi.
96 Quæ [illegible] matrimonium esse non intelligatur.
97 Sponsalia de præsenti non differunt à vero matrimonio.
98 Utrum privilegium [illegible] heredi uxoris concedi debeat.
99 Privilegia personalia ad heredes non transeunt.
100 Quicquid est transmissibile ad heredem, etiam cessibile est.
101 Num [illegible] jus tacitæ hypothecæ detur patri uxoris, vel alii, qui dotem dedit.
102 Actio ad repetendam dotem cui competat.
103 Actio ex stipulatu cujus ratione bonæ fidei censeatur.
104 Num patris bona, pro dote filio suo datâ, intelligantur tacitè obligata.
105 Dos ibi esse debet, ubi sunt onera matrimonii.
106 Legatariis & fideicommissariis tacita hypotheca conceditur in bonis testatoris.
107 An donatio causa mortis, nomine legati contineatur.
108 Heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacitè non censentur obligata.
109 Tacitum legatorum pignus in quibus rebus locum habeat.
110 Ecquid testator tacitam istam hypothecam, pro legatis introductam, testamento remittere aut prohibere queat.
111 Testator contra legem nihil quidquam ordinare potest.
112 Tacitum legatorum pignus inter heredes dividitur.
113 Pignus tacitum datur insulæ creditori, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit.
114 Urbem ruinis non deformari, Reipubl. interest.
115 An jus istud taciti pignoris porrigatur ad eum, qui redemptori operis nummos subministravit.
116 An etiam ei, qui in navem, alianivè rem extruendam vel emendam nummos mutuò dedit, tacitum pignus concedatur.
117 Privilegium taciti pignoris non, nisi legibus nominatim constituatur.
118 Sententia l. interdum. 5. & l. seq. ff. qui potior in pign. vel hypoth. hab.
119 Pignus prætorium quid, & quotuplex.
120 Prætorium speciale pignus quomodo constituatur.
121 Judiciale pignus quid.
122 Inter prætorium & judiciale pignus differentia.
123 Quæ personæ rem aliquam pignori vel hypothecæ obligare possint.
124 Quibus licet alienare: multò magis iis licebit obligare.
125 Sensus l. 1. §. 1. ff. quæ res pignori vel hypothecæ datæ, &c.
126 Donare est perdere.
127 Quatenus tutor sive curator rem pupilli vel adolescentis oppignorare valeat.
128 An & quatenus procurator res sui domini oppignorare possit.
129 Numquid administrator Reipubl. rem civitatis pignori ni dare queat.
130 Per quas personas nobis pignoris & hypothecæ obligatio acquiratur.
131 Pignus non rectè datur extraneæ personæ, in quam solutio tantum in ipso contractu collata est.
132 Quæ res oppignorari, vel non possint.
133 Pignoris utilitas in quo consistat.
134 Uno prohibito, omnia prohibita intelliguntur, per quæ ad id, quod prohibitum est, pervenitur.
135 Sententia l. in quorum. 24. ff. de pign. & hypoth.
136 Debitor solvens debitum, pignus quovis tempore potest liberare.
137 Res sacræ, sanctæ, religiosæ, &c. pignorationem non recipiunt.
138 Liberorum hominum oppignoratio jure prohibita.
139 Alter alterius odio non debet prægravari.
140 Servitutes prædiales utrum pignori dari possint.
141 Quæcumque in creditorem transferri nequeunt, frustrà pignori dantur.
142 Intellectus & explicatio l. sed an via. 12. ff. de pignorib. & hypoth.
143 Nemo servientis fundi causam facere potest deteriorem.
144 Servitutes personales utrum oppignorari queant.
145 Res planè aliena pignori dari nequit.
146 Res aliena vendi potest.
147 Ratio differentiæ inter emptionem & pignus.
148 Plus cautionis in re est, quam in personâ.
149 Actio pigneratitia datur etiam ei debitori qui rem alienam pignori dedit.
150 Quatenus ex emptione nulla actio detur.
151 Quibus casibus pignus rei alienæ valeat, aut convalescat.
152 Volenti non fit injuria.
153 Ratihabitio mandato comparatur.
154 Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.
155 Calliditas, cum alterius damno conjuncta, impunita esse non debet.
156 An & quatenus rei propriæ pignus aut emptio valeat.
157 Nostrum esse videtur, cujus nomine actionem ad id petendum habemus.
158 An, si debitor, qui rem alienam obligavit, postea ejus dominus fiat, ex post-facto pignus convalescat.
159 Contra factum proprium debitor venire non debet.
160 Iniquum est, aliquem ex suo mendacio lucrum consequi.
161 An, si dominus rei fiat heres debitoris, pignus convalescat, ita ut creditori hypothecaria saltem utilis, adversus dominum rei pignoratæ, concedatur.
162 Conciliatio antinomiæ inter l. si Titio. 22. ff. de pignoribus & hypoth. & inter l. rem alienam, 41. ff. de pignorat. action.
163 Communi opinioni contradicere, arrogantiæ signum putatur.
164 Veritas & communis opinio æquiparantur.
165 Duo diversi casus continentur in d. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.
166 Heres & defunctus pro unâ eademque personâ habentur.
167 Sententia l. si servo. 20. ff. qui & à quibus manumiss. liberi non fiunt. l. fideni. 31. ff. de liberali caus. & l. si ab eo, 7. C. eod.
168 Heredi non licet impugnare factum defuncti.
169 Si creditor ignorans rem alienam pignori acceperit: ei actio hypothecaria utilis datur, non quidem adversùs dominum, sed quemvis alium possessorem.
170 Num, si debitor rem alienam creditori suo dederit pignori, scienti, rem esse alienam, pignus convalescat.
171 Sententia & intellectus l. 1. ff. de pignoribus & hypothec.
172 Creditori scienti nec contraria pigneratitia, nec hypothecaria datur.
173 Consideratio d. l. rem alienam 41. ff. de pignorat. act.
174 [illegible] à vasallo pignori dari possit.
175 Omnis alienatio feudi prohibita.
176 Pignoris datio est alienatio.
177 [illegible] licet rem emphyteuticam & usufructuario jus suum [illegible].
178 Ratio [illegible] inter emphyteutam sive usufructuarium, & inter vasallum.
179 Num vasallo sit prohibita datio hypothecæ.
180 Propriè aliud pignus, aliud hypotheca.
181 Pœnalia & odiosa interpretatione magis restringi debent, quàm ampliari.
182 Quâ feudi alienatione sit vasallo interdictum.
183 Cessante dispositionis fine, cessat etiam ipsa dispositio.
184 Intellectus l. res hypothecæ. 5. §. inter pignus ff. de pignor. & hypothec.
185 Tam pignoris, quàm hypothecæ datio censetur alienatio.
186 Alienatione prohibitâ, id etiam prohibitum videtur, ex quo [illegible] potest.
187 Numquid, si [illegible] in oppignorationem consenserit, & postea [illegible] mortuo, feudum ad ipsum dominum redierit, dominus satisfacere creditoribus teneatur.
188 Consentiens contractui, super re aliquâ inito, censetur renunciare juri, quod in re ista habuit.
189 Semel consentiens, jure huic consensui contravenire nequit.
190 Dominus feudi rata habere tenetur ea, quæ ipsius consensu in feudo gesta sive alienata sunt.
191 Oppignoratione jus reale constituitur.
192 Plerumque secundum subjectam materiam accipienda.
193 An & quatenus omnis conventio intelligatur rebus sic stantibus.
194 Consideratio cap. 1. §. etsi clientulus. de alienat. feud. lib. 1. tit. 13. f.
195 Omnis definitio sive regula periculosa.
196 An & quatenus consensus juri proprio ipsius consentientis præjudicare non soleat.
197 Natura contractus pignoris quæ.
198 Confirmatio nihil novi juris tribuit.
199 Qui vult unum, omne id velle existimatur, quod ex illo necessariò sequitur.

200 Quando juris renunciatio præsumatur.
201 In claris non est locus conjecturis.
202 Plurimum inter se differunt, consentire & obligari.
203 In generali locutione non comprehenditur persona loquentis.
204 Clausula, salvo jure meo, quæ jura reservare intelligatur.
205 Consensus à domino feudi oppignorationi præstitus, etiam ad usuras extenditur.
206 Sententia l. quæro. 54. in princ. ff. locat.
207 Institutum continuatur.
208 Pignus, contractus bonæ fidei.
209 Debitoris bona vel generaliter, vel specialiter pignori supponuntur.
210 Generaliter quando.
211 Specialiter quando.
212 Specialis conventio etiam accessiones complectitur.
213 Quæ pacta in pignoris constitutione servanda.
214 Justum ἀντιχρήσεως pactum.
215 Multa propter incertum fructuum pretium & eventum permittuntur.
216 Lex sive pactio pignorum commissoria, jure probibita.
217 Pactio ista quid habeat proprium.
218 Intellectus l. si fundus. 16. § ult. ff. de pignor. & hypoth. & l. 1. C de pactis pignorum, &c.
219 Sententia l. fin. in princ. ff. de contrab. empt.
220 Sententia l. ult. C. de distract. pignor.
221 An pactum commissorium valeat, si ex intervallo, post pignus datum, adjiciatur.
222 Ubi lex non distinguit, ibi nec nos distinguere debemus.
223 Sensus l. Titius. 34. ff. de pignoratit. act.
224 Pactio commissoria juramento confirmari nequit.
225 Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis.
226 Num creditor, secundum conventionis legem, propriâ auctoritate ingredi possessionem valeat.
227 Mens & sententia l. creditores 3. Cod. de pignoribus & hypoth.
228 Quod semel placuit, amplius displicere non potest: item, volenti non fit injuria: & quomodo hoc intelligendum.
229 Vim omnem ... justitur.
230 Intellectus l. cum creditor. 55. ff. de furt. item l. qui vas. 48. in pr. ff. eod.
231 Intellectus l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.
232 Intellectus l. 1. §. 2. ff. quod legatur.
233 Pignoris & hypothecæ effectus in quo consistat.
234 Actio Serviana unde sic dicta, & quid sit.
235 Quasi Serviana, qualis actio, & quibus nominibus appelletur.
236 Creditor Serviana, vel quasi Servianâ, adversus extraneum possessorem, principali debitore nondum actione personali convento, experiri nequit.
237 An & quatenus creditor, debitore in solutione cessante, distrahere pignus possit.
238 Explicatio & intellectus l. ult. C. de jure domin. impetrand.
239 Correctio juris veteris non præsumitur.
240 De jure prælationis.
241 Qui prior tempore, potior jure.
242 Jus pignoris semel creditori quæsitum, facto debitoris deterius fieri nequit.
243 Generalis hypotheca anterior, speciali posteriori præfertur.
244 Genus omnes sub se complectitur species.
245 Prior creditor habens specialem hypothecam, & ei annexam generalem, debet prius excutere specialem.
246 Creditor hypothecarius, tempore prior, præfertur & Reipubl. & fisco.
247 Impensæ funerum atque exequiarum omne creditum præcedunt.
148 Cadavera non debent jacere insepulta.
149 An funeris impensa creditori non solum tacitam hypothecam, sed etiam expressam anteriorem habenti, anteponatur.
250 Verbum (omne) nihil excludit.
251 Funeris impensa vincit dotem, hæc verò vincit hypothecam expressam anteriorem.
252 Summa l. & si quis. 14. §. 1. ff de religios. & sumpt. funer.
253 Impensæ & sumptus funeris qui intelligantur.
254 Verum vestes lugubres, fascia serica, &c. impensarum funebrium nomine contineantur.
255 Impensis funebribus annumerantur sumptus medicis, & similibus præstandi.
256 Ut & mercedes servorum, ancillarum & mercenariorum.
257 Posterior potior est priore qui pecuniam nominatim credidit ad conservandam rem pignori obligatam.
258 Hujus decisionis ratio.
259 Pupillus in re, ex suâ pecuniâ comparatâ prior habetur.
260 An mulier ratione dotis magistrate omnib. creditoribus, non modo tacitam, sed & expressam anteriorem hypothecam habentibus, anteferatur.
261 Referuntur Auctores, negativam complectentes.
262 Verior sententia contraria: ejusque Auctores.
263 Mens & expositio l. assiduis. 12. Cod. qui potior. in pign. habeant.
264 Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.
265 Mulier anteponitur creditori, cujus pecuniâ res empta est.
266 Consideratio l. satis notum. 4. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrab.
267 Summa l. ubi adhuc. 29. C. de jure dot.
268 Summa l. in rebus. 30. d. tit.
269 Dispositio universalis maximè geminata, nihil omnino excludit.
270 Favore dotium multa contra juris rationem recepta.
271 Refutatio contrariorum argumentorum.
272 Declaratur d. l. assiduis. 12. §. 1. Cod. qui potior in pign. hab.
273 Quantum creditoribus jus hypothecæ semel quæsitum, non sit auferendum.
274 In causa pignoris an eadem fisci & mulieris ratio.
275 Privilegium tacitæ hypothecæ, mulieri competens, à quo tempore incipiat.
276 An mulier privilegio prælationis renunciare possit.
277 Publicè interest, mulieribus suas dotes esse salvas.
278 Juramentum legibus contrarium, non valet: secus tamen est de jure canonico.
279 Creditor habens instrumentum publicum, præfertur habenti instrumentum privatum, & in eo hypothecam priorem.
280 Privata scriptura contra tertium nihil probat.
281 Scriptura privata, subscriptione trium testium munita, habet vim instrumenti publici.
282 Non minorem fidem faciunt testes, quàm publicum instrumentum.
283 De dissolutione pignoris.
284 Unusquisque pro ignorante, & etiam invito debitore solvere potest.
285 Oblata & consignatæ pecuniæ depositio vim solutionis habet.
286 Remissione expressâ vel tacitâ pignus solvitur.
287 An is, qui reddit debitori pignus jus pignoris remisisse præsumatur.
288 Reddere quid sit.
289 Chirographi redditio remissionem sortis inducit.
290 Obligatione principali sublatâ, tollitur accessoria.
291 Cessante causâ, cessat effectus.
292 Pignus liberatur novatione.
293 De sorte quemadmodum satisfactum intelligatur.
294 De pignore quando satisfiat creditori.
295 Si pignus debitor æquè idoneum creditori invito offerat, an prius pignus liberetur.
296 Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.
297 Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non transfertur.
298 Sensus l. si rem alienam. 9. §. 3. ff. de pignorat. act.
299 Intellectus l. si mandato. 45. §. 2. ff. mandat.
300 Explicatio glossæ in l. si Titio. 22. ff. de pignorib. & hypoth.
301 Sententia l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus.
302 Alii quod facere tenetur, quod sibi non nocet, & alteri prodest.
303 Rei interitu pignus finitur.
304 Qualis interitus hic intelligendus.
305 Cum mutatur tantum rei qualitas, hypotheca durat.
306 Actio pignoratitia duplex: directa, & contraria.
307 Directa cui, adversus quem, & ad quid competat.
308 De similitudine pignoris conventionalis & prætorii.
309 Cur in pignore conventionali & dolus & culpa præstetur.
310 Culpa levissima non præstatur in pignore.
311 Ratio differentiæ inter commodatum & pignus.
312 Quo casu creditor levissimam culpam præstare teneatur.
313 Contraria pignoratitia actio cui, contra quem, & ad quid detur.
314 Creditor debet esse benignus, non acerbus vel contumeliosus.
315 Malitiis hominum non indulgendum.
316 Creditori ratione impensarum competit quoque jus retentionis.
317 Ex hypothecâ quæ nascatur actio, & quomodo nuncupetur.
318 Plures inter pignoratitiam & hypothecariam actionem differentiæ.
319 Repressaliæ unum & quomodo jure defendi possint.
320 Repressaliæ quid, & à quo concedantur.
321 Bellum justum à summo Principe indicendum: ... non absque consilio ... & ... geri.
322 Nomina sunt rerum ... tantum, & ...
323 Rerum potior, ... prior cura ... debet.
324 Repressaliarum ... derivatur.
325 Causam repressaliis dans, pignorato omne damnum resarcire cogitur.
326 Cur repressaliis ... utantur.
327 Denotatum & ... sive simplex & compositum ejusdem debent esse originis.
328 Usus repressaliarum unde descenderit.
329 Fecialium Romanorum officium.

330 Justi-

330 *Justitia & æquitas naturalis postulat, ut singulis sua tribuantur.*
331 *Quatenus intersit subditorum, repressalias exerceri adversus magistratum, justitiam denegantem, & num. 359.*
332 *Negligentia procuratoris domino nocet.*
333 *Regnum ab injustis auferendum.*
334 *Quæ ad concessionem repressaliarum requirantur.*
335 *Pro re modicâ non decernenda sunt remedia extraordinaria.*
336 *Nemo sibi ipsi jus dicere potest.*
337 *Boni Principis est, amborum causas cognoscere.*
338 *Nemo alterius odio debet prægravari.*
339 *Filius propter æs alienum patris conveniri nequit, & contrà.*
340 *Consideratio tit. C. ne filius pro patre, &c.*
341 *Respublica ob utilitatem privatam non turbanda.*
342 *Justitia suadet, neminem lædendum, nostrumque sine facto nostro ad alium non transferendum esse.*
343 *Ad instantiam respondetur.*
344 *Quatenus propter utilitatem publicam jus suum alicui adimatur.*
345 *Non facienda mala, ut inde eveniant bona.*
346 *Factum cuique suum, non alteri, nocere debet.*
347 *Pœna suos tenere debent auctores.*
348 *Nemo cum alterius jacturâ locupletandus.*
349 *Consideratio Auth. C. ut nulli ex vicaneis pro alienis, &c.*
350 *Consideratio Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.*
351 *Consideratio Novell. 52. cap. 1. junctâ præfatione.*
352 *Consideratio Novell. 134. cap. 7.*
353 *Instantia dissentientium diluitur.*
354 *Quatenus jus unicuique suum tribuendum, ablatumque restituendum.*
355 *Proximus non lædendus.*
356 *Quatenus bonus esse possit finis, ubi media sunt mala.*
357 *Quibus mediis Christiana religio promovenda.*
358 *Ex delicto magistratus an & quatenus subditus obligetur.*
359 *Interest subditorum, justitiam omnibus administrari.*
360 *Privata injuria alicui illata, non est justa belli causa.*
361 *Diversissima belli & repressaliarum ratio.*
362 *Intellectus can. dominus. 2. caus. 23. quæst. 2.*
363 *Ex parvâ scintillâ magnum oriri potest incendium.*
364 *Magistratus variis constituitur modis.*
365 *Procurator quomodo constituatur.*
366 *Quis Princeps à foro dejiciendus.*
367 *Repressaliæ officio boni magistratus omnino adversantur.*
368 *Multitudo errantium non parit errori patrocinium.*
369 *Unius interdum sententia multos superare potest.*
370 *Opinio communis, rationibus firmis non suffulta, repudianda.*

1 SUbjicitur hic quintus contractus, qui re contrahitur, *Pignus* scilicet. Hujus verbi *Pignoris* tres præcipuè in jure reperiuntur notiones. I. rem ipsam, quæ alicui datur pignori, significat, *hoc §. nostro. ibi, qui pignus accepit. §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris infr. de actionibus. l. si quasi. 3. l. si convenit. 4. l. quamvis. 6. §. fin. ibi, qui dederit pignus. l. si necessarias. 8. §. si annua. 3. §. penult. & ultim. l. si cum venderet. 13. ff. de pignorat. act. & tot. tit. ff. & C. de distract. pignor.* II. Jus in re, quod ex obligatione habet creditor, designat. *l. 1. in princ. ibi pignus contrahitur. & §. 1. ibi, contractum sit pignus. & §. 2. ibi, pignori obligaverit. &c. l. si convenerit. 18. in princip. ibi, nomen pignori tibi sit. & §. 1. ibi, proprietas pignori data sit. & passim. ff. de pignorat. act. l. in noxalibus. 30. ibi, aliquid in ea re jus habeant, &c. ff. de noxalibus. actionib. tot. tit. ff. quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non poss. tot. tit. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* III. ipsum contractum seu conventionem, ex qua isthæc pignoris obligatio descendit, denotat. *l. 1. §. ultim. ff. de pact. l. solut. 11. §. 2. ibi, pign. contract. est, ff. de pignor. act. l. contract. 23. ff. de reg. jur. Fr. Balduin. in Comment. de pignor. & hypoth. c. 1. Pacius in epitom. jur. Disp. 12. th. 22. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 2. Scheck. in delibat. jur. Disput. 15. thes. 88. Justus Schütz exercitation. jur. disput. 13.*
2 *th. 16. pag. 207.* Et in hoc significatu non male, meo judicio, pignus definitur contractus, re initus, nominatus: quo creditori res alterius traditur, ob crediti restituendi fidem seu securitatem, *argumento hujus §. nostri, & l. legatæ. 9. §. ultim. ff. de supellect. legat.* Eodem ferè modo pignus definiunt Jacobus Cujacius *in Paratitl. ff. de pignorib. & hypoth. Vultejus hic n. 1. Treutler. Disput. 1. thes. 1. volum. 2. D. Collega Bocer. in Commentar. ad d. l. contractus. 23. c. 4. num. 69. ff. de reg. jur. Giphanius Disp. 25. ad Institut. thes. 18. & Stuckius part. 1. exercit. Justin. decad. 10. assert. 8. lit. d.* Dicitur, *contractus re initus.* Quia pignus neque nudo consensu, neque verbis, neque literis, sed rei traditione constituitur, *hoc §. nostro. & l. 1. §. creditor quoq. 6. ff. de obligat. & actionib.* Nec adversatur *d. l. 1. in princ. & d. l. si convenerit. 18. in princ.* 3
ff. de pignorat. act. ubi pignus dicitur etiam nudâ conventione, sine traditione, contrahi. *Nam* id non de pignore, propriè sic appellato, sed de hypothecâ, intelligendum est, *ut arguit satis perspicuè §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris appellatione. infr. de actionib.* Pignus, à pugno 4
deductum, propriè & in specie dicitur res mobilis, quæ de manu in manum creditori traditur, sicque ad eum transit, *l. plebs est. 238. §. pignus. 2. ff. de verb. signif.* at hypotheca propriè ejus rei est, quæ nudâ conventione 5
obligatur, & cujus possessio ad creditorem non transit. *l. si rem alienam. 9. §. propriè. 2. ff. de pignoratit. act. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 71. num. 3. pag. 243. Timæus Faber. disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 14. sub lit. a.* Ad hanc differentiam respiciens D. Chrysostomus, *Commentar. Psalm. 38.* Pauper, inquit, non habet hypothecam, quia nihil possidet: non habet pignora, quæ tradat, quia nudus est: *prout eum laudat Joannes Mercerius in Prolegomen. titul. ff. de pignorib. & hypothec. num. 13.* Pignus item contractus est, *d. l. 1. §. fin. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.* hypotheca autem contractus non est, sed pactum legitimum. *Borcholt. hic numero. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. pag. 956. D. Bocer. ad d. l. contractus. cap. 4. num. 70. ff. d. titul. edit. 2. & in hoc §. num. 6. pag. 204.* Enimverò ad actionem hypothecariam quod attinet, inter pignus & hypothecam nihil interest: quoniam de utroque datur hypothecaria actio, *d. §. item Serviana. infr. de actionib.* Et de hac actione Martianus agens, scribit: inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre. *l. res hypothecæ. 5. §. inter pignus. ff. de pignorib. & hypoth.* ut legis istius inscriptio ostendit. Hinc statutum, disponens 6
de pignore, locum etiam habere in hypothecâ, non sine ratione concluditur. Siquidem obligationis intuitu, hypotheca cum pignore eadem est: quia haud minus juris habet is, cui non est tradita possessio, quàm cui tradita est, sed tantundem uterque ex æquo: proindeque toties ab ipsis juris auctoribus ista duo confundi; & pignus de re etiam immobili, ut & hypothecam de re mobili dici, cernimus. *l. 1. in princ. l. si necessarias. 8. in princip. & l. domo. 21. ff. de pignorat. act. l. 1. §. 2. & §. ultim. l. lex vectigali. 11. ibi, fundus pignori datus. l. debitor. 32. l. cùm tabernam. 34. in princip. ff. de pignorib. & hypothec. l. 2. §. fin. ff. de religios. & sumpt. funer. l. pactum. 4. l. creditor. 7. C. de pignorat. act. l. 2. C. de prætor. pign. Connan. lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 13. num. 1. & 2. Donell. in Comment. de pignorib. cap. 2. & ad rubr. C. eod. num. 2. Duaren. ad tit. ff. de pign. action. cap. 1. Balduin. in tract. de pignorib. & hypoth. cap. 1. Vultejus ad d. §. item Serviana. 7. num. 15. infr. de actionib. Bachovius in tractat. de actionibus. disputat. 3. ad thes. 31. pag. 97. itemque in tractat. de pignoribus. & hypothec. lib. 1. cap. 1. circa finem.* Atque illa ratione moti, hanc sententiam defendunt *Anton. Negusantius in tractat. de pignoribus. & hypoth. part. 1. princip. num. 9. Felinus in cap. cùm aliquibus. 6. ext. de sent. & re jud. Wesenbec. in Paratitl. ff. de pignoribus. & hypoth. num. 3. Hackelman. illustrium quæst. Disputat. 12. thes. 1. lit. K. & Hunon. Disputat. 13. controvers. 14.* ubi dissentientes allegat *Salicetum & Bartol. in d. l. si rem alienam. 9. §. propriè. ff. de pign. rat. act. Ripam. in rubr. num. 6. ff. de pignorib. & Mozzium in tractat. de pignoribus. & hypoth. cap. 1. num. 18.* Quibus novissimè suffragantur etiam Martinus Schickardus *Disputat. 12. ad Institut. thes. 7. sub lit. a. & resolut. quæst. prima. Anton. Asselman. de contractibus. disputat. 6. thes. 2. pag. 142.* & Philippus Knipschildt *exercit. Justin. 5. quæstion. 1. pag. 169. & seq.* Itaque pignus, quatenus nomen generale 7
est, sub se pignus in specie, & hypothecam complectens, appellari potest res omnis, quæ pro debito in crediti securitatem obligatur, donec, quod debetur, sit exolutum, *argument. hujus §. nostri. ibique Vultejus num. 10. & l. contrahitur. 5. D. Obrecht. prædictâ Disputat. 15. thes. 11. Petr. Gregor. Tholos. lib. 23. syntagmat. jur. univers. cap. 5. numero. 4. & 5.* Præterea in definitione dixi, *res alterius.* Quia nemini res sua oppignorari 8

9 potest. *l. neque pignus. 45. ff. de regul. jur.* Addidi item, *ob crediti restituendi fidem seu securitatem.* Quibus verbis ceu differentiâ specificâ, hic contractus distinguitur à reliquis contractibus re initis. Mutuum etenim & commodatum, rei usum; depositum custodiam rei depositæ; solum verò pignus securitatem debiti concernit. *Vide Andream Burckhardum in Dissertat. de pignorib. & hypothec. sect. 1. conclus. 7. & Richter. in tract. de contract. disput. 6. th. 2. sub lit. h. pag. 146.* Quin, ut clariùs res explicetur, mutuum & commodatum spectant utilitatem debitoris tantùm: depositum spectat utilitatem duntaxat creditoris: pignus utilitatem utriusque, & creditoris & debitoris: illius quidem, ut creditum ipsi sit eò securius; hujus autem, ut nimirum ipsi magis pecunia credatur, *auctore Justiniano in hoc §.* Neque enim solent homines bene cauti cuiquam temerè credere sine pignore. Nam quod Martialis, Poeta perquàm lepidus ac facetus, scitè olim de quodam Thelesino cecinit, *Epigrammat. lib. 12.* idem de plerisque scribi dicique hoc exulcerato tempore poterit.

Cùm rogo te nummos sine pignore: non habeo, inquis.
Idem, si pro me spondet agellus, habet.
Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali:
Credis colliculis, arboribusq; meis.

10 Pignus generaliter acceptum, aut voluntarium perhibetur, aut necessarium, *Balduin. in tractat. de pignorib. & hypothec. cap. 5. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 21. Giphan. in Comment. de divisionib. jur. thes. 98. Heig. in præsenti §. num. 9.* Verùm hanc divisionem improbat Dn. Collega Bocerus *hic num. 17. & seq. pag. 106.* Nam *necessarium pignus* (inquit) *non est contractus: neque contractus est pignus illud, quod testamento, vel legis auctoritate constituitur, &c.* Rectè, mi Bocere. At præ nimio carpendi studio non animadvertis, quòd expresse dicam: pignus *generaliter* acceptum, aut voluntarium perhiberi, aut necessarium. Non igitur pignus ita divido, quatenus pro contractu accipitur: sed quatenus nomen generale est. Sed præmittere debuissem (*inquis*) generalem pignoris definitionem. Fuit sanè & hæc præmissa *sub num. 7.* ubi dixi: pignus, quatenus nomen generale est, appellari posse rem omnem, quæ pro debito in crediti securitatem obligatur: donec, quod debetur, sit exolutum. Sub *n. 2.* autem non debui non specialem pignoris definitionem proponere: cùm in verbis immediate præcedentibus egerim de eâ pignoris notione, quæ ipsum contractum denotat. Sed nihil tam consideratè dici potest, quod tutum sit à morsibus eorum, qui id unicè agunt, & in hoc solum intenti sunt, ob idque tantùm aliorum Scripta le-
11 gunt, quò ea cavillari queant. Voluntarium pignus est: quod vel unius voluntate (ut testamento, quando videlicet testator alicui prædia sua obligat. *l. non est mirum, 26. ibi, cùm testamento. ff. de pignorat. act. l. 1. C. communia de legat.*) vel duorum mutuâ conventione constituitur. *l. 1. ff. de pignorat. act. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. justo. 44. §. non mutat. 5. ff. de usurpat. & usucap.* idque expressè, non solùm verbis inter præsentes, sed etiam literis inter absentes. *l. creditor. 23. in fin. & l penult. §. 1. ff. de pignorib. & hypoth. Donell. in tract. de pignorib. cap. 7.* aut tacitè, præsumptâ nimirum voluntate contrahentium. *l. 1. & tot. tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacitè contrahit. l. un. §. 1. ibi, in aliis multis juris artic. tacitas hypothec. inesse accepimus. C. de rei uxor. act. d. l. 1. C. commun. de leg. Stuck. part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 8. lit. e. Petr. Greg. d. lib. 23. syntagm. juris univers. cap. 8. & 9.*

12 Tacita conventione pignus constituitur in rebus invectis & illatis in conductum prædium urbanum. Siquidem jus præsumit, tempore locationis ita inter dominum sive locatorem & conductorem actum esse, ut inducta, tam pro pensione, quàm deterioratione, sint obligatâ. *l. item quia. 4. in princ. ff. de pact. l. 2. ibique Mercerus n. 2. & l. eo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l.*
13 *fin. C. eod. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 72. n. 4 p. 247.* Quòd si tamen gratis alicui habitatio concessa sit; ejus res inductæ & illatæ nec pro pensione, nec pro deterioratione, domino obligantur *l. Pomponius. 5. in princ. ff. in quib. caus. pig. vel hypothec. tacit. contrahit.* Ratio manifesta est: quia jus hoc taciti pignoris seu hypothecæ, tantùm causâ mercedis in actione locati est receptum, ut de illâ domino magis sit cautum. *d. l. 2. ff. eod.* At qui gratis domum inhabitat, actione locati non tenetur; quia nullam debet mercedem, sine quâ locatio non consistit. *l. 2. in princ. ff. locati.* Ergo etiam illius res invectæ & importatæ nullo modo obligari possunt: non quidem pro pensione, quoniam nullam debet: non etiam pro deterioratione, quia ædes non conduxit, ut rectè docuit D. Obrechtus *d. Disput. 15. thes. 64. & seqq.* contra Accursium *in d. l. Pomponius. 5. ff in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit.*
Planè non modò primi, sed & secundi inquilini bona in- 14
ducta & illata (utut ogganniat Ludovic. Roman. *in singulari 85.*) primo locatori seu domino ædium tacitè obstricta censentur. *Verbi gratiâ:* conduxi à te domum, & ego postea in hac domo cœnaculum alteri locavi, putà Titio, qui & ipse res suas in cœnaculum intulit. Hoc casu & res meæ, & res Titii, qui cœnaculum à me conduxit, tibi locatori primo & ædium domino erunt obligatæ *per textum expressum in l. solutum. 11. §. solutam. 5. ff. de pignorat. actionib.* Ratio, cur & secundi conductoris sive in- 15
quilini res domino intelligantur tacitè obligatæ, dubitandi quidem hæc est: quia secundus inquilinus cum domino non contraxit. Ratio autem decidendi est illa: quia videtur inter primum conductorem & dominum id esse actum, ut quidquid vel ab ipso, vel ipsius voluntate ab alio illatum inductumvè fuerit, tacitè obligatum reputetur: atque ita ipse Jurisconsf. Ulpianus *in d. l. solut. 11. §. 5. in fin.* & objicit sibi, & respondet his verbis: *ut non pactio cœnacularii proficiat domino, sed sua propria.* Quasi di- 16
ceret: si quis objiciat, conventionem secundi conductoris cum primo factam non debere proficere domino: cùm per liberam personam obligatio alteri non acquiratur. *dict. leg. solutum. 11. §. per liberam. 6. ff. dict. tit. l. 1. Cod. per quas person. nobis acquirit.* & proinde res secundi conductoris domino obligata non videtur responderi poterit, domino non proficere conventionem secundi inquilini, sed suam propriam, hoc est, eam quam habuit cum primo: ex ea, *inquam,* tacitè ipsi domino res obligata est, non tantùm primi, sed etiam secundi conductoris.

Nec cum his pugnat *l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati.* ubi Pau- 17
lus discertè respondet, res posterioris conductoris domino non obligari, sed fructus duntaxàt. *Nam* jurisconsultus ibi de fundo, id est, prædio rustico; Ulpianus verò *in d. §. solutam.* de domo & ædibus, adeoque prædio urbano, apertè agit. Certo autem certius est, præ- 18
dium urbanum differre à rustico: quòd in illo tacitè, in hoc non, nisi expressè ac specialiter, res inductæ obligentur; ideoque etiam in illo secundi conductoris res videantur tacitè domino obligatæ, in hoc non item: quia in hoc, *inquam,* necessaria sit expressa conventio cum primo conductore, id est, colono: ergo & cum secundo. Fructus tamen fundi locati, non modò percepti à primo colono, cui dominus locavit, sed etiam à secundo, qui à primo colono conduxit, tacitè domino obligati censentur. Et hoc est, quod ait Paulus *in d. l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati.* Idque copiosius exposuimus *in §. item Serviana. 7. n. 13. & seqq. infr. de actionibus.*

Quod porrò dictum est, in prædium rusticum à colono 19
inducta & illata, domino sive locatori non esse, tacito pacto obligata; sed, ut illa sint pignori, expressam conventionem necessariam esse: id confirmatur primò *per dict. l. eo jure. 4. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit. Eo,* inquit ibi Neratius, *jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt, pignori esse credantur; quasi id tacitè convenerit. In rusticis prædiis contrà observ.* Deinde idem evincitur *ex §. adipisc. 3. versic. interd. quoq; infr. de interdict.* ubi Justinianus Imp. tradit, res coloni obligari domino, quas ipse colonus pro mercedibus fundi pignori futuras pepigerit, id est, pignori esse, expressè convenerit. Tertiò eadem sententia robur suum accipit *ex l. si non inducta. 5. C. in quib. caus. pign. vel. hypothec. tac. contrahit.* ubi de inductis & illatis in fundum specialis & expressa conventio intercedit. Quartò accedit hæc ratio: quòd cùm de tacito pignore inductorum aut invectorum agunt Juris-
consulti,

Digitized by Google

consulti, semper meminerint prædii urbani, nunquam ru-
stici. *l. item quia. 4. ff. de pact.* & *toto fere t.t. ff. in quib.*
20 *caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit.* At vulgare est, inclu-
sionem unius esse exclusionem alterius, *l. cum prætor. 12.*
in princ. ff. de judic. l. maritus. 21. Cod. de procuratoribus.
Quintò non parùm eò confert, quòd ratio hujus taciti
pignoris non habeat locum in prædiis rusticis, *ut paulò*
post ostendetur. num. 22. Denique hanc decisionem Inter-
pretes recentiores plerique omnes suis calculis corrobo-
rant: *Theophilus, Eguinarius Baro, Corasius, Heigius,*
Borcholt. Anton. Matthæus, & *alii in d. §. item Serviana.*
7. infr. de actionib. Cujac. & *Duar. in d. l. item quia. 4.*
ff. de pact. Connan. libr. 4. Commentar. jur. civil. c. 16.
Donell. in tract. de pignorib. cap. 2. Balduin. in Commentar.
de pignoribus & *hypoth. c. 6. Forcatul. Necyomant. dialog.*
17. Andr. Gerhard. decad. 14. q. 3. Bachovius in tract. de
pignorib. & *hypoth. lib. 1. c. 11. n. 4. Menoch. de adipisc. pos-*
sess. remed. 3. q. 4. n. 33. & *seqq. D. Besold. in delibat. jur.*
ex lib. 20. ff. quæst. 4. p. 43. aliique quos laudavimus in d.
§. item Serviana. 7. n. 12. infr. de action. ubi etiam Docto-
res dissentientes adduximus.
21 Non obstat *l. certi juris. 5. Cod. de locato* & *conducto.*
ubi Glossa, ejusque Sectatores existimant: pignus tacitum
esse tam in rusticis, quàm urbanis prædiis: sed in eo tan-
tum esse differentiam, quòd in rusticis sit necessaria do-
mini sive locatoris scientia, in urbanis necessaria ea non
sit, *argum. dictæ l. 5.* ubi Imp. Alexander rescripsit, indu-
cta in prædium urbanum etiam sine scientia & voluntate
domini pignoris jure teneri; at in prædium rusticum in-
ducta, teneri jure pignoris illa, quæ voluntate domini
à colono sint inducta. Non obstat, *inquam:* quoniam hu-
jus distinctionis nulla est idonea ratio: sciente, an ignoran-
te domino sint inducta, ut & ipse Jason fatetur *ad d. l.*
item quia 4. num. 14. ff. de pact. Quare dicta *l. certi. 5. Cod. de*
locato. potiùs, ita accipienda est, ut verbo *voluntatis* aut
scientiæ intelligatur expressa conventio, quemadmodum
sumitur *in l. Pomponius. 5. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hy-*
poth. tacit. contrahit. Sicque sententia dictæ *l. certi. 5. C.*
de locat. planè erit eadem, quæ *præallegatæ l. eo jure. 4. ff.*
in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. & *similium:*
nimirum inducta & illata in prædium rusticum non ob-
ligari, nisi voluntate, id est, expressâ conventione; sed
inducta & illata in prædium urbanum, obligari tacitè,
hoc est, sine voluntate & scientia domini, sive expressâ
conventione. Reliqua, quæ huic verissimæ sententiæ op-
ponuntur, refutavit nervosè Bachovius *loco suprà notato,*
& nos diluimus *in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib.*
22 *num. 4.* & *seqq.* Ratio porrò taciti pignoris, sive diver-
sitatis inter prædia urbana & rustica, hæc est: quia olim
Romæ locationibus prædiorum urbanorum solebat ple-
runque nominatim & expresse adjici hæc conventio de
inductis & illatis, ut essent pignori, quemadmodum & de
fructibus in prædiis rusticis: *uti arguit l. si servus. 61. §.*
23 *locavi. 8. ff. de furt.* Ea autem quæ expresse solita sunt
fieri, & adhiberi plerunque, ex fide bona pro adjectis &
expressis habentur, licèt de iis nihil nominatim cautum
sit. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de ædilit.*
edict. l. jam hoc jure. 4. in princ. ff. de de vulg. & *pupill. sub-*
24 *stitut.* Cur verò Romæ olim moris fuerit in locationibus
prædiorum urbanorum, pactum expressum adjicere de
rebus illatis, ut essent pignori, hæc videtur fuisse causa:
tum quòd eam in Urbem multi peregrini & ignoti homi-
nes confluerent: tum quod propter caritatem ædificiorum,
ut in magna Urbe, multi tenuioris fortunæ & pauperes
non haberent proprias domos vel insulas, sed cœnacula
passim conducerent: ideoque domini & locatores adversus
ignotos & pauperes de mercede habitationis seu pensio-
ne sibi prospiciebant, obligatione rerum illatarum & in-
ductarum. *Francisc. Balduin. d. Comment. de pignorib.* &
hypothec. cap. 6. Cæterùm cur aliud jus fuerit in prædiis
rusticis, id causæ fuit: quod pro illorum pensione & mer-
cede non tantum propositum esset dominis periculum:
partim quia non ita ignotis locentur fundi: partim quia
per fructus fundi, quos pignori esse constat, domino sive
locatori satis sit consultum. *l. in prædiis. 7. ff. in quibus caus.*
pign. vel hypothec. tacit. contrahit. Donell. d. tract. de pigno-
ribus cap. 4. in fin. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. *assert. 72.*
edit. 2.
Illud hic diligenter notandum: inducta (putà mancipia) 25
& illata (nempe reliquam supellectilem) esse pignori, non
verò inducenda aut inferenda; adeò, ut etiamsi expresse
convenerit, ut inducta sive illata sint pignori, antequam
inducantur, si eodem alii dentur pignori, is potior sit in
pignore: cum non ex conventione, sed ex inductione pi-
gnus contrahatur. *l. potior est. 11. §. si colonus. 2. ff. qui po-*
tior. in pign. vel hypothec. habeant. Eodem confert textus
in l. si non inducta 5. C. in quib. caus. pignus vel hypothec.
tacit. contrahit. ubi de fundo, & mancipiis in eum non
inductis, neque specialiter (in fundo enim expressa &
specialis requiritur conventio, *ut suprà demonstratum*)
obligatis rescribitur, ea non posse retineri pro pensio-
ne fundi. Ratio est: quia non erant specialiter obligata,
neque etiam inducta: ac proinde pignoris nexu non te-
nebantur. Sed & illud observatu perdignum est: ea 26
tantum inducta vel illata pignori esse, quæ eo animo in-
ducta sunt, ut perpetuò (quamdiu scilicet durat locatio)
sint in domo *l. in prædiis. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pignus, vel*
hypothec. tacit. contrahit. l. debitor. 32. in fin. ff. de pignorib &
hypothec. Nam si res in domum sint illatæ, non ut ibi sint,
sed ut mox, aut paulò post aliò transferantur; hæ tacito
pignore non obstringentur. *Verbi gratiâ:* Mercator ali-
quot cados vini, cùm non posset statim in foro vendere,
deposuit in ædibus conductis eâ mente, ut intra octo dies
ad alium mercatum mitterentur. Hi cadi tacito pignori
non erunt subjecti: qui in ædes conductas, ut ibi ma-
nerent, non fuerunt illati. Sic si belli causa, aut propter
latrones, quis ex villa frumentum deportet in urbem eo
animo, ut cessante periculo eodem reportetur: hoc certè
frumentum non erit pignori: quoniam non eo animo il-
latum est in urbem, ut ibi esset, sed ut inde in villam re-
portaretur. Hæcque distinctio inter res in prædium urba-
num illatas, ut sint ibi perpetuò; & inter illatas, ut tan-
tùm ad tempus exiguum ibi sint, confirmatur etiam ar-
gumento *l. ex facto. 35. §. rerum autem. 3. ff. de hered.* & *in-*
stituend. Et ratio ejus non obscura est: quia cùm res in do-
mum inferuntur, ut aliò transferantur non hoc agi vide-
tur, ut illæ sint pignori: cùm hoc pignus sit loco pensio-
nis, quæ plerunque tempore locationis elapso solvitur.
Quæritur autem de Mercatore, qui plerunque merces 27
importat in domum conductam, ut eas postea distrahat,
& non, ut semper ibi remaneant; an illæ pro pensione
intelligantur tacitè obligatæ? Et illas tacitè obligatas non
esse, opinantur *Angelus* & *Jason in §. item Serviana. 7.*
infr. de actionib. prout eos refert Hermannus Meyrer. in
tract. de pignoribus & *hypothec. titul. 18. n. 26. Alexand. in*
l. si, constante. 24. in princip. in 3. q. tertiæ partis princ. in vers.
item in quantum, &c. ff. solut. matrim Baldus in l. certi ju-
ris. 5. C. de locato. & *Negusantius in tract. de pignoribus* &
hypoth. 4. memb. secundæ part. p. num. 153. Sed verisimilius
est, illas tacitè pro pensione obstrictas censeri, *per textum*
evidentem in l. cùm tabernam 34. in princ. ff. de pignor. &
hypoth. Et quia non importat omnes merces mercator,
ut aliò mittat vel transportet: sed, ut ibi maneant donec
vendat: quod satis est ad hoc, ut locatori sint pignori ob-
ligatæ. At quid, si mercator has merces, ita tacitè pi-
gnoratas, vendiderit: num pignus durabit? Et ait Scæ- 28
vola *in d. l. 34.* non durare hac ratione: quia hæc est na-
tura ac conditio mercium, ut distrahantur: sed tamen ut
domino sit cautum, si mercator alias merces importet,
hæ denuò illi obligatæ erunt. Quò facit textus *in l. grege.*
13. in princ. ff. de pignorib & *hypoth.* ubi grege pignori
obligato, decedentibus capitibus quibusdam, si qua po-
stea comparentur, vel adnascantur, nihilominus pignori
tenebuntur. *Atque ita sentiunt Mynsinger. n. 16. Zasius n.*
20. cum seq. Schneidewin. n. 38. & *39. in d. § item Servia-*
na. 7. infr. de actionib. Balduin. in Commentar. de pignoribus.
& *hypothec. cap. 6. Hackelman. Disputat. quæstion. Illustr.*
12. thes. 5. lit. a. & *Struckius part. 1. Exerc. Justin decad. 10.*
assert. 8. lit. e. p. 295. ad fin. Eadem de re vide varios casus
distinguentem & constituentem Jacobum Menoch. *re-*
med. 3. de adipisc. poss. q. 17. n. 125. & *aliq. seqq.*
Quæritur item de eo: nunquid res in prædium urbanum 29

 illatæ,

Digitized by Google

illatæ, antequam præcludantur sive in inventarium redigantur, aut arrestentur per locatorem, alienari liberè, hoc est, sine pignoris nexu, possint? Et res illas à pignoris obligatione minimè eximi, veriùs videtur, argum. l. debitorem. 15. Cod. de pignorib. & hypoth. & l. si debitor. 12. C. de distract. pignorum. ex quibus patet, quod res semper
30 cum sua causa & onere transeat. Hucque conducit, quòd tacitum pignus non ex præclusione, sed inductione contrahi, respondetur in l. 2. & l. seqq. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. item quia. 4. ff. de pact. Et absurdum est dicere: res simul atque in prædia urbana inductæ fuerint, obligatas esse: nihilominus autem eas liberè conductorem, sine onere tacitæ hypothecæ, alienare posse: ut sic locator earum causa, actione Serviana adversus possessorem experiri nequeat. Idem quoque probatur ex l. 1. ff. de Salviano interdict. & l. 1. C. de pre-
31 cario, & Salviano interd. Non obstat l. est differentia. 9. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contr. ubi bona illata, ante perclusionem factam, absque ullo onere tacitæ hypothecæ, alienantur. Nam favore libertatis illud singulariter placuit, ut generalis hypotheca non impediat manumissionem servi: specialis autem eam impediat. l. 2. & 3. Cod. de servo pign. dato manumiss. l. licet. 6. ff. in quibus. caus. pign. vel hypothec. tac. contrah. Cæterùm cùm dicitur, singulari jure hoc tribui libertati, ut inquilinus non prohibeatur servum manumittere, priusquam locator ei manum injecit, cumque veluti inclusit: satis apparet, res alias ab inquilino liberari abalienando non posse. Jus quippe singulare in uno significat, jus commune esse contrarium in aliis. Eaque de re diversas opiniones alunt Jason. num. 77. Schneidewinus num. 53. Zasius n. 27. & 28. ad d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. Wesenbec. in Paratitl. ff. in quibus. caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. num. ult. Baldum. d. c. 6. circa med. Negusant. dicto. membr. 4. num. 131. D. Obrechtus Disput. 15. num. 80. & multis sequentibus.

32 Quæritur quoque convenienter: an libri Studiosorum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis tacite obligentur? Et obligari, affirmant Franciscus Connanus libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. num. 8. in fine. Quirinus Kubach. cent. 3. q. aliqu. Politico jurid. decur. 9. quæst. 3. p. 878. cum seqq. itemque apud Arumæum vol. 4. de jure publ. disp. 24. q. 3. p. 117. Hunnius in Commentar. ad Auth. Habita C. Ne filius pro pa-
33 tre, vel pater pro filio, &c. c. 2. quæst. 12. & alii. Sed rectius alii communiter negant, argumento l. obligatione. 6. cum 2. sequentibus ff. de pignoribus & hypothec. ubi dicitur, obligatione generali rem nunquam contineri ea, quæ in usum quotidianum habentur, & quæ verisimile est, quenquam specialiter obligaturum non fuisse. At libri Studiosorum in usum quotidianum habentur; nec ipsi verisimiliter illos obligaturi fuissent. Ergo generali obligatione bonorum, etiam expressâ, libri non veniunt.
34 Multò igitur minus tacitâ obligatione generali, qua inquilini res omnes tacite nexui pignoris suppositæ creduntur, venire poterunt: quoniam major vis taciti, quàm expressi, esse nequit, arg. leg. expressa. 195. ibique Dd. ff. de regul. juris. Eodem pertinet d. Authent. habita. ibi, quis eorum non misereatur, &c. C. ne filius pro patre &c. & l. executores. 7. cum Authent. agricultores. C. quæ res pignori obligari possunt, vel non, &c. Nec quicquam contrariam relevat opinationem, quòd privilegia, utpote jura exorbitantia, non sint extendenda, argum. l. quod verò. 14. ff. de legib. Nihil enim hic exorbitans; sed rationi & juri ordinario convenit; ne instrumenta rustica, & quotidianis usibus destinata, sub hypothecâ generali & indefinita contineantur. Verum hanc sententiam explicavi uberius, in dict. §. item Serviana. 7. num. 18. & seqq. inst. in infra, de actionib. Eamque, præter Interpretes illic à me relatos, defendunt D. Bocerus hic num. 47. & seqq. pag. 209. Hunnius sibi ipsi contrarius, Disput. 19. ad Instit. thes. 26. Martinus Schickhardus Disp. 12. thes. 7. ad lit. d. Andreas Gerhardi decad. 14. q. 4. & Bachovius in tract. de actionib. disput. 3. sub th. 34. in fine. p. 1. 4. nec non in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 1. cap. 11. num. 3.

35 Discrepant etiam & controversantur inter se valde Doctores: an bona minoris viginti quinque annis in prædium urbanum, non adhibito curatore, illata, & invecta, tacito pignore pro pensione domûs teneantur? Ego, etsi nonnulli, haud in infimis subselliis collocandi Jureconsulti, contrarium sentiant. Francisc. Accursius, Bartolus, Fulgosius, Salicetus & Castalius in l. item quia. 4. ff. de pactis. Jacobus Menochius in tractat. de adipisc. possession. remed. 3. num. 82. & in arbitrar. judic. quæst. lib. 2. cent. 2. cas. 171. num. 30 & seqq. D. Collega Magnus in explicat. l. 1. ff. de Salvian. interdict. eumque laudans Andr. Burckardus d. dissertat. de pignorib. & hypoth. sect. 2. conclus. 14. Angelus num. 4. & Johannes Schneidewinus num. 44. in dict. §. item Serviana. 7. infrà de actionib. Everhardus Bronchorstius centur. 1. miscellanearum controversiarum. assertion. 76. & Martinus Schickardus dict. Disputat. 12. thes. 7. sub lit. d. in fine. & resolution. quæstion. 3.) teneri 36
illa, omnino existimo: tum quia nusquam res minorum ab hoc tacito pignore excipiuntur: tum quia in pignore non grave rei dominium versatur: tum quia tacitam hanc hypothecam lex ipsa inducit, citra curatoris, vel judicis factum; adeoque sufficit decretum legis, argum. leg. sed si pecunia. 3. §. 1. ibi, quia non ex tutoris, vel curatoris volunt. id fit, &c. ff. de reb. eorum, qui sub tutela vel curâ sunt, &c. l. apud Julianum. 3. in fin ff. quib. ex caus. in poss. eat. leg. furiosus & pupillus. 46. ff. de obligationib. & actionib.

Neque obstat, quòd res minorum absque consensu tu- 37
torum & curatorum expresse obligari non possint. l. 3. C. de integr. restit. minor. Ergo nec tacitè: cum taciti & expressi par ratio esse dicatur. l. 3. ff. de reb. credit. & l. triticum. 94. ff. de verb. obligat. Hæc enim regula procedit tantum, quando juris auctoritas pariter æstimat tacitum & expressum, ut ex citatis modo locis apparet. Ast hic jura aliud in expresso, & aliud in tacito disertè definiverunt. Similiter non obstat, quòd res minorum obligari non possint sine decreto Prætoris, & causæ cognitione, leg. lex. quæ tutores. 22. Codic. de administration. tutorum vel curatorum, & pecuniâ pupill. fænerand. leg. magis puto. 5. §. 2. & 3. & toto titulo ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienand. vel supponend. &c. Id namque de expressa obligatione intelligendum est: hoc autem tacitum pignus ipso jure & interpretatione legis inducitur, ut antè dictum. Ideoque & in leg. 1. §. ult. cum leg. sequent. Digest. dicto titulo subindicatur differentia inter pignus rei pupillaris, expressâ conventione & tacitâ inductam. Quare cùm ipsa per minorem facta conductio domûs valeat, adeò, ut si in eâ non sit læsus, nec in integrum restitui possit, quasi boni & diligentis patrisfamilias officio functus, argum. l. verùm. 11. §. item non restituetur. 4. ff. de minoribus. nulla certè justa est ratio, cur & res ejus in domum illatæ non obligatæ censeantur. Atque hanc opinionem, ceu omnium æquissimam & receptissimam, tenent Baldus & Paulus de Castro in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Johan. Andrea in addit. ad Specul. in tit. de donat. int. vir. & uxor. §. fin. vers. quid, si mulier, &c. Alexand. in l. si constante. 24. in princ. ff. solut. matrimon. Gomezius num. 25. Bellonus num. 3. & Jason. num. 57. in d. §. item Serviana. infr. de actionibus Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part. 2. memb. 4. num. 254. Soarez in thesaur. recept. sentent. lit. C. num. 217. Gail. lib. 2. observat. 83. num. 8. & seq. D. Bocerus class. Disput. 12. thes. 65. edit. 2. & in hoc §. n. 42. cum seqq. Hackelman. Disput. quæst. illustr. 12. thes. 5. sub lit. B. Matth. Stephani cent. 3. quæst. 32. Stuckius part. 1. Exercitat. Justin. decad. 10. assert. 8. lit. e. pag. 395. & Hieronym. de Cevallos in commun. opin. contr. commun. quæst. 132. aliiq; per eum relati. Adde Doctorem Martam tom. 3 digestorum novissimorum. tit. hypotheca. cap. 26. fol. 18.

Ambigitur insuper de eo: an pecunia sive nummi, in 38
prædium conductum illati, tacitè obligentur? Et distinguunt Interpretes quidem inter eos nummos, qui eo animo sunt illati, ut ibi sint perpetuò, tanquam thesaurus (solent enim boni patresfamilias aliquam pecuniam, velut peculium aliquod, sibi reservare & reponere in usus necessarios l. si chorus. 79. §. 1. ff. de legat. 3.) ut hi duntaxat sint obligati: & inter eos, qui importantur, & quotidie exponuntur, ut hi non sint obligati. Quia isti ad hoc

Digitized by Google

hoc nati & formati sunt, non ut retineantur, sed ut expendantur. *D. Zasius num.* 22. *& Schneidewinus num.* 40.
39 *in d. §. item Serviana.* 7. *infr. de actionibus.* Mihi verò, quicquid dicant alii, omnes indistinctè nummi in prædium urbanum illati videntur obligati, argumento mercium, quæ in domum conductam invectæ, tacitè pro pensione obligantur, non quidem in specie & particulariter, quoad individua, sed in genere & universaliter. Quamvis etenim species mercium vendantur: tamen semper aliæ substituuntur, quæ denuò pignore tacito obstrictæ tenentur: *ut traditum suprà num.* 27. *& seq. ex l. cùm tabernam.* 34. *in princ. ff. de pignoribus. & hypothec.* Sanè cùm & nummi pignore generali contineantur sine ulla distinctione. *d. l. cum tabernam.* 34 *§. ult. ubi Bartol. ff. eod. l. idemque.* 7. *§. ultim. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant.* tacitum autem pignus fere sit generale quoddam pignus; ratio postulare videtur, ut & nummi in domum importati sint pignori, sive in thesaurum reponantur, sive non; modò illati eo animo, ut ibi sint, donec exponantur. Nam quin exponi possint, ut merces vendi, cùm hæc earum rerum sit natura, nullus dubito. *De eodem vide Negusantium in tractat. de pignorib. & hypoth. part.* 2. *membr.* 4. *num.* 166.

40 Dubitatur præterea de lectulis, vestibus, pannis, cistis & similibus rebus, quarum quotidianus solet esse usus, an hæ illatorum & invectorum nomine contineantur, adeoque tacitè obligentur? Et non contineri, nec tacitè obligari, docent plerique, *arg. l. obligatione generali.* 6. *&* 2. *& seqq. ff. de pignorib. & hypothec. Baldus in l. certi juris.* 5. *in* 6. *quæst. Cod. de locato. Angelus num.* 1. *Jason. num.* 63. *bosque cum aliis referens Schneidewinus. num.* 42. *in d. §. item Serviana. infra de actionib.* Sed usu tamen obtinuit, ut tacitè obligentur, maximè si inquilinus res alias non habeat. Unde rectè Zasius *in d. §. item Serviana. num.* 22. *ad fin.* autumat: supellectilem, quæ extat tempore pensionis solvendæ, tacitè obbligatam esse. *argument. præallegatæ l. cùm tabernam.* 34. *ff. de pignoribus & hypothec.* quam in hac materia auro dignam esse, pronunciat.

41 At quid de instrumentis & chirographis in domum conductam illatis dicendum? an & ea tacitè locatori obligata videbuntur? Et multi ajunt, non ipsas tantùm chartas, sed etiam obligationem & nomina sive debita chartis comprehensa, videri obligata, *argum. l. servum filii.* 44. *§. eum, qui.* 5. *ff. de legat.* 1. *l. qui chirographum.* 59. *ff. de legat.* 3. *& l. cùm constet.* 2. *quæ res pignori obligari poss.* ubi Impp. Severus & Antonius rescripserunt; eum, qui instrumenta agrorum suorum pignori posuerit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part.* 2. *memb.* 4. *num.* 165. *& seq. in qu. ubi plures ad hoc citat.* Sed isthæc opinio vix videtur probabilis; propterea quòd instrumenta vel chirographa, seu nomina debitorum sub generalitate obligationis non transire, manifesti sit juris, *l. Cajus Sejus* 86. *in princip. ff. de legat.* 2. Et hac de re inspice Johannem Fabrum, diversas Glossographorum opiniones referentem, *in d. §. item Serviana. num.* 6. *infr. de actionibus.*

42 Postremò quæri poterit de rebus alienis; an & hæ, ab inquilino in domum conductam illatæ, locatori tacitè pignori sint obligatæ? Atque obligatas non esse, certum est: quoniam ne expressè quidem illæ oppignorari aut obligari possunt. *l.* 2. *ff. de pignorat. act. l. quæ prædium.* 6. *& tot. tit. C. si aliena res pignori data sit.* Quod tamen ita accipiendum est: nisi dominus expressè in pignus consenserit. Licèt enim sciverit, & passus fuerit, rem suam inferri ab alio in domum conductam: non tamen continuò censendus est in pignus quoque tacitè consensisse; nisi forsan dolus ipsius intervenerit, *argum. l. Cajus.* 39. *ff. de pignorat. act. l.* 2. *C. si aliena res pignori data sit. l. fine.* 5. *Cod. ad senatusconsult. Vellejan.* Idemque probatur *Jacobo de Arena, Cyno, Baldo & Saliceto in d. l. certi juris.* 5. *C. de locato. Fabro n.* 1. *in fin. & Schneidewino n.* 45. *&* 46. *in d. §. item Serviana.* 7. *infr. de action.* Quamvis aliter censeant *glossa & Alexander in d. l. certi juris. Cod. de locat. Jason. in d. §. item Serviana. n.* 54. *infr. de actionib. Bartol. in l. quæ dotis.* 33. *ff. solut. matrim. Negusant. d. part.* 2. *membr.* 4. *n.* 152. *& Hermannus Meyrer. in tr. de pignor. & hypothec. lib.* 1. *t.* 18. *n.* 16. *& seq.*

Necessarium pignus est, quod necessitate suadente constituitur: & hoc rursus in legitimum, & prætorium, distinguitur. *Balduin. in tract. de pignoribus & hypothec. c.* 7. *Heigius hic num.* 12. *D. Obrecht. Disput.* 15. *thes.* 106. *&* 107. 43
Legitimum vocatur, quod lex ipsa introducit, invito etiam domino: idque ratione seu contemplatione personæ, vel respectu rei sive causæ. *Donell. in tr. de pignorib. c.* 5. *in princip.* Ratione personæ, primò tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium. Hoc siquidem jus est fisci, ut statim sui debitoris bona, tam futura, quam præsentia, absque expressa specialique conventione, sibi pignoris nexu devinciat. *l. Ælianus.* 10. *ff. de manumission. l. aufertur.* 46. *§. fiscus. ff. de jure fisc. l.* 2. *&* 3. *C. de privileg. fisc. l.* 1. *&* 2. *Cod. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. D. Bocer. class.* 2. *Disp.* 12. *th.* 61. *ed.* 2. Ejusque ratio hæc redditur: quia cùm omnes fortunas nostras, corpus etiam & vitam, Reipublicæ, cui nati sumus, debeamus: bono autem publico pecunia fisco comparetur; ut quæ una pacis & belli, otii & negotii, rerum denique quocunque tempore gerendarum nervus existit, æquum sanè est, ut fisci debitor jure pignoris ad solvendum cogatur: quò ea, quæ ad publicam causam reditura sunt, omni modo dissolvantur. *D. Obrecht. d. Disput.* 15. *th.* 112. *Conman. lib.* 4. *Commentar. jur. civil. cap.* 16. *n.* 1. *Meyrer. in tract. de pign. & hypoth. lib.* 2. *tit.* 3. *n.* 10. *& tit.* 4. *n.* 15. 44 45
Debitorem porrò intelligimus quemcunque, sive ex contractu sit debitor fisci, sive ex alia qualibet causa, ut ex causa tributi. *d. l.* 1. *&* 2. *C. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit.* vel ex causa primipili. *l. satis notum.* 4. *C. d. titul.* & omninò ex causa administrationis non tantùm primipilariæ, sed cujuslibet muneris, *argum. l. cùm te.* 3. *ff. ne uxor pro marito, &c. l.* 1. *ff. ad leg. Jul. de vi public. & l.* 1. *C. de privileg. fisci.* 46
Primipilus est inter centuriones legionis primus: qui & primipili centurio, & primum pilum ducere dicitur *à Livio lib.* 6. 7. *&* 8. *item Vegetio lib.* 2. *de re militar. c.* 8. *& Cæsare de bello civil. lib.* 1. *& de bello Gall. lib.* 3. *idq. latius explicat Schardius in lexic. jurid. in verbo, primipilus, &c. & Ausonius Popma lib.* 4. *de diff. verb. in verb. primipil. p.* 243. Ast in jure nostro primipilus perhibetur munus quoddam militare, nempe cura annonæ militaris. *l. fidita.* 3. *ibiq. Cujacius & Gothofred. & l. ordinariorum.* 7. *C. de cohortalibus, &c. & tot. tit. C. de primipilo.* Ut igitur ejus, qui alia munera ad fiscum pertinentia administrat, bona, tanquam debitoris fiscalis, sunt fisco tacitè obligata: ita & bona primipili, sive ejus, qui res primipilares administrat; nec ejus tantùm ipsius bona, sed uxoris quoque ejusdem dos tacitè obstricta tenetur. *d. l. satis notum.* 4. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. d. l. cùm te.* 3. *ff. ne uxor pro marito, &c.* 47
Ratio hujus juris, cur dos uxoris sit obligata fisco etiam pro marito, est tum favor fisci, hac in parte major dote: tum quia dos, constante matrimonio, est in bonis mariti, ejusque quodammodo esse censetur. *argum. l. ubi adhuc.* 29. *& seq. C. de jure dot. Vide annotata ad § fuerat.* 29. *n.* 29. *& seq. infr. de action.* 48

Sed quæritur: an non modò dos, sed etiam paraphernа uxoris sint ob primipilum, aliudve munus mariti, fisco tacitè obligata? Et veritati magis consonum est, non esse: tum quòd bona, extra dotis causam data, ist est, paraphernа diserte distinguuntur à bonis dotalibus; ita ut hæc sint obligata fisco pro munere mariti, illa non item. *d. l.* 3. *C. ne uxor pro marito, &c. d. l.* 1. *C. de privileg. fisci.* tum quod ratio in paraphernis cessat: quam diximus hanc esse, quia dotalia putentur esse mariti constante matrimonio: at paraphernа sive receptitia sunt plane uxoris. *l. si ego.* 9. *§. cæterum.* 3. *ff. de jur. dot. l. maritus.* 21. *C. de procuratorib.* 49

Hoc sanè perquàm dubium est: an & in causis criminalibus huic tacitæ hypothecæ sit locus? Et inter pœnas damnatorum distinguitur. Nam si pœna est corporalis, sive etiam bonorum omnium publicatio, non est locus hujus hypothecæ: quia priore casu non agitur de bonis: in 50

Digitized by Google

in altero verò, bona publicata sunt jam ipsius fisci, *l. commissa. 14. ff. de publican. & vectigalib.* At rerum nostrarum
pignus esse non potest. *l. neque pignus. 45. ff. de reg. jur.*
Quòd si mulcta aliqua sit pecuniaria: hujus mulctæ nomine bona delinquentis ante condemnationem fisco tacitè non sunt obligata: quia ante eam fiscus nullum jus habet. *l. ex judiciorum. 20. ff. de accusationib.* post condemnationem autem obligata creduntur: quoniam per sententiam quasi contrahitur, *arg. l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul.*
Et ita, post alios, docent Negusantius in tract. de pignorib.
& hypoth. part. 2. membr. 4. n. 115. & Peregrinus. lib. 6. de
51 *jure fisci. tit. 6. n. 12.* Verùm etsi Doctores communiter ita
sentiunt: non tamen, meâ sententiâ improbabiliter dici
poterit: regulam hanc, quâ fisco bona debitorum fiscalium tacitè obligantur, non pertinere ad criminales causas: tum quia toto ferè jure nulla pœnarum aut criminum hac in re est mentio: tum quia perrarò usus hujus rei esse potest. Licet enim quispiam in mulctam condemnetur: creditoribus tamen condemnati id fraudi esse non debet, qui mulctam fisci hic præveniunt & antevertunt; ut & fit in publicatione bonorum. *l. non possunt. 11. l. in summa. 17. l. quod placuit. 37. ff. de jure fisci. l. unic. C. de pœnis fiscalib. &c. Knipschildt. exercit. Acad. 5. q. 9. p.*
187.
52 Porrò simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim id à Principe datum sit, *l. simile. 10. ff. ad municipalem. l. 2. C. de jure Reipubl. l. Antiochensium. 37. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.* Ejusque ratio est: quia solus Princeps, aut quæ principum instar dominantur, civitates, fiscum, id est, pecuniam publicam, habere dicuntur: reliquæ verò privatorum loco habentur. *l. eum, qui. 16. ff. de verbor. significat. Connan. d. lib. 4. c. 16. n. 1. Balduin. d. tract. de pign. & hypoth. c. 7. circa medium.* Sanè omnes omninò civitates & populos, merum & mixtum imperium, juraque regalia & fiscalia habentes, jus tacitæ hypothecæ obtinere, vulgò receptum est: ut, *post Bartolum in l. 2. in pr. ff. de jure fisc. & Baldum in l. 1. ad fin. C. de hered. vel act. vendit.* annotavit Negusantius *d. part. 2. membr. 4. num. 114.*
53 Deinde respectu personæ, tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus 25. annis, in bonis tutorum & curatorum suorum, & pro his negotia gerentium. *l. pro officio. 20. C. de administrat. tutor. l. un. §. & ut plenius. ibi, quæ in administrat. pupillar. rerum. C. de rei uxor. a[illegible] habimusq. 19. §. 1. ff. de reb. auctorit. jud. possid. tot. tit. ff. de eo, qui pro tutor. vel curat. negot. gessit. l. un. C. rem alienam gerentib. non interdici rer. suar. alienat. l. ult. C. de legit. tut. l. ult. §. & si quidem. 5. vers. & inventar. C. de curatore*
54 *furiosi.* Ratio tacitæ hujus hypothecæ hæc est: quia quicunque tutelæ munere fungitur, sive is tutor sit, sive curator, sive alius, semper videre debet, ne pupilli bona pessumeant: si id non facit, meritò pupillo tenetur, *per jura modò alleg. & not. D. Obrecht. d. disp. 15. th. 114.*
55 Quæri solet: an & in tutoribus sive curatoribus ad litem tantùm datis, isthæc sententia locum habeat? Id quod Doctores affirmant, *in l. properand. 13. §. fin. per istum textum. C. de jud. Negusant. d. tract. de pign. & hypoth. 4. membr. 2. part. princ. n. 8. p. 97.* Et licèt ne verbulo quidem fiat pignoris mentio *in d. §. fin.* nec is de tutoribus ad litem, sed generaliter de tutoribus & curatoribus agat: & statuat, quod si eorum desidiâ quid damni pupillus minorve in lite acceperit, id ei restituatur à tutore, vel ejus herede, aut fidejussore: quorum, inquit, substantia sive bona si non sufficiant: habet pupillus vel minor & aliud auxilium, nempe restitutionis in integrum, ob damnum in lite acceptum: nihilominus tamen Doctorum traditio sustineri poterit: eo quòd ratio istius privilegii non minùs valeat contra tutorem ad litem, quàm ad bona, magnus videlicet minorum & pupillorum favor, ut iis cautum sit non solùm in personam, id est, actione tutelæ, sed etiam in rem, id est, hypothecaria, *arg. l. 1. & tot. tit. ff. de tutela, & ratio-*
56 *nib. distrahend.* Illud hic singulariter notandum, quod ab Impp. constitutum extat: si mulier suscepta liberorum suorum tutelâ, iterum nubat, priusquam aut iis tutorem petierit, aut reliqua persolverit: eo nomine hisce liberis tacitè obligari, non modò bona mulieris, ut tutricis; sed etiam novi mariti, sive vitrici: ut liberis magis sit consultum ac prospectum adversus matrem, iterum & secundo nuptam. *l. si mater. 6. ibique Bartolus & Baldus. C. in quib. caus. pignus, vel hypoth. tacit. contrahit. l. 2. C. quando mulier tutel. officio fungi pot. Novell. 22. c. 40.*
Ratio partim jam allegatis juribus indicatur: quia scilicet contra sacramentum præstitum fiat, si mulier, quæ semel tutelam suscepit, denuò postea nubat: partim illa est;
quia novæ nuptæ plerunque solent non tantum bona, 57
sed etiam corpus & vitam novis seu posterioribus maritis addicere, rescribente Imp. Constantino *in l. lex, qua tutores. 22. ante finem. C. de administrat. tutor. vel curat.* Idque fusius explicat Burchard. Berlichius *in tract. de jure novercar. part. 2. art. 3. sect. 16. num. 1091. cum seq. pag. 322. & seqq.*
Præterea si pater in administratione bonorum adven- 58
titiorum (quorum ususfructus hodie ad patrem pertinet) filiifamilias aliquid malè gesserit: bona paterna hoc nomine, saltem ut patre mortuo impeti possint, tacitè, & quidem à tempore susceptæ administrationis, obligata intelliguntur. *l. cùm oportet. 6. §. non autem. 2. & §. ultim. C. de bonis, quæ liberis, &c.* Quod tamen non de omnibus bonis adventitiis, sed de maternis tantum, & materni generis, intelligendum est. Quamvis enim pater omnium adventitiorum sit administrator legitimus: haud tamen omnium, sed maternorum duntaxat & materni generis, non verò proprio filii labore partorum, aut prosperâ fortunâ quæsitorum nomine, bona illius filio obligantur. Ita disertè distinguit Justinianus Imp. *in d. l. cùm oportet. 6. §. ult. C. eod.* At dubitatur de illis bonis adventitiis, in quibus pater non habet usumfructum; an eorum quo-
que nomine filio bona patris tacitè obligentur? Et obli- 59
gari, si pater ea administraverit, tanquam legitimus administrator, ait *Bald. Novell. in tr. dotis, part. 9. privileg. 8. eumq. referens Negusantius d. tract. de pignorib. & hypoth. membr. 4. secundæ part. principal. n. 16.* Sed verius est, non obligari: tum quia eorum administratio non pertinet ad patrem, qui in iis nihil prorsus juris habet: tum quia si pater ea sponte administret, negotiorum gestor potiùs dici debet, quam curator sive legitimus administrator. *argum. l. 2. & tot. tit. ff. de negot. gest.* Atqui gestoris bona nunquam censentur obligata gestûs nomine, sed tutoris tantum, vel curatoris. Atque ita sentire Bartolum & Alexandrum *in l. si constante. 24. in princip. ff. matrim.* testatur Negusantius *loco præallegato.*
Quæritur itidem de Episcopo, aut de Præsule sive Ab- 60
bate monasterii, num eorum etiam bona sint Ecclesiis & monasteriis tacitè gestûs & administrationis bonorum ecclesiasticorum aut monasterialium nomine, obligata; Et esse obligata, plerique asserunt, *Glos. in c. ex literis. 5. in verbis obligata. ibiq. Joan. Imol. Panormitan. & alii ext. de*
pignorib. Verùm contrarium veritati magis accedere, mi- 61
hi non sine causa videtur: primùm quia bonorum administratio ecclesiasticorum jure civili non ad episcopum, sed ad œconomum pertinet. *arg. Novell. 123. c. 23.* Deinde quia nullus in jure (quod ego sciam) sive Cæsareo, sive Pontificio, expressus de tacito pignore in bonis Episcopi vel Prælati textus extat. Tacita autem pignora legitima non nisi lege expressa inducuntur, ut ex hactenus traditis, & definitione legitimi pignoris, suprà *num.* 44.
adducta, manifestum redditur. Eâdem ratione eorum, 62
qui præsunt orphanis, bona tacitè orphanotrophio obligata non videntur: quòd scilicet nullâ lege, quæ tamen ad tacitum legitimum pignus est necessaria, id expressè
cautum reperiatur. Nec obstat, quod orphanotrophi 63
comparantur tutoribus & curatoribus, *per textum in l. orphanotrophos. 32. C. de episcop. & cler.* ubi dicitur, orphanotrophos esse pupillorum quasi tutores, & adolescentium quasi curatores. *Nam* non in omnibus, sed in quibusdam tantùm rebus orphanotrophi sunt similes tutoribus, nempe ut personas orphanorum defendant, & negotia eorum administrent: ac proinde quasi, non veri tutores & curatores appellantur. *dict. l. orphanotrophos. 32. Cod. dict. titul.* Tametsi Baldus, & nonnulli alii dissentiunt, *ad l. si quis presbyter. 20. Cod. eod.*

Adhæc

Digitized by Google

64 Adhæc tacitum pignus legitimum conceditur liberis prioris matrimonii, in bonis patris vel matris, ad secunda vota transeuntis. Horum enim bona omnia liberis illis tacite obligantur, pro lucris & aliis bonis conservandis, ad ipsos liberos ex prioribus nuptiis pertinentibus, *l. hac edictali. 6. §. cumbus 2. & l. si quis prioris. 8. §. in illo. 4. C. de secundis nupt. ibique Bartol. Bald. & Salicet. l. ult. §. 1. vers. exceptis. C. qui potior. in pign. habeant. & d. l. cum oportet. 6. §. ult. C. de bonis, quæ liberis, &c. Negus. d. tract. de pign. & hypoth. memb. 4. secunda. part. princip. d. n. 14. & seq.* Dubia hic moveri solet quæstio: 65 an non solum patris, matris, tutoris & curatoris bona; sed etiam heredum illorum, tacite obligentur liberis, pupillis, & adolescentibus? Et plerique Interpretes obligari recte negant, hac ratione: quod ne expressâ quidem conventione obligatis bonis tutoris, patris, &c. continentur bona heredis propria. *l. Paulus. 29. in princ. ff. de* 66 *pignorib. & hypoth.* Multò igitur minus tacito tutoris, patris, &c. pignore bonorum, debent bona heredis propria contineri: cum plerunque minor sit vis taciti, quàm expressi, *arg. l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. l. si cert. pet. l. expressa. 195. ff. de reg. jur.* [illegible] *Dd. ad d. l. ult. Cod.* 67 *qui potior. in pign. hab.* Neque adversatur *l. properandum. 13. §. fin. Cod. de judic.* ubi fit mentio heredum. Quia jam supra *num. 55.* monitum est: illum §. non agere de pignore, neque expresso, neque tacito. Proindeque male quidam argumento illius §. planè à nostra quæstione alieni, contendunt; quod bona heredum tutoris vel curatoris propter pupillo vel minori tacite obligentur. *Sed et de Negusantium id paulo fusius explicantem d. membr. 4. secunda part. prin. n. 11 p. 97. & seq.*

68 Contemplatione rei, tacita hypotheca datur in causa dotis, ex utroque latere, videlicet tam ex parte mariti, pro restitutione dotis. *§. fuerat. 29. vers. sed & tacitam. Inst. de Action. l. unic. §. 1. Cod. de rei uxor. act. l. in rebus. 30. C. de jure dot. c. ex literis. 5. §. mandamus. ext. de pignoribus.* quàm ex parte mulieris, pro ipsa dote præstanda. *d. l. unic. §. 1. ibi, pro ipsa dote præstanda. item ibi, dederint vel promiserint. C. de rei uxor. act.* Ratio, cur tacitum hoc pignus doti sit indultum, videtur potissimum duplex. Prior: quia in pactis & instrumentis dotalibus olim solebat plerunque pignus pro dote nominatim ac expressè adjici. *l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff. de donationib. inter vir. & uxor. l. 1. ff. qui potior. in pi-* 69 *gnore, vel hypoth. habeant.* Ea autem, quæ sunt moris & consuetudinis; tacite in bonæ fidei judiciis, ut est actio de dote, recluduntur. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de aedilit. edict.* Altera ratio est: quia in causa dotis Ipse [illegible] æquum bonum, id est, æquitas naturalis, 70 *l. eas obligationes. 8. ff. de capite minutis.* At contra æquitati naturalem esset, dotem vel datam non restitui, vel non tradi, [illegible] promissam duntaxat, non dari: maximè 71 cum dotis causam ubique præcipuam esse, Reipublicæ interesse. *l. 1. ff. solut. matrim. Kupschildt. d. exercit. Acad.* [illegible] *7. p. 179.* Cæterùm D. Obrechtus existimat, rationem hujus juris positam esse in singulari favore, quo Legumlatores mulieres sint prosecuti. *Disput. 15. thes. 172.*

72 Porrò hic aliquot utiles & pulchræ quæstiones exutiendæ veniunt. Prima est: an privilegium tacitæ hujus hypothecæ locum habeat in augmento dotis? ut nimirum pro eo etiam bona mariti obligata censeantur? Et obligata censeri, constat ex *Novell. 97. de æqualitate do-* 73 *tis, &c. cap. 2.* Hujusque ratio est: quia augmentum dotis ejusdem est juris, cujus ipsa dos, cum sit pars dotis. *l. etiam si non dotem 8. C. de jure dot. Sichard. in l. assiduis. 12. n. 22. C. qui potior. in pignore habeant. Itaque de re copiosè Jason. ad rubr. ff. solut. matrim. Negusant. in tract. de pignorib. & hypoth. 4. membr. secunda part. princip. n. 64. & novissimè Berlichius conclus. pract. lib. 45. de prælat. dot. num. 28. & seq. part. 1.*

74 Secunda quæstio est: num hoc taciti pignoris privilegium uxori competat etiam pro bonis paraphernalibus sive receptitiis, per maritum administratis? Et competere, Interpretes plerique ajunt, si modò illæc bona maritus administraverit. *Bart. & Baldus in l. ult. C. de pact. conv. per illum text. Jason. in § fuerat. 29. n 41. ibid. Zasius n. 16. infr. de action. Joh. Compegius in tract. de dot. 1. part q 8. Alex. consil. 36. lib. 6. Salicet. in l. assiduis. 12. §. ult. C. qui potior. in pign. habeant. Negus. d. membr. 4. secunda part. n. 63. Covarruv. lib. 1. variar. resol. c. 7. n. 1.* ubi hanc opinionem communem dicit, eamque sequi testatur Dominos Camerales, testatur Mynsingerus *centur. 5. obs. 4. n. 3.* Item, *post alios,* statuit Berlichius *d. p. 1. c. n. 165. n. 63. & seq.* eumque laudans D. Besold. *vol. 4. consil. 191. n. 5. cum seq. fol. 278.* Sed hæc opinatio à veritate juris prorsus aliena, adeoque dicendum videtur: pro bonis paraphernalibus, quæ scilicet præter dotem ad mulierem pertinent, uxorem non habere pignus tacitum in bonis mariti: tum quòd lex, quâ tacitum hoc pignus est inductum, de dote tantum agat: tum quod nullum dotis privilegium ad bona paraphernalia porrigatur. *Hacque sententia plausit* [illegible] *ex hs. §. in verb. obl. extr. de pignor. & Hunnio in res. ad Treutler. vol poster. disp. 24 th. 7 q. 53 p. 609.*

Nec obstat *d. l. ult. C. de pact. convent.* ubi in *vers. in autem minimè, &c.* Justinianus Imp. ita ait: *Ex præsenti nostra lege habeat hypoth. contra res mariti; ex quo tempus* 75 *res exegit.* Nam lex ista non de omnibus paraphernis, sed de una duntaxat paraphernorum specie, nimirum de nominibus sive obligationibus paraphernalibus disserit tractat, *ut ex principio legis evincit.* Quod igitur speciali casu est concessum, non debet protrahi ad omnia paraphernæ; præsertim cum bonis aliis propria ac specialis assignari possit ratio, quæ in reliquis paraphernis locum non habet. Ratio autem, cur ob nomina sive obligationes paraphernales marito tradita, Justinianus dederit uxori tacitum hypothecam, ex d. l. ult. hæc colligitur: quia pecunia, quam maritus ex hisce obligationibus agendo consequitur, facilè perire posset, ac dilapidari: quod non itidem de corporibus, maximè iis, quæ fiunt soli, sive prædia, dici poterit, *argum. l. quod vero. 14. & seq. ff. de legibus.*

Tertia quæstio est: utrùm hoc jus taciti pignoris sibi 76 vindicet quoque locum in donatione propter nuptias? Et vindicare vulgò receptum est, *arg. l. ubi adhuc. 29. ibi, res quas sibi supposita pro dote & ante nuptias donatione, &c. C. de jure dot. Baldus ibidem in princ. column. vers. sic. item quæro, &c. Innocent. Panormitan. & alii in d. c. ex liter. 5. ext. de pignoribus Jason n. 40. & Zasius n. 14. in d. § fuerat 29. infr. de action. Covarruv. d. lib. 1. var. resol. cap. 7. num. 1. vers. eadem pacto. & Negus. in d. membr. 4 secunda part. princip. n. 64. & seqq. & Mynsinger. d. cent 5. obs. 4. n. 4. ubi hanc sententiam in Camera approbatam esse, asserit.* Verum & illam opinionem vix jure sustineri posse, reor: tam quia Justinianus, taciti hujus pignoris auctor, tantum de dote loquitur, *d. l. un. §. & ut plenius. 1. Cod. de rei uxor. act. d. §. fuerat. 29. infr. de actionum.* Multa autem dotium singularia sunt in jure, quæ ad donationem propter nuptias non pertinent, ut est ipsum ius prælationis, *d. l. assiduis. 12. §. hæc autem. 2. C. qui potior. in pign. habeant.* Tum quia hoc jus taciti 77 pignoris datum est uxori, ut ipsius doti ratio sit prospectum, *d. l. unic. §. & ut plenius. C. de rei uxor. act.* hoc est, ut ne in damnum incidat: [illegible], ut matrimonio soluto; dotem suam habeat salvam. At in donatione propter nuptias mulier non de damno, sed de lucro est: Illa ita: pro quo lucro, inquit Justinianus non sovemus mulieres: sed ne damnum patiantur, hujusque rebus desudentur, curamus. *d. l. assiduis. 12. §. hæc autem. in pr. C. qui potior. in pign. habeant.* Tum quia jura singularia, ut est hoc taciti 78 pignoris, non debent porrigi ad consequentias. *d. l. quod vero. 14. & seqq. ff. de legibus.*

Nec adversatur *d. l. ubi adhuc. 29. in princ. C. de jur. dot.* 79 ex qua Doctores communiter evincere conantur: uxorem habere mariti bona tacite obligata etiam propter donationem ante, vel propter nuptias. Etenim ea non agit nominatim de tacita, sed generaliter de hypotheca. At 80 generalis oratio non est interpretanda, ut vitio careat, sicque non pugnet cum jure, aut ratione legum. *l. in ambigua. 19. ff. de leg. l. 3. & l. cum in testam. 24. ff. de reb. dub.* Potest igitur, imò debet *d. l. ubi. 29. C. d. jur. dot.* accipi de hypo-

Digitized by Google

hypotheca expressa: tum quòd alias pugnaret cum rationibus iuris modò allatis:tum quòd constitutio *dictæ l.ubi.* edita est ab Imp. Justiniano, anno Imperii sui secundo: sed pignus hoc tacitum dotis idem Imperator anno demum Imperii sui quarto introduxit,ut perspicuum est ex subscriptione Consulum *in d.l.ubi. C.de jur.dot.* & *d.l.un. C.de rei ux.act.* & *iis*, *quæ docuimus supra in prolegomenis*
81 *harum Institut. n.* 4. & 8. Similiter nihil movet, quòd donatio propter nuptias comparetur doti. *Novell.* 97. *de æqualit. dotis*, &c. Licèt enim in quibusdam, putà in modo sive quantitate, doti donatio propter nuptias comparetur, *d. Novell.* 97. attamen in plerisque hanc ab illa differre, apparet *ex d. l. assiduis.* 12.§.*penult.C. qui potior. in pign. habeant.* Et ab hac, tanquam veriori sententia, non abhorrent *Dynus* & *Gomezius num.* 39. *in d.* §. *fuerat.* 29. *infr. de actionibus. itemq. glossa. in d. c. ex literis.* §. *super verb. obligata.ext. de pignorib. Vide Hunnium d. resolut.ad Treutler.vol.poster.disput.*24.*th.*7.*q.*53 *f.*609.

82 Quarta quæstio est: nunquid pro alimentis etiam hoc privilegium taciti pignoris competat uxori in bonis mariti? Et competere, affirmant Doctores non pauci. *Bartolus, post Jacobum de Arena, in l. si cum dotem.*22.§. *fin autem in sæviss.mo.*8.*n.*7.*ibique Raphael*, & *Alexander. ff. solut. matrim. Bald. in d. l. unic.* §. & *ut plenius. C. de rei uxor. act. Speculator. in tit.de donationib. inter vir.* & *uxor.* §. *fo matis vers. sed nunquid bona viri.* &c. *hosque referens Neguzantius d. tract. de pignoribus.* & *hypoth. membr.* 4.
83 *secunda.part. princ.n.*47. & *seqq.* Hique præsupponunt, maritum uxori alimenta debere: de quo tamen non immeritò dubitari potest, *argum. l. si convenerit.* 4. *in fine. l. si pater.* 12. §. 1. *l. quidam.* 22. *l. inter.*26. §. *convenit.* 3 *ff. pactis dotalib. l. mutu.*73. §. 1. *ff. de jure dot.* Sed hoc posito, non planè concesso: haud satis justa videtur subesse ratio, cur privilegium hoc doti datum, ad ali-
84 menta sit extendendum. Siquidem horum multis in rebus diversum jus esse constat: & quod specialiter doti est indultum, propter utilitatem Reip. cujus interest, dotes mulieribus salvas conservari. *d. l.* 1. *ff. solut. matrimon.* non statim ad alimenta produci solet, *argument. d. l. quod verò.*14. & *seqq. ff. de legib.* Quare nonnulli distinguunt inter alimenta, uxori debita constante, & debita soluto matrimonio: ut ad illa quidem pertineat hoc jus tacitæ hypothecæ, ad hæc non item. *Paul. de Castro,*
85 *consf.* 8. Nec Bartoli & sequacium traditio juvatur textu *in l. Lucius.* 18. *ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab.* ex qua colligitur; cum, qui in sorte est potior, esse etiam in usuris potiorem: ac proinde mulierem non solùm ob ipsam dotem, sed etiam ob alimenta habere jus tacitæ hypothecæ: quoniam ut usuræ sortis, ita alimenta dotis accessio censentur. Nam ut omnis ferè similitudo claudicat; ita & hæc usuræ atque alimentorum comparatio lubrica reputatur; cùm non satis liqueat, dote datâ marito, ex eo protinus ipsum uxori alimenta debere, *ut paulo ante monstrum.* Præterea jus hoc tacitæ hypothecæ est singulare in dote: ac propterea non temerè ad consequentias porrigendum, *sæpe allegata l. quod verò.* 14. & *ll. seqq. ff. de legibus.* Atque hanc olim comprobarunt sententiam *Gulielmus de Suza.* & *Joan.Ross de Parma, prout eos citat Bartolus loco supra designat.*

86 Quinta quæstio est: ecquid pro pretio rerum dotalium concedatur uxori hoc tacitæ hypothecæ privilegium? Fingeres quasdam dotales rectè ac licite venditas à marito, & pretium earum marito solutum ad alios, quibus ille forte ssis debebat, pervenisse: annè hoc quoque casu huic pre-
87 tio pignus illud tribuatur? Et tribui, non sine speciosa ratione Doctores statuunt, quia, inquiunt, pretium succedit id locum rei, præsertim universalis, hereditariæ peculii, dotis *l. si rem* & *pretium.* 22. *ff. de heredit. petit. Accurs. in l. Labeo* & *Sabinus.* 14 *super verb. ignorans. ff. de verborum significatione. Francisc. Aretin. in l.* 1. *colum.* 3. *ff. solut matrimon. Neguzant. d. membr* 4 *secunda part. princip. num.*57. & *sequentib.* At sententia illa hæc libertati & commerciorum adversari videtur. Quis enim vellet contrahere cum marito, sive quippiam ab eo emere? Et perquam grave esset creditori, cui debetur à marito, & quid solvitur, si illud ipsum jam tacitè uxori teneretur.

Proinde ego hoc privilegium ad pretia rerum dotalium, maximè si ea jam creditoribus sint soluta, non pertinere, veriùs esse existimaverim. Sibi quippe mulier quæ rerum dotalium alienationi consentit, si quod emersit damnum, imputare debet. Nec omninò verum creditur, 88
quod Interpretes nonnulli jactant: in omni re universali pretium succedere loco rei. Id enim tantum dicitur de rei hereditariæ possessore, qui eam rem vendidit, & pretium inde recepit: quandoquidem æquitas suadet, ut possessor nihil lucretur ex re aliena, id est, hereditaria: sed ut heredi restituat vel rem ipsam; vel si eam vendidit, id quod ex venditione lucratus est, hoc est pretium. *d. l. si* & *rem.* 12. *ff. de heredit. petit.* Hoc igitur casu dicendum: pretium quidem ipsum rei dotalis non esse obligatum: sed pro pretio nihilominus bona mariti tacitè obligata censeri. *Ita tenere videtur Bartolus consil.* 124. *vol.* 1.

Sexta quæstio est: an jus tacitæ hypothecæ habeat e- 89
tiam locum in dote cauta, & non numerata; quæ vulgò confessata, seu magis Latinè confessa appellatur: de qua scilicet per solam mariti confessionem constet, & quam maritus se accepisse nunc neget? Atque probabiliorem eorum puto esse sententiam, asserentium: privilegium hoc tacitæ hypothecæ, in dote confessata, nullum sibi vindicare locum. Hoc namque privilegium ideo est introductum, ut sua uxori salva & integra dos conservetur. Quæ si nulla data est, sed cauta tantum & promissa: 90
iniquum profectò foret, pro lucro fovere uxorem, quæ nullam revera dotem dederit, *argum. d. l. assiduis.*12. §. *penult. in fin. Cod. qui potior. in pign. habeant.* Sed & Justinianus *in d. l. assiduis.* 12. §. 1. *vers. cum enim in personalibus. ibi, si tamen re ipsa fuerint parti mariti data*, &c. veram desiderat dotis traditionem: ac proinde non spectandum est,quid confessus sit maritus, vel quid scriptum: sed quid actum & traditum fuerit. In contractibus siquidem rei veritas potius, quàm scriptura perspici debet: *ut rescripserunt Impp. Valerianus* & *Gallien. l.* 1. *Cod. plus valere, quod agitur, quam quod simulatè concipitur. Mynsing. cent.* 1. *observ.* 61. *Covarruv.lib.* 1.*resolut.cap.*7.*num.*4.

Hancque sententiam non jugulat; quòd ex scriptura 91
mariti, seu ex confessione ejus, quæ fit per quietantiam, dos habeatur pro numerata, & numerata satis probetur: cùm manifesti juris sit: quòd privata scriptura faciat probationem contra scribentem, ejusdemque heredibus præjudicet. *l. scripturas.* 11. *Cod. qui potior. in pign. habeantur.* Etenim licet alias privata scriptura, causam obligationis continens, contra debitorem, ejusdemque heredes probet: excipitur tamen causa dotis. Quia sæpe contingit, ut generi dent soceris suis cautiones vel quietantias de dote soluta seu numerata, quasi eam acceperint, habentes fidem soceris, quam tamen non acceperunt. Tunc isti generi, non obstante tali scripturá, quâ sunt confessi, se accepisse dotes, possunt ad dotem agere: &, si excipiatur à socero de solutione, & ad hoc proferatur quietantia; potest replicare gener de non solutâ, vel non numeratâ dote. Et ideo tenetur socer, non obstante illa scripturá, probare, dotem esse realiter numeratam. Quam tamen exceptionem sive replicationem habent generi ad certum tempus nimirum intra annum, vel etiam tres menses, prout diu duraverit matrimonium. *l. in dotib.* 3. & *Auth. seq Cod. de dote cauta, non numerata.* Hinc igitur patescit; speciale hoc esse in scriptura; qua quispiam dotem se accepisse confessus est; quòd contra scribentem & confitentem non probet. Ita, *post Salicet. in d. l. script.* 11. *n.* 3. *C. qui pot. in pign. hab.* tradit Hunnius *in resol.ad Treutler. vol poster. disput.*24 *th.* 7 *q* 52 *p.*608.

Similiter nostræ non adversatur sententiæ: quòd si 92
privilegia dotis locum non haberent in dote confessata; hodie parùm admodum operarentur: cum sæpenumero dotes dentur, non adhibitis multis testibus: ita ut non semper possit probari talis numeratio: sed plerunque ad hoc fiant instrumenta, quibus maritus confitetur, se accepisse dotem. Si ergo dos confessionata non habet privilegia dotis: paucæ sanè dotes ampliùs privilegiatæ invenientur: sicque favores atque privilegia dotium

Digitized by Google

dotium angustissimis terminis concludentur: cùm tamen
ea ampliari potiùs quàm restringi oporteat. *c. odia. 15. de
regul. jur. in 6. l. in ambiguis. 70. ff. de jur. dot. & l. in ambi-*
93 *guis 85. ff. de reg. jur.* Non, *inquam*, illud adversatur.
Quandoquidem experientia ipsa satis superque comproba-
tum reddit, quòd hodie numeratio dotis ut plurimùm,
testibus præsentibus, fieri soleat. Præterea verum qui-
dem est, quòd privilegia, præsertim dotalia, utpote in
summo gradu favorabilia, potiùs sint amplianda, quàm re-
stringenda: sed hoc in dubio solùm procedit. Ast in pro-
posito claram & expressam habemus definitionem: quòd
nempe ita demum privilegia dotis locum habere debeant,
si dos reipsa fuerit numerata: id quod de confessionata,
utique asseri haud potest, *prout ex prædictis apparet.* De-
94 nique ita demum extendenda sunt privilegia, si eorum ex-
tensionem constitutiones, & leges; quibus deferuntur, ad-
mittant: alioqui non oportet nos esse clementiores lege,
arg. l. perspiciendum 11. ff. de pœnis. Nec profectò dici
poterit: stante sententia nostra, privilegia dotalia a nobis
coarctari: cùm ipsa lex ea ad verè numeratam dotem per-
spicue restringat. *Hunn. d. quæst. 52. vers. id circo nullo tem-
pore, &c pag. 109.* Cæterùm istam quæstionem amplis-
simè, licet satis confusè, prosequuntur *Baldus Novell. in
tractat. de dote part. 10. privil. 1. num. 4. cum seqq. Angel.
Aretin. in §. fuerat. num. 13. & seqq. infr. de actionib. Ne-
gusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. 4. membr. secundæ*
95 *part. princ. num. 70. aliique per hunc allegati.* De eadem
quæstione videantur quoque Bachovius *in tract. de pign.
& hypoth. lib. 4. c. 13. num. 1. pag. 234. Buther de jure præ-
lat. c. 35. Gail. lib. 2. obs. 81.* ibique Græverus Rauchbar.
lib. 2. quæst. 20. hosque referens Dn. Collega Besoldus *in
delibatis jur. ex lib. 23. ff. quæst. 9. pag. 83. cum seq.* & Knip-
schildt. *d. exercit. Acad. 5. q. 7. pag. 120.*
96 Septima quæstio est: num hoc tacitæ hypothecæ privi-
legium, quod uxori, modò non sit hæretica (quia huic &
hoc, & alia dotis privilegia meritò denegantur. *Novell.
109. & Auth. item privilegium. C. de hæretic.*) compete-
re diximus, sponsæ quoque in bonis sponsi competat,
Et inter sponsam per verba de præsenti, & sponsam per
verba de futuro, rectè distinguitur: ut videlicet illi, non ita
huic, privilegium istud accommodetur: propterea quòd
illa pro uxore habeatur; hæc verò non sit loco uxoris. *Sed
vide Bartolum & alios ad l. 2. (in Gothofredi corpore est l.
quæsitum. 17. ff. de rebus auctorit. jud. possid.) § si sponsa. 1. ff.
de privileg. creditor. & Negusant. prædicto membr. 4. secun-
dæ part. princip. num. 71. & seq.* Nec refragatur huic asser-
tioni, quòd ante matrimonium dos non intelligatur. *l. fin.*
97 *C. de donationibus ante nupt.* Nam illud quidem non ne-
gamus: sed hic matrimonium intervenisse dicimus: cùm
sponsalia de præsenti à verò matrimonio non differant,
*argument. l. nuptias. 30. ibique Decius. ff. de regul. jur. l.
penult. in fine princ. ff. de donat. inter vir. & uxor. & plu-
ribus demonstratum ad rubric. tit. supr. de nupt. num. 5. &
seq.* Deinde observandum: quòd licet ante matrimo-
nium propria & vera dos non censeatur: tamen dos pu-
tativa reputetur, in qua privilegium tacitæ hypothecæ lo-
cum obtinere, *post alios* docent Sichardus *ad d. l. assiduis.
12. num. 23. C. qui potior. in pign. habeant* & Hunnius *d.
resolut. ad Treutler. volum. poster. Disputat. 34. thes. 7.
quæst. 50. & 51. pag. 604. cum seqq. ubi fusius ea de re Di-
sputat.* ibique videatur quoque Bachovius *pag. 616. vers.
etiam in sponsa, &c. & in d. tract. de pignoribus & hypothec.
lib. 4. cap. 13. num. 4. pag. 336.*
98 Octava quæstio est: an jus hoc tacitæ hypothecæ here-
di uxoris concedi debeat? Et debere, non ineptè statuitur:
quoniam illud jus potius rei, id est, conservandæ doti sive
actioni dotis, quàm personæ mulieris datur. *l. unic. §. & ut
plenius. 1. ibi, ita & in hujusmodi actione damus ex utroque
latere hypothecam. Cod. de rei uxor. act. Bartol. in l. 27. ff.
solut. matrimon. Bald. Novell. d. tract. d. dot. part. 12. num. 6.*
99 Alioqui notum est, privilegia personalia ad heredes non
transire, *l. privilegia 196. ff. de regulis jur.* Et isthæc
quoque ratio est, cur hoc taciti pignoris jus non modò in
heredem, de quo jam dictum: sed etiam in cessionarium,
100 id est, in eum, cui dotis actio cessa fuerit, transeat. Est
enim pervulgare Interpretum pronunciatum: quicquid
est transmissibile ad heredem, etiam cessibile est, sive re-
gulariter cedi potest, & in cessionarium transit. *l. ex pluri-
bus. 42. ubi Dynus, Bartol. & alii. ff. de administrat. &
peric. tutor. Bald. in rubr. C. de novo Cod. compon. in fin. &
in l. 1. C. de privileg. dot. Tiraquell. in tract. du retraict. li-
gnag. §. 26. glos. 1. num. 27.* Est quippe hoc pignus taci- 101
tum sequela, & velut pedissequa actionis de dote: ac pro-
inde eam comitatur, in eumque transit, in quem actio,
ut in heredem, & in cessionarium ipsius mulieris, *argum.
l. emptori. 6. & l. venditor. actionis 23. ff. de heredit. vel act.
vendit. Negusant. d. tractat. de pignoribus & hypoth. 4.
membr. 2. p. princip. num. 30. & seqq. Vide tamen Hunnium
d. resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24. th. 7. quæst.
49. pag. 600. & seq.*
Nona quæstio est: an & jus tacitæ hypothecæ compe- 102
tat patri uxoris, vel alii, qui dotem ipsam dederit? Et de
patre plerique Interpretes ita distingunt: ut, si suo no-
mine agat ad dotem, ei non competat; si nomine filiæ
agat, tum competat. Itaque alteri, id est, fratri aut ex-
traneo dotem danti jus istud competere, iidem ne-
gant: & rectè negant. Licet enim jus hoc datum dicatur
actioni dotis. *d. l. unic. §. 1. Codic. de rei uxor. act.* actio au-
tem ad repetendam dotem datur non solùm uxori, aut
patri interdum, tanquam legitimo administratori; verùm
etiam extraneo, qui dotem sibi reddi, soluto matrimonio
stipulatus fuerit: non tamen ipsa dotis actio huic extra-
neo competit; sed actio ex stipulatu, cui hoc privilegium
non est datum. Hæc siquidem ex stipulatu actio respe- 103
ctu mulieris duntaxat, non item ratione extranei, bonæ
fidei censetur, *ut fusius expositum est in §. fuerat. 29. num.
4. & seq. infr. de actionibus, illaque de re videantur Barto-
lus, Angelus, Imola & Alexander. in l. post dotem. 40. ff.
solut. matrimon. bosque citans Negusantius d. membr. 4.
secundæ partis princip. num. 34. & 35.*
Decima & ultima quæstio est: utrùm patris quoque 104
bona, pro dote filio suo, quem in potestate habet, data, ta-
citè obligata intelligantur? Et intelligi obligata, non insul-
sè aliquis dixerit. Dotem namque filiofamilias datam, ut &
onera, patri per filium quæri, certum est, *argument. l. 1. in
pr. ff. si à parent. quis manumiss. sit. l. placet. 79. ff. de acq. vel
omitt. her. l. 2. Cod. de patr. potest. & tot. tit. supr. per quas pers.
cuique acquirit.* Dos quippe ibi esse debet, ubi onera 105
matrimonii sunt, auctore Paulo *in l. si is, qui Stichum.
56. §. 1. ff. de jure. dot.* Pater etenim filiumfamilias,
quantumvis maritum, alit; & matrimonii non modò sui,
sed etiam filii sui onera sustinet, jure nostro civili; quo
turpe videtur, filiumfamilias licet maritum seorsim habi-
tare, & separatam à patre familiam instituere. Mortuo
autem patre onera matrimonii, & per consequens dotis
etiam emolumenta ad filium recidunt. *dict. l. si is, qui.
56. §. 1. ff. dict. tit. l. si filia. 20. §. hoc amplius 2. ff. fa-
mil. erciscund.* Cæterùm moribus non modò Germaniæ
nostræ, sed omnis ferè Europæ aliud jus est receptum;
nempe ut ipsum filiumfamilias maritum statim & onera
matrimonii, & uxor, & liberi, & propterea dotis quoque
commoda sequantur. Ideoque probabilius arbitror, mori-
bus & consuetudine totius Europæ bona patris pro dote
filio data haudquaquam obligari: cùm iniquum sit, pa-
trem nomine dotis, ex qua nihil emolumenti percipit, o-
nerari, *argumento l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur.*
Et tantum de causa dotis.
Præterea contemplatione rei, in causa legatorum & fi- 106
deicommissorum Imp. Justinianus legatariis & fideicom-
missariis, in bonis testatoris tacitam hypothecam & pigno-
ris persecutionem concessit. *l. 1. Cod. communia de legat.
§. sed olim. 2. suprà de legatis.* adjuvandæ scilicet ultimæ
voluntatis gratia, ut omnibus modis ei satisfieret. *dict.
l. 1. versic. si enim testator. &c. Codic. commun. de legat.
Donell. in tract. de pignoribus cap. 5. pag. mihi 111. D. Ob-
recht. Disput. 15. thes. 128. Treutler. Disput. 1. thes. 4. lit. L.
volum. 2.* Quæri solet de donatione causa mortis: an- 107
& ea nomine legati hic contineatur? Et quamvis illa alias
legatis comparetur. *§. 1. supr. de donationibus l. 2. ibi, ad
exemplum legatorum. ff. de Public. in rem act. l. Marcel-
lus 15. in fin. l. etsi debitor. 17. ad fin. & l. illud. 37. in princip.
ff. de mortis caus. donationib.* tamen in hoc quoque inter

Digitized by Google

cætera differt, quod tacita hypotheca inducta pro legato, non censeatur inducta pro donatione causa mortis, hac ratione: quod *in dict. l. 1. Cod. commun. de legat.* qua lege pignus hoc tacitum ob rem legatam inductum est, nulla donationis causa mortis mentio reperitur. *Angelus Aretin. in princip. Institut. de donationibus Alexander & alii in l. 2. ff. de legat. 1. hosque laudans Negusant. in tractat. de pignoribus & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 162* Accedit & hæc ratio: quòd pro donatione causa mortis pignus esset inutile. Cur ita? quia donatio causa mortis ita fit, ut res statim donatario detur. *l. 2. & l. inter mortis. 38 ff. de mort. caus. donationibus.* At res legata non statim, sed demum post mortem, & aditam hereditatem,
108 legatario ab herede præstatur. *§. 1. supr. de legatis.* Porrò in hoc tacito legatorum pignore primum id observandum quòd heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacitè obligata reputentur. *arg. d. l. 1. vers. cum enim non aliter. ibi, in rebus, quas à testatore consecutus est. C. communia de legat. ibique circa finem Bartolus.* Et dicit Angelus ab Aretio *in v. 1. supr. de legat. num. 5.* quòd in teneris suis annis, dum esset Doctor novellus, & vellet practicare contrarium succubuerit. Ubi tamen advertendum monet; quòd si post sex menses a die mortis defuncti & aditæ hereditatis, heres legatum non solverit: tunc ad instantiam legatarii immissio in bonis heredis pro legato fieri possit: & per talem immissionem pignus prætorium constituatur. *l. certa 6. Codic. ut in possessionem legator. vel fideicommissor. servandor. caus. mittatur. ibique Baldus & Salicetus.*

109 Deinde notandum: quòd pignus hoc tacitum non in bonis, jam à testatore aliis personis legatis, sed in reliquis duntaxat rebus locum habeat. *Verbi gratia*: testator mihi domum; tibi fundum legat. Pro meo legato domus, non est obligatus fundus, tibi legatus, quamvis à testatore veniens; sed cætera tantum defuncti bona, nemini legata, *argumento l. si fideicommissarium. 11. ff. ut in possess. legat. &c.* Ratio autem, cur pignus illud tacitum in bonis, à defuncto aliis legatis non obtineat, hæc assignari potest: quia bona à se legata testator omnia his, quibus ea legavit, vult præstari, & omnium horum nomine legatorum, ut certiùs præstentur, Justinianus pignus hoc tacitum induxit. Plane si testator, quod uni legavit, idem quoque alteri per fideicommissum relinquat, sive si à legatario relinquat alicui fideicommissum: jam ipsa quoque res legata, pro hoc fideicommisso obligata erit: eo quòd hoc casu res legata jam semel legatarii esse cœperit. *d. l. 1. vers. & hac dispositione. C. commun. de legat.*

110 Disceptant Interpretes: an testator tacitam illam hypothecam, pro legatis introductam, testamento remittere aut prohibere possit? Et posse, ait Accurtius *ad l. 2. ff. ut in possess. legatorum. &c. Bartolus ibidem, Baldus & Salicetus. Idem Bartol. & Alexand. in l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1.* Et hanc opinionem magis communiter Doctores sequi, testatur Negusantius *d. tractat. de pignoribus & hypoth. 4. membr secundæ part. princip. num. 161.* Verùm contraria Cyni *in d. l. 2. ff. ut in possess. legator. &c.* sententia mihi magis probatur, hac ratione: quia tacitum hoc pignus lege & constitutione Justiniani Imperatoris inductum, concessum est legatis. *d. l. 1 C. communia*
111 *de legat.* Atqui contra legem testator nihil quidquam
112 ordinare potest. *d. l. nemo potest. 55 ff. de legat. 1.* Insuper in hoc tacito legatorum pignore & illud, ut singulare, observandum venit: quòd inter heredes dividatur. *d. l. 1. in fine. C. commun. de legat.* Nam alioqui jus pignoris individuum esse, patescit ex *l. rem hereditariam 65. ff. de evictionibus l. 1. & 2 C. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris, &c.* Ratio autem hujus juris singularis hæc redditur: quia hoc pignus non tam est hereditarium, quàm rebus jam divisis inter heredes primùm impositum, atque ita cum ipsa rerum hereditariarum divisione constitutum censetur: & proinde non tenetur heres, nisi pro re, quam ex divisione accepit. *Dn. Obrecht. Disputat. 15. thes. 130. & seq. Vide eadem de re Negusantium d. membr. 4 secundæ part. princip. num. 160.*

113 Denique respectu rei, Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus tacitum insulæ creditori datum est, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit. *l. 1. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. si ventri. 24 §. 1. ff. de reb. auctorit. judic. possidend. Mynsinger. cent 1 observat 60. & respons. 15 num. 1 & 5. de. aa. 2* Ratio hujus Senatusconsulti non 114
obscura est: quia domorum sive ædificiorum restitutio ad decus & ornamentum Reipubl. pertinet: cujus interest, urbem ruinis non deformari. *l. 2. §. si quis nemine 17 & l. ult ff. ne quid in loc. public. l. prætor. ait. 20. & hoc interdictum. 10 ff. de operis nov. nunciat. l. præses. 7 ff. de offic. præsid l. 1. ff. de tigno juncto l. 2 C. de ædific. privat l. præscriptio. 6. Cod. de operib. public.* Hocque taciti pignoris jus 115
porrigitur etiam ad eum, qui redemptori operis, (hoc est, ei qui ædificandam domum conduxit. Nam hi propriè redemptores, & ἐργολάβοι operum susceptores dicuntur. Et ita hoc verbum accipitur *in l. redemptores. 39 ff. de rei vindicat. & l. ea lege 51 §. 1 ff. locati conduct.*) domino mandante nummos subministravit. *d. l. 1 in fin. ibique Joan. Mercer, num. 5. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. d. l. si ventri. 24. §. 1. ff. de reb. auctorit. jud. possid.* Quoniam paria sunt: domino ad ædificii restitutionem mutuam pecuniam dare, vel alii ejus jussu, in eam causam *per pr. tit. infr. quibus mod. tollit. obligat. l. solutum. 11 §. solutam. 5. ff. de pignorat. act. Donell in tract. de pignoribus cap. 5 pag. mihi 111 D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 134.* Porrò nimis superstitiosi sunt illi, qui id, quod de restitutione ædificii dictum est, negant habere locum in ejusdem refectione, cùm tamen verbum (*restituendi*) ambiguum sit, & sub eo refectio quoque rectè comprehendatur. Neque sanè ratio ulla diversitatis dari potest: quin potior videtur esse is, qui efficit, ne ædes ruituræ procumbant, quàm qui curat, ut jam collapsæ restituantur. quemadmodum *contra Cujacium & Hunnium* bene sentit Bachovius *in tract. de actionibus. Disputat. 3. ad thes. 34 pag. 103. & in tractat. de pignoribus & hypoth. lib. 1. cap. 12. pag. 51 & seqq.* Adde Davidem Doringium *in bibliotheca Jurisconsultorum, tom. 1. verb. ædes. num. 583. fol. 901. & sequente.*

Sed frequens est & dubia inter Doctores quæstio: an sic- 116
uti is, qui nominatim ad domus restitutionem seu refectionem pecuniam credidit, tacitæ hypothecæ privilegium habeat, *juribus superius allegatis*: ita etiam illi, qui in navem, aliamvè rem extruendam vel emendam nummos mutuò dedit, tacitum pignus constituatur? Et constitui, Interpretes veteres plerique affirmant, *Accursius & Bartolus, horumque asseclæ in l. interdum. 5. ff. qui potior. in pignor. & hypothec. habeant. Negusant. d. membr. 4. secundæ part. princip. num. 162. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. c. 7. num. 2. Vanderanus in tractat. de privileg. creditor. c 8. aliique relati ab Hackelmanno illustrium quæstion. Disput. 12 thes. 6. ad lit f. in fine.* Quibus assentiri quoque videntur *Balduinus in Commentar. de pignoribus & hypothec. cap. 7. Meyrerus in tractat. de pignorib. & hypothec lib. 2. tit. 20 Arumæus Disp. 14 ad leges præcip ff. th. 7 pag 209 & Vultejus lib. 1. Jurisprud Roman. cap. 34. num 19* At quicquid illi dicant: negantium sententia mihi verior videtur, *per textum in l. quamvis. 17. C de pignorib. & hypothec* ubi ita rescriptum est: *Quamvis ea pecunia quam à te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium, tamen nisi specialiter vel generaliter hoc obligaverit, tuæ pecuniæ numeratio in causam pignoris non deduxit.* Hucque valde confert, quòd tacitum pignus speciali Senatusconsulto nominatim concessum est ei, qui in domus restitutionem nummos credidit. *d. l. 1. ff. in quibus caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit.* Nulla autem speciali portione juris idem jus tributum est cæteris, qui vel in navem instruendam, vel aliam rem comparandam, nummos crediderunt. Non ergo idem de hisce creditoribus statuen- 117
dum est: quippe cùm privilegium taciti pignoris non nisi legibus nominatim constituatur *d. l. 1. & tot. tit ff. & Cod. in quibus caus. pign & hypothec. &c. l. 1. ibi, hypothecariam ab ipsa lege induci. Codic. commun. de legat. l. unic § 1. Cod. de rei uxor. act. l. cùm oportet. 6. § ultim. Codic. de bonis, quæ liberis. &c.* Adhæc diversa est ratio crediti ad restitutionem & refectionem ædificii, à credito ad refectionem sive comparationem alterius rei. Illic enim publica quædam versatur utilitas: ut ædificia integra sint,

Digitized by Google

sint,& bene composita,quibus pub[illegible] civitatis aspectus ornetur.d.l.2 Cod de ædific privat [illegible]. Aſt hæc ratio navi aliisque rebus [illegible] convenit.

118 Nec obſtat l.Interdum. [illegible] ff. qui potior in pignore, vel hypothec.h[illegible] ubi Ulpianus ait eum,qui in navem, vel aliam rem conſervandam credidit pecuniam, cæteris creditoribus,quibus eadem res prius obligata erat, eſſe in ea nave ſive re potiorem [illegible] pecunia ſalvam fecerit totius pignoris [illegible]. Nam non neceſſario concluditur: creditor, qui credidit in rem conſervandam, ſicque pecunia ſua ſalvam fecit pignoris cauſam eſt potior ergo habet pignus tacitum:quia poteſt habere expreſſum pignus. Siquidem & is, cujus pecunia res eſt empta,potior cenſetur. Novell 97. cap. 3. & tamen non habet tacitum pignus, ſed expreſſum, hoc eſt, ſi ita ſpecialiter convenerit,d.l quamvis. 7.C. [illegible] & hypothec. l. licet. 7 [illegible] qui potior. in pign. habeant. Atque ita ſentiunt Donellus [illegible] tract. de pignor. b cap. 5. circa finem. Connanus lib. 4. Commentar jur. civil cap 17. num. 12.cum ſeqq. Hotoman in Commentar ad titul in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. [illegible] Coll[illegible] Bocerus claſſ 2. Diſputat. 2.theſ. 64. [illegible] 2. Quibus adjiciantur Robertu. lib. 3. animadverſion jur. civil cap. 14 pag. [illegible] 320. Hartman. Piſtoris lib. 3. quæſt 15. Matth. Stephani cent.3 q. 3.D Obrecht d Diſputat. 15 theſ. 136.& ſeqq. Hackelman d. Diſputat. 12. theſ. 6. ad lit f. Mercerius in d.l [illegible] num. 4 & ſeqq.ff in quib cauſ pign. vel hypoth tacit. contrahit. Treutler. Diſput 23 theſ. [illegible] 1.& Diſput. 1.theſ [illegible] 2. Hunnius lib 3.var.reſolut jur. civil.tract.5.part.5.quæſt 6 pag 967. & ſeq. Bachovius in not.& animadverſ ad Treutler.volum 2 d.Diſput. 24. th. ult. lit. D. pag 623.& eqq. itemque D Beſold in delibatis jur. ex lib 20. ff. quæſt. 3 pag. [illegible] in deli[illegible] ex lib 41.ff. quæſt 17 pag 159 Eadem de re vide late diſſerentem Antonium Merenda[illegible] tur.cap 4 [illegible] 3 4. & ſeq. Atque hæc de neceſſario legitimo pignore, quod rei contemplatione inducitur, dicta ſufficiant.

119 Pignus prætorium eſt, quod magiſtratus auctoritate conſtituitur. l 1. [illegible] C. de prætorio pignore, &c. Idque fit vel in judicio, vel extra judicium: atque inde prætoriũ pignus duplex perhibetur, nempe pignus prætorium ſpecialiter ita dictum,& pignus judiciale. Vultej.lib.1 Juriſpr. Roman c.34 n.26 Neguſ in tr. de pign. & hyp.membr.2.& 3.tertiæ part.n 1 & 2 D Bocerus cl.2.Diſp 12 th 59.Mevr. in tract. de pignor & hypo hec. t num. 3 & t 2.Mozzius in tract. de pign.& hypothec. c 2. de diviſione pignor. num.4. & 24. Treutler. Diſput.1.theſ 3.lit b. & c volum.2 Bachov. in d. tr. de pignor & hypoth.lib.1.c 3.num. 4.Menoch.remed. 3. retin poſſ num. 2 [illegible] & remed. 12. recuperand.

120 poſſ. num. 17 & ſeq. Prætorium ſpeciale pignus, per miſſionem in poſſeſſionem, vel quaſi poſſeſſionem bonorum debitoris, ob non factam ſatisfactionem, aut contumaciam illius, conſtituitur. l. non eſt mirum. 26. ff. de pignoratit. actionib. l 3. verſ ſed & in poſſeſſionem. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. l. qui legati.5. C. ut in poſſeſſ. legator. d. l. 1. & 2. C. de prætor pignor. ibique Cujac in

121 Paratitl. & lib 5. obſervation. c 30. Judiciale autem cenſetur, quod in cauſa judicati, aut ſententiæ judicialis executione, ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, capitur. l. ſi & jure. 10 ff. qui potior in pign. vel hypoth. habeant. l. ſi plus. 74. § 1. ff. de evictionibus tot. titul. C.ſi in cauſa judicati pignus captum ſit ubi Cujacius in Paratitl. Vultejus d cap. 4. num. 29. D. Bocer. d. diſputat. 12. theſ. 60. & Treutler. d. D ſputat 1.theſ 3. lit.c. volum. 2. Ideoque non probanda videtur opinio Petri Vanderani in tract. de [illegible] credit cap 1[illegible] num. 7. Balduini in tractat de pignoribus cap 8 Donell. eodem tractat, c. 6. Arumæi exercit. Juſt n. 12. theſ 18. Connani libr.4. Commentar. jur. civil. cap. 16. num 1[illegible]. Heigii hic num. 21. & aliorum qui pignus prætorium & judiciale confundunt, ac unum prorſus idemque eſſe conten-

122 dunt. Ex iis namque, quæ modò allata ſunt magna inter prætorium & judiciale pignus differentia deprehenditur in eo: quod [illegible] conſtituitur ex cauſa judicati: illud vero edicto prætoris.d.l. poſt pignus 3. C. ut in poſſeſſ. legator. &c. Hinc natus pignus prætorium occupat ex

editcto. l 2.& 3.C qui potior.in pign. hab. de capiendo pignore nihil edicto comprehenſum eſt. Fit enim extra ordinem pignoris capio. l. ſi pignora. 50. & d. l. ſi plus. 74 § 1. ff. de evictionibus Cujac. d. lib. 5 obſervation. cap. 30.& lib.9 obſervation cap. 37. Anton.Fab part 1. de errorib. pragmatic. decad. 10 error. 10. Cæterum in quibus pignus prætorium & conventionale conveniant,& in quibus differant, ubertim explicant Bartol. in l. 1 num.4 ff de pignorat act. Negaſantius d. tract. de pignorib.& hypothec. membr. 2. tertiæ partis. num. 29. & multis seq. Cujac. in Comment ad lib 68 Pauli ad edict. pag. 140. & lib. 10.reſp. Papin. pag. 456. Mozzius d. tract. de pign. & hypothec.c.2. num.7.& ſeqq Vide quoque Hunnium, d. lib. 3. tract 3. part. 5 quæſt. 2. pag. 967.

Porrò rem aliquam pignori vel hypothecæ obligare 123 poſſunt, quicunque rerum ſuarum, vel alterius patrimonii liberam adminiſtrationem habent. l. ſolutum. 11.§.ult. cum l.ſeq. & l. ſi convenerit. 18. §.fin.ff de pignorat. act.l. qui filios. 6.in fin.C quæ res pignori obligari poſſ l.2.l.quæ prædium.6 & l.ult. Cod ſi aliena res pignori data ſit. Mozzius in tract. de pignorib. tit. de perſon. quæ pignor are poſſ. num. 1. Itaque filius familias & ſervus, quibus libera peculii adminiſtratio conceſſa eſt, rem peculiarem, in utilitatem peculii, recte obligant. d.l.ſi convenerit. 18. §. ult. & l. ſeq. ff de pignorat. act. Hujuſque valde probabilis ratio 124 eſt; quoniam quibus alienare rem licet: multò magis iis obligare & pignorare eandem regulariter licebit, l. unic Codic rem alienam gerent bus non [illegible] ſuar, adminiſtrat. Sed filiis & ſervis, quibus conceſſa eſt libera peculii adminiſtratio, id alienare licet. l. ſi quis 41. § 1 ff de rei vindicat. l. ſi liberam 10. C quod cum eo, qui in aliena poteſt. &c. Ergo & pignorare licebit. Cui 125 non adverſatur l 1.§ 1 ff. quæ res pignori vel hypothe a data e, oblig[illegible] non poſſ ubi dicitur, nec filium familias, nec ſervum, rem peculiarem obligare poſſe, quamvis liberam ejus adminiſtrationem habeant. Nam illic non negatur, filium familias & ſervum pignorare peculium poſſe, ſi rem ſuam agant; ſed pro alio pignorare: quia id permiſſum non videatur permiſſa libera adminiſtratione: cùm nec, qui liberam adminiſtrationem habent,perdere poſſint. Atqui pro alio quippiam obligare, quaſi do- 126 nare eſt, Donare autem perdere eſt,juxta illud Martialis:

Dimidium donare Lino, quàm credere totum,
Qui mavult, mavult perdere dimidium.

Et ſic non habet donandi poteſtatem,qui liberam adminiſtrationem habet,l contra 28. §. ſi plus 2. verſ. non cum veram, &c. ff. de pactis. Quod tamen non uſquequaque verum eſt. Proinde rectè in d l. 1 § 1. verſ facti tamen &c. ff. quæ res pignori vel hypothec. data &c. ſubjicitur, hanc eſſe facti potius, quam juris quæſtionem: an libera adminiſtratione conceſſa,data ſit etiam donandi facultas? Quid enim,ſi ſpecialiter hoc permiſſum ſit,ut donare poſſit filius, aut ſervus?quid, ſi ea conditio filii, ut verisimile ſit,patrem jus donationis conceſſiſſe,puta ſi ſit ſenator, quem deceat eſſe liberalem? Magis utique eſt, ut pignorare poſſit l pl ſi [illegible] 7. § item videamus 2.& §.ſeq ff. de donation liquidem nec perdere tunc intelligatur; quod idem Martialis alio epigrammate venuſtè expreſſit:

Extra fortunam eſt, quicquid donatur amicis:
Quas dederis, ſolas ſemper habebis opes.

Atque ita eleganter illud explicat Johannes Mercerius in 127 Comm.ad d.l.1.n.11 & ſeqq.ff. quæ res pignori vel hyp data obligari non poſſ.Sed & tutor,ſi lege non refragante,rem pupilli pignori dederit,tuendus eſt. l tu[illegible] tutor. pignor[illegible] et propterea quod in adminiſtratione tutoris vice domini, hoc eſt,pupilli habetur. tutor qui [illegible] de adminiſtr.& pericul.tutor.l. [illegible] 56.§.qui tutel ff de furt.D. Obrecht. diſp. 5 theſ. 1[illegible]7. Idemque dicendum in curatore adoleſcentis,vel furioſi,non dubium eſt. l l tut 16.ff. de pign r. [illegible] curat 3. C. ſi aliena res pignori data ſit. D.Bocer claſſ.2. Diſput.12 theſ. [illegible] D[illegible] in tract. de pignorib c.8 in fine. Procurator item res domini ſui op- 128 pignorare poteſt, ſive ei ſpecialiter hoc mandatum eſt, ut faceret,ſive univerſorum bonorum adminiſtratio ei permiſſa eſt ab eo,qui ſub pignoribus mutuas accipere pecunias

Digitized by Google

solebat. *dict. l. solutum.* 11. *§. ult. cum l seq. ff. de pignorat. act.* Cui namque generaliter de omnibus rebus mandatum est, perinde est, quasi ei de singulis specialiter mandatum esset: modò ea res sit, quam dominus esset facturus. *l. semper specialia* 147. *ff. de regul. jur.* Neque enim generali oratione concedere videtur dominus, quod specialiter non permitteret: nec specialiter id permitteret, quod ipse non faceret, *argument. l. qui peculii.* 46 *ff. de peculio.*
129 Hac ratione & administrator Reipublicæ si mutuam pecuniam pro civitate accipiat, rem ejus rectè pignori nectit. *l. si is, qui.* 11. *in princip ff. de pignorib. & hypothec.* Nam rebus publicis dum præficitur: generaliter ei omnia permitti intelliguntur, quæ ad Rempublic. & administrationem rerum, ad illam pertinentium, spectant. *Donell. dict. cap.* 8. *D. Obrecht dict. Disput.* 15. *thes.* 156. Enimverò pupillus, & minor 25. annis, absque tutoris sui auctoritate, vel consensu curatoris, rem suam pignori vel hypothecæ dare nequeunt. *l.* 1. *in princ. ff. quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non poss. l. ult C. de reb. alien. non alienand. l.* 3 *C. de in integr. restitut minor Bachovius d. tract. de pignorib. & hypothec lib* 2. *cap.* 2. *num* 4 & 8.

130 Cæterum acquiritur nobis pignoris & hypothecæ obligatio, non solum per nosmetipsos; sed per eas quoque personas, quæ nostra in potestate sunt: veluti, per filios, & servos nostros, *tot. tit. infr. per quas pers. nob. obligat. acquir.* non etiam per liberas personas; veluti per procuratores nostros, *d. l. solum.* 11. *§. penult. ff. de pignorat. act. l.* 1. *C. per quas person. nobis acquir. itur.* præterquam in casu, quo nostro nomine mutuam pecuniam dantes, pignus vel hypothecam acceperunt. *l* 2. *C. ead. tit. Balduin. in Justinianeo suo pag.* 221. *hancque referens D. Bocer. d. class.* 2.
131 *Disputat* 12. *thes.* 14. *lit. C. edit.* 2. Unde res procuratori oppignorata neque procuratori, neque domino oppignorata censetur. Non procuratori: quia sibi pignoris obligationem acquirere noluit: non etiam domino, quia hunc procurator pignoris obligationem acquirere non potuit. *d. l. solutum* 11. *§. penult. ff. de pignorat. act.* Non itidem pignus rectè datur extraneæ personæ, in quam duntaxat solutio in ipso contractu collata est: proindeque debitor datum pignus, ab ipsa adjecta persona repetere potest. *l. si qui pignori.* 3. *ff. de pignoribus & hypoth.* Non etenim adjecto, sed soli contrahenti debitor est obligatus *l. ut § si ita fuero stipulatus.* 3 *ff. de verb. obligat. §. si quis alii* 4. *vers. plane solutio. infr. de inutilibus stipulationibus. D. Obrecht. d. Disputat.* 15. *thes* 175. & *sequentibus D. Bocer. d. Disputat.* 12. *thes* 15.

132 Proximum nunc est videre de rebus, quæ pignori aut hypothecæ dari possunt: cujusmodi sunt hæ omnes, quæ emptionem venditionemque recipiunt. *l. sed. & quod* 9 *in fin. ff. de pignoribus & hypothec. l.* 1. *§. eam rem.* 2 *ff. quæ pign. vel hypothec. datæ obligari non poss. ibique Mercerius num* 14. & *seqq. Stuck. part.* 1. *Exercitat. Jus*
133 *stin. decad* 10. *assert.* 9. *lit. a* Quæ res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, atque ideo vendi nequeunt, nec pignori dari possunt. *d. l.* 1. *eam rem. ff. d. tit.* Siquidem per pignorationem pervenitur ad venditionem. Omnis enim pignoris utilitas in hoc solum posita videtur: ut, debito non soluto, illud tandem distrahere liceat. *tot. tit. ff. &*
134 *Cod. de distract. pign.* Atqui uno prohibito, omnia putantur prohibita, per quæ ad id, quod prohibitum est, pervenitur: & propterea, quod uno modo per emptionem concessum non est: id alio modo, scilicet per pignorationem, similiter non esse concessum intelligitur: nisi diversa sit ratio, quæ diversum jus exigit, ut in specie *l. in quo-*
135 *rum.* 24 *ff. de pignoribus & hypoth.* ubi Modestinus instar regulæ cujusdam ita respondit: *In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.* Quam regulam verisimile est subjectam fuisse à Modestino iis, quæ tradiderat de præsidibus provinciarum, qui licet in provinciis sui prohibeantur emere: non tamen prohibentur pignori accipere *l. qui officii.* 62. *in princ p. ff. de contrah. empt.* Cessat quippe ratio in pignore, quæ valet in emptione. Rationem cur præsidibus olim in provinciis sibi destinatis emere non permitteretur, explicat Cicero *Verrina* 6. Quia, *inquit*, putarunt legumlatores, ereptionem esse, non emptionem, cum venditori arbitratu suo vendere non liceret. Hæc ratio in pignore non 136
militat: cùm debitor, solvens ritè debitum, pignus quovis tempore liberare possit. *l. item liberatur.* 6. *ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. l. rem.* 9. *§. omnis.* 3. *ff. de pignorat. act. l. quamvis.* 6. *Cod. de distract. pignor. Mercer. ad l.* 23. *ff. de pignorib. & hypothec. num.* 14. & 15.

Sanè res sacras, sanctas, religiosas, publicas, litigiosas, 137
liberosque homines, cùm neque in commercio, neque in ullius bonis sint, pignorationem non recipere, perspicuum est. *l.* 2. *Cod. de relig. & sumpt. funer. l. si monumento.* 3. *l. qui filios* 6. *C. quæ res pignori obligari possunt. l. privilegia.* 17. *C. de sacrosanct. Eccles. l.* 1. *§. fin. & l. ult. ff. quæ res pignori vel hypothec. datæ oblig. non poss. tot. tit. ff. & C. de litigios. Mozz. in tract. de pignoribus & hypothec. tit. de reb. quæ pignori dari poss. num.* 13. 16 & 19. *Bachovius d. lib.* 2. *de pignorib. & hypoth. c.* 12. *pag.* 138. Illudque adeo procedit, ut nec sub conditione contractum pignus, puta si res sacra in profanam, aut publica in privatam, aut homo liber in servum mutetur, convalescat: quoniam ea de re pactio fuit interposita, cujus commercium omnino non erat. *§* 2. *infr. de inutil. stipulat. l. inter.* 83. *§. sacram. ff. de verb. oblig. Donell. in tract. de pignoribus cap.* 9. *circa princ.* Multò 138
autem minùs liberorum hominum, quibus alieni debiti causa manus injiciuntur, oppignoratio (quam Græci ἀνδροληψίαν, vulgò Interpretes repressalias indigitant) in confiniis Germaniæ, Galliæ, Poloniæ, aliisque nonnullis locis maximè usitata, jure defendi potest: cùm rationi inconveniens & periniquum sit, alium esse debitorem, alium verò exigi; item, alterum alterius odio prægravari; sive 139
alterum pro altero qualemcunque injuriam sustinere. *Novell.* 52. *cap.* 1. *vers. non enim habet rationem. &c. l. unic. C. ut nullus ex vicaneis pro alienis vicaneor. debit. teneat. l. unic. C. de prohibita sequestrat pecun. Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c. l. nullam.* 4. *C. de executoribus. l. ob causam.* 3. *C. de obligat. & actionibus. c. unic. de injur. in* 6. *l. non debet alteri.* 74. *ff. de reg. jur c. non debet.* 22. *eod. tit. in* 6. *Hackelman. Disput. illustr. quæstion.* 12. *thes.* 9. *lit. d. Schroter. diatrib. domesticar. decad.* 7 *quæst* 6. *D. Obrecht. Disput.* 15. *thes.* 194. & *seqq.* Eaque de re consulantur diversimodè sentientes, *Martinus Landens. & Jacobus à Canib. in suis tractatibus de repress. And. Gail. de pignorationibus, observat.* 2. *Petr. Gregor. in syntag. jur. univers lib.* 38. *cap* 8. *num* 6. & *seq. Petrus Heigius part.* 1. *quæstionum jur. quæst.* 12. *Lorich. in Enchirid. arrest. per tot. Coler. de processibus execut part.* 1. *cap.* 2. *num.* 269. *usque ad fin. Wolffgangus Gruning. tractat. de pign. & hypothec. tit.* 64. *Petrus de Vineis lib* 5. *ep.* 48. *Johan. Ernest. Zorn. discurs.* 7. *conclus.* 13. *num.* 3. *pag.* 142. & *Augustin. Seidenmelzer. apud. Arumæum tom.* 2. *Discurs.* 8. *pag.* 201. *cum seqq. Timæus Faber disputat.* 3. *ad Institut. Imperial. th.* 4. *Ludovic. Molina de justit. & jur. tr.* 2. *disputat.* 121. *Ventura de Valentiis libr.* 2. *parthenii litig. c.* 2. *n.* 30. & *seqq. aliique per eum citati.* Eandemque rem enodatiùs explicuimus infrà *num.* 319. & *multis seqq.*

Servitutes prædiales utrum pignori dari possint, valde 140
controversum est; Sed quamvis prædiorum rusticorum, non item urbanorum, servitutes pignori dari posse Doctores plerique astruant, *Bartol. in l. si is, qui.* 11. *§. ult. ff. de pignoribus & hypothec. Connan. lib.* 4. *Commentar. jur. civil. cap.* 14. *Cujacius lib.* 15. *observat. c.* 6. *Bachovius d. tr. de pignorib. & hypoth. lib.* 2 *cap.* 7. *pag.* 117. *cum seqq. D. Colleg. Bocer. class.* 2. *Disputat.* 12. *th.* 18 *lit. a & th* 20. *lit. b. edit.* 2. *pluresque alii*: attamen sententia Duareni *lib.* 2. *Disputat. anniversar. c.* 13. Donelli *d. tract. de pignoribus c.* 10. Charondæ *lib.* 1. *verosim* 5. Merceri *ad l.* 1. *§. ult ff. de pignoribus & hypoth. num. ult.* horumque Sectatorum existimantium, ne servitutes quidem rusticorum prædiorum pignori dari posse, non magis, quàm urbanorum, veritati juris propior videtur. Quæcunque enim in creditorem transferri nequeunt, frustrà & inutiliter pignori dan- 141
tur. *l. si fundus.* 16. *§. creditor.* 5. *ff. de pignorib & hypothec.* Servitutes autem reales indistinctè omnes sine prædiis, cùm iis cohæreant, in creditorem transferri non posse, liquet ex *l.* 1. *§.* 1. *ff. communia præd. & l. vias.* 23 *§.* 8. *ff. de servitutibus prædior rusticor.* Nec obstat textus *in l. sed an viæ* 12. *ff. de pignoribus & hypothec.* ubi Paulus ait, servitutum rusticarum oppignorationem, propter utilitatem con-

Digitized by Google

contrahentium, admittendam esse. *Nam* illic Paulus non hoc in quæstionem vocat, an servitutes rusticæ pignori dari queant, ut ita eas ab urbanis separet: sed illud, an dominus in suo servitutem de novo constituere possit creditori pignoris loco, ut ea creditor utatur, quamdiu pecunia soluta non sit? Id verò dominum facere posse, Paulus respondit; non ut jure ipso valeat servitus, quia ipso jure ad tempus constitui non potest. *l. servit. 4. ff de servitutib.* sed propter utilitatem contrahentium. Atque de domino fundi Jurisconsultum loqui, qui temporis causa in suo servitutem imponat, arguunt illa verba, quibus conventio iniri posse asserit, ut hisce servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum prædium habeat, & si intra diem certum pecunia non sit soluta, vendere eas vi-
143 cino liceat. Hæc namque pactio de servitute, quæ nobis in alieno debetur, recipi nequit. Semper enim dominus fundi servientis rectè negabit; se creditori, aut ei, cui creditor vendiderit, servitutem debere nec quisquam, cui servitus debetur, servientis fundi causam deteriorem facere potest. *l. servitutes. 20. §. stillicidium 5. vers. & omnino sciendum. ff de servitutibus prædior. urbanor. latius*
144 *Donell. d. cap.* 10. Et eandem quæstionem explicavi copiosiùs *in §. ultim. sup. de servitutibus prædior. num. 21. & aliquot seqq.* Cæterùm servitutes personales quod attinet; usumfructum, cùm & vendi possit, pignori dari posse ab ipso usufructuario, non dubitatur. *d. l. si is, qui. 11. §. usumfructum. 2. ibique Mercerius num. 7. l. & quæ nondum. 15. in princ. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. vers. sed si vos usumfructum. C. si pignus pignori dat. sit. Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 25. Treutler. Disputat. 16. thes. 10. lit. b volum. 1. & disputat. 1. thes. 5. lit. f volum. 2. Bachovius d. lib. 2. de pignoribus & hypoth. c. 6. pagin.* 113. Aliud in usu est receptum. Etenim cùm is personæ planè cohæreat, & nec vendi, nec cedi queat: meritò nec pignori obligari aut dari poterit. *§. 1 sup. de usu & habitat. l. sed neque 8. ff de usu & habitat. l. item quamvis. 10 §. 1. ff. commun. dividund.*

145 Præterea rem penitus alienam pignori dari non posse, liquidum est. *l. 2 ff. de pignoratit. act. l. 1. l. 2 l. quæ prædium. 6 & l. si in rem. 7. C. si aliena res pignori data sit.* Cùm enim ea non sit in bonis oppignorantis ab eo alterius aliquod in illa constitui nequit. *l. nemo plus juris. 54. ff. de reg. jur. l. qui filios. 6. Cod. quæ res pignori obligari poss. &c. Accurs. & Dd. ad l. aliena res. 20. ff. de pignorat. act. item ad l. rem alienam. 28. ff. de contrah. empt. ff. ad l. sed & quod ad eas 9. in fin. ff. de pignorib. & hypothec. Mozz. in tract. de pignoribus & hypothec. tit. de reb. quæ pignori dari poss. n. 2. Negusant. in tractat. de pignoribus & hypothec. membr. 3. secundæ part. num. 52 Balduin. eodem tract. c. 12. in princ. Donell. de pign. c. 3 Schneidevv. in hoc § nostro. n. 14. Bachov. d. libr. 2. de pignoribus & hypoth. cap. 3. pag. 97 cum seq. Kupschilät exercitat. Acad. 5. quæst. 5. pag 175. cum seq. & alii communiter.* Verum isthanc certissimam juris definitionem duobus potissimum argumentis convellere ac infringere conatur Petrus Faber *lib. 2. semestrium. c. 17.* Primum desumit *ex d. l. sed & quod 9. in fin. ff. de pignoribus & hypoth.* ubi Cajus ostendit: eam rem posse
146 pignorari, quæ potest vendi. Atqui rem alienam vendi posse, constat *ex d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt.* Sed respondetur: illam Caji sententiam generalem non ita generaliter accipiendam, quasi eadem planè sit ratio emptionis, quæ pignoris: sed plerumque verum esse; ut, quæ res vendi potest, eadem & pignorari possit, ut quæ commercio non exempta est. Nam alioqui non per omnia similis est hypotheca emptioni, sicuti videre est *in prææallegato l. in quorum. 24 ff. de pignoribus & hypoth.* ubi qui emere prohibetur, non tamen pignus accipere pro-
147 hibetur. Ratio autem differentiæ inter emptionem & pignus, id est, cur res aliena vendi possit, pignorari non possit, hæc assignatur: Tum quia propter libertatem commerciorum, & frequentissimum emptionis usum, necesse fuit permittere rei alienæ emptionem, *argument. l. justo errore 44. in princip. ff. de usurpat. & usucapionibus.* Pignoris verò usus non est ita necessarius, & ex perfidia potiùs hominum inductus. Pignus quippe constitui solet propter contractus fidem, ac restituendæ rei vinculum. *l. legata. 9. in fine ff. de supellectile legat.* cùm plus cautionis in re esse credatur, quam in persona. *l. plus cautionis. 25 ff. de reg. jur.* Tum quia in emptione-vendi- 148
tione obligatur solùm persona pro evictione, & ad quandam (uti vocant) aliquam possessionem tradendam: ast in pignore res ipsa obligatur. *gloss. in d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt. Mozz. loc. suprà not. ito. Negusa. t. d. memb. 3. part. 2. num.* 58. Jam verò potest quis personam suam, ut venditor, obligare: sed rem alienam, in qua jus non habet, obligare, quod fit pignorando, nemo potest *arg. d. l. nemo plus juris. 54. ff. de regul. jur.*

Alterum Petri Fabri argumentum est hujusmodi: Quia, 149
inquit, re aliena pignori data, nascitur utrinque obligatio & actio pignoratitia. *l. si rem alienam 9 § primum ff. de pignoratit. act.* adeò, ut si fur aut prædo rem alienam Titio pro decem aureis mutuò acceptis obligaverit, eosque postea Titio solverit, habeat contra Titium actionem pignoratitiam ad rem recipiendam. *l. si pignore. 22 §. si prædo 2. ff. d. tit.* Datur, *inquam,* debitori, soluta pecunia, actio pignoratitia contra creditorem, etiam ei, qui rem alienam pignori dederit, *legibus modò allegatis*: & contrà, detur creditori, etiam ei, cui res aliena pignori data fuit, actio pignoratitia contraria. *l. tutor. 16. §. 1. & l. cum debitore. 32. ff de pignoratit. action.* Ergo inde sequi videtur, quod rei alienæ pignus subsistat. *Respondemus*: illud non rectè inde sequi aut concludi. Est enim argumentum ab obligatione & actione personali, ad jus & actionem in rem: quod argumentum non procedere, ex prædictis colligitur. Quod autem competat actio pignoratitia in personam ex pignore licet rei alienæ, sive nullo, hoc est, quòd existat effectus aliquis & actio ex contractu nullo; id non omninò novum est, aut infrequens in jure. Si- 150
quidem & ex emptione, quantumvis nulla, interdum datur actio; non quidem, ut contractus confirmetur, sed ut quod interest præstetur. *argument. l. si in emptione. 34. §. item si & emptor. 3. ff. de contrahend. empt. Gothofr. ad d. l. 2. C. si aliena res pign. data sit.* Quare firma manet conclusio: eum qui non est dominus, aut rem non habet in bonis, pignori eam dare & obligare non posse. *d. l. 2. 6. & tot. tit. Cod. si aliena res pignori data sit. cum juribus concordantibus suprà num. 145. adductis.* Quin & is qui rem alienam pignori dedit, licet quoad hypothecariam actionem nihil agat: pignoratitia tamen actione contraria tenetur, & insuper etiam stellionatus crimen committit. *d. l. tutor. 16. §. 1. d. l. cum debitore. 32. & l. si quis in pignore. 36. §. 1. ff. de pignorat. act.*

Enimverò notabiles aliquot excipiuntur casus, quibus 151
pignus rei alienæ valet, aut convalescit, aut confirmatur. I. Si voluntate domini res aliena obligetur *l. aliena 10. in princ. ff d. tit.* Hujusque evidens est ratio: tum quia 152
volenti non fit injuria, *l. 1. § usque adeo ff. de injur.* tum quia dominus ipse hoc casu rem obligare videtur, *arg. l. restituta 37. circa princip. ff. ad senatusconsult. Trebellian.* II. Si dominus ratum habeat. *d. l. aliena 20. ff. de pignoratit. act.* Quo casu pignus convalescit sive confirmatur: adeò, ut firmum censeatur non à tempore ratihabitionis, sed anteriore, puta pignorationis sive contractus. Recur- 153
rit quippe ratihabitio ad illud tempus, quo convenit, ut eleganter loquitur Marcianus *in l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. & hypoth.* & ratihabitio mandato comparatur. *l. 1. §. sed & si 14. ff de vi, & de vi armat. l. semper qui. 60. ff. de reg. jur.* Atque isthæc fictio ideo admissa est: ne obstaret pignoris obligationi juris regula, qua dicitur: quod ab initio non valuit, & vitiosum est, ex post facto sive tractu temporis convalescere non posse. *l. quod initio. 29 & l. pen. ff. eod. tit.* Sic enim fingimus: ab initio, cum pignus ob- 154
ligatum est, domini voluntatem intercessisse, ut nunquam non obligatio constiterit. Sic sustinetur judicium, cum falso procuratore susceptum, quod postea dominus ratum habuit, *l. Julianus. 11. ff. qui satisdare cogantur. l. licèt. 56. ff. de judic.* Sic quoque valet mutuum, à filiofamilias contractum, quod pater post habuit ratum *l. ultim. C. ad senatusconsult. Macedonian. Joan Mercer. ad dict. leg. si fundus 16. num. 12. cum seqq. ff. de pignorib. & hypoth.* III. Si dominus sciens dissimulet & permittat, rem suam obligari in fraudem creditoris *d. l. 2.*

Digitized by Google

155 C. si aliena res pignori data sit. Cujus ratio est: quia pro-
pter fraudulentam dissimulationem consensisse fingitur:
quæ calliditas, cum alieno detrimento conjuncta, impu-
nita esse non debet, argument. l. si sine voluntate. 5. C. ad
senatusconsf. Vellejan. IV. Si res aliena detur pignori sub
hac conditione, si dantis facta fuerit. a. l. si Junam. 16. §.
aliena res. 7. ff. de pignor. & hypoth. l. idemque 7. §. 1. ff. qui
potiores in pign. vel hypoth. hab. Et ratio est: quia hac spe-
cie, id est, propter conditionem, obligatio rei in casum
dominii differtur. Sic & contra, rei propriæ cùm neque
pignus, neque emptio aut stipulatio valeat. l. neque pignus.
45. ff. de reg. jur. tamen sub hac conditione valet, si res de-
fierit esse propria sive nostra. l. existimo. 61. ff. de contrah.
empt. l. si rem meam 31. & l. existimo. 98. ff. de verb. obligat.
156 V. Si res mihi sit debita. ut in l. 1. in princip. ibi, si non fuit
ei, qui pignus dabat, debita. ff. de pignoribus & hypothec.
l. creditor. 3. § 1. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. l. fi-
liam. 56. ff. ad senatusconsult. Trebell. Verbi gratia: si
res mihi fuit donata, & nondum tradita; eam obligare
ego possum licet nondum dominus: quia mihi debetur.
157 l. ult. §. 1. ff. de donationibus. Sic fideicommissarius, etsi re
nondum repetitâ non sit dominus, potest nihilominus
rem obligare & re postea repetita pignus confirmatur d.
l. filiam. 56. ff. ad senatusconsf. Trebell. Ratio hujus quinti
casus est perspicua: tum quia nostrum esse videtur, cujus
nomine actionem ad id petendum habemus. l. bonorum.
49. ff. de verbor. signific. l. is, qui actionem. 15. ff. de regul.
juris. Tum quia is, qui rem sibi debitam pignori dat, hoc
animo dare intelligitur, ut tunc pignori sit, cum ipsi data
fuerit: ideò quod sibi brevi acquisitum iri sperat. Donell.
158 d. tract. de pignoribus cap. 9. pag. 127. VI. & ultimus ca-
sus est: si debitor, qui rem alienam obligavit, postmodum
ejus rei dominus fiat; veluti si heres à domino rei scriptus fue-
rit. l. rem alienam 41. in princ. ff. de pignoratit. act. Hoc
sanè casu pignus ab initio non valet directo strictove ju-
re; quia est rei alienæ: ex postfacto tamen, idque ex bo-
no & æquo, convalescit. l. cum res. 5. C. si aliena res pignori
data sit. Hujusque non una ratio est: tum quia verè
debitor rem illam pignoravit, & ejus jam est dominus;
adeoque contra factum proprium venire non debet. l. post
mortem. 25. ff. de adoptionibus. Tum quia in dolo est, si
vel actionem, vel exceptionem creditori opponat, argu-
ment. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. si a Ti-
159 tio. 72. ff. de rei vindicat. Tum quia res in eum casum ve-
nit, à quo incipere potuit. argum. l. existimo 98. in fine
160 principii ff. de verb. obligationib. Tum denique, quia ini-
quum est, creditorem decipi à debitore, & hunc ex suo
mendacio lucrum consequi, argument. l. itaque. 12. §. 1. &
l. eum, qui. 14. § is autem. & §. seq. ff. de furt. D. Obrecht.
Disput. 15. thes. 22. Itaque isto casu creditori non datur
actio pignoratitia sive hypothecaria directa, sed utilis, ut
ait dict. l. rem alienam 41. in princ. ff. de pignoratit. act. non
ordinaria hypothecaria actio, sed utilis persecutio, ut ait
d. l. cum. res. 5. C. si aliena res pignori data sit. Directa et-
enim & ordinaria actio idem sæpe valet, & opponitur uti-
li, itemque actioni in factum, atque extraordinariæ. l. 1. &
ll. sequentibus. ff. de præscriptis verb. & in fact. actio-
nibus.

161 De eo acerrimè confligunt Interpretes: an, si dominus
rei fiat heres debitoris, id est ejus, qui rem domini obliga-
vit, pignus quoque convalescat: ita ut creditori hypo-
thecaria saltem utilis adversus dominum rei pignoratæ
concedatur? Affirmare videtur Modestinus in l. si Titio.
22. ff. de pignoribus & hypoth. negare Paulus in d. l. rem alie-
nam. 41. vers. non est idem dicendum. ff. de pignorat. act.
Et certissimam hanc esse ἀντινομίαν, planeque inexplicabi-
lem, censent Hotomanus in Commentar. ad tit. ff. quæ res
pignori. &c. item lib. 5. observat. 18. Busius ad d. l. 41. ff. de
pignorat. act. Mercerius ad d. l. si Titio. 12. n. 7. ff. de pignor.
& hypoth. & Antonius Matthæus Disputat. 10. ad Pandect.
thes. 14. Alii aliter, & quidem variè, istam contrarieta-
tem tollere & conciliare desudant, Fulgosius in d. l. rem alie-
nam. 41. num. 12. ff. de pignorat. act. & in d. l. si Titio. 22. post
principium. ff. de pignorib. & hypothec. Alciat. lib. 7. pareng.
cap. 14. Duaren. lib. 2. Disputat. anniverf. cap. 4. & ad tit. de
pignorat. act. cap. 7. Robert. lib. 2. receptar. lect. cap. 1. Muda-
us ad tit. ff. de pignoribus & hypothec. cap. 1. num. 21. Cujac.
lib. 19. observat. cap. 26. Giphan. ad d. l. 2. Cod. si aliena res
pign. &c. Vultejus lib. disceptat. Scholast. c. 17. Lud. Cha-
rond. lib. 1. verosimil. 20. Petr. Faber. lib. 2. semestr. cap. 18.
Hackelman. Disput. 12. thes. 8. D. Obrecht. d. Disputat. 15.
thes. 238. cum multis seqq. Treutler. disputat. 1. thes. 5. sub
lit. A. vol. 2. & Bachovius. lib. 2. & de pignoribus & hypoth.
c. 4. num. 8. pag. 105. & seq. Cæterum Accursius in dis- 162
solvenda illa antinomia vehementer fluctuat, pluresque
conciliationes adducit in d. l. si Titio. 22. ff. de pignor. & hy-
poth. quas licet plerasque ipse rejiciat: in hac tamen ac-
quiescere videtur: ut Paulus in in d. l. 41. loquatur de actio-
ne in rem hypothecariam; Modestinus verò in d. l. 22.
de pignoratitia in personam utili contraria. Hæc quip-
pe ad id competit ut creditor in debitoris heredem agat,
ut rem à defuncto debitore obligatam, pignori esse pa-
tiatur: cùm defuncti facta præstare & approbare debeat.
l. ex qua persona. 149. ff. de reg. jur. l. cum à matre. 14. C. de
rei vindicat. Eoque modo per indirectum convalescit
pignus, coacto herede pignoris constitutionem à testatore
factam ratificare. Atque ita Modestini responsum acci-
piendum esse, Doctores tam veteres, quam recentiores
communius existimant. D. Wesenbec. in Paras. ff. de pi-
gnorat. act. n. 8. Connan. lib. 4. Comment. jur. civil. c. 13. n. 9.
Balduin. in Comment. de pignoribus cap. 12. post princip.
Donell. in tr. de pignor. c. 9. non procul à fine. Dn. Collega
Besold part. 2. delibatorum jur. ex lib. 13. Pandect. quæst. 8.
pag. 87. & seqq. Cùm igitur hanc in sententiam frequen-
tes, vel ipsis dissentientibus attestantibus, Interpretes con-
cedant: & verò adversariæ illorum interpretationes par-
tim textum corrumpant, partim distinctiones prorsus alie-
nas ei inferant, partim etiam nimis temerariè divinent:
utique in hoc dubio communi opinioni, quantumvis ea
suas quoque patiatur difficultates adhærendum existima-
verim, argument. l. 1. vers. sane crebrior. ff. de offic. quæstor.
l. minimè. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. quæ-
situm. 12. §. sed si fundus. 27. vers. quam sententiam quotidie
increscere & invalescere videmus ff. de instructo. vel instr.
legat. Ei siquidem contradicere aut contraniti, arrogan- 163
tiæ signum putatur, argument. l. si ædibus. 32. ff. de dam. in-
fect. & Novell. 7. c. 9. in fine. Simon Pistoris consil. 3. num. 8.
quod excusum extat post consilia Modestini Pistor. fol. 850.
vol. 2. Et clara atque aperta res dicitur, pro qua est opi-
nio communis. Tiber. Decian. respon. 2. incip. Serenissi-
mus. num. 67. fol. 27. vol. 1. Quin & veritas & communis 164
opinio æquiparantur. Matthæus de Afflict. in c. unic. n. 17.
tit. an removeri debeant testes. &c. in usib. feud. Andr. Gail.
lib. 1. obs. 153. num. 4. vers. nam veritas, &c. Anton Maria
Coratius in tract. de communi opin. lib. 2. tit. 8. n. 16. & pas-
sim. pag. 155. Idque fusius explicuimus supra ad princip.
tit. de hereditatibus quæ ab intestato defer. num. 444.
& seq.

Quia porrò in sæpe allegata l. rem alienam. 41. ff. de 165
pignorat. act. duo continentur casus: unus, si debitor, qui
rem alienam pignori dederat, factus sit heres ejus, cujus
res erat: alter, si dominus rei factus sit heres debitoris:
breviter ratio differentiæ indicanda est, cur priori casu
utilis hypothecaria actio creditori accommodetur: po-
steriore verò specie ne utilis quidem hypothecaria credi-
tori, contra heredem debitoris, rei pignoratæ dominum,
tribuatur. Ratio autem est hæc: quia priore casu si is,
qui rem obligavit alienam, opponat creditori exceptio-
nem dominii, sive quòd res non fuerit ejus, cùm eam ob-
ligaret: poterit replicatione doli repelli, & quasi menda-
cii argui, quod rem alienam, cujus nunc est dominus, ipse
oppignorarit, d. l. rem alienam. 41. circa fin. ff. eod. d. l. si
inter. 21. §. 1. ff. de pign. & hypoth. d. l. si à Titio. 72. ff. de rei
vind. Sed altero casu nihil objici potest domino, licet
heredi oppignorantis debitoris: quia ipse, quamvis heres,
non oppignoraverit, sed defunctus: ut sic nullo tempore
confirmatum pignus dici possit. Mercer. ad d. l. si Titio.
2. num. 3. & seqq. ff. de pignor. & hypoth. Nec obstat, quòd 166
heres teneatur actionibus hereditariis nomine defuncti;
cùm heres & defunctus pro una eademque persona habe-
antur. Novell. 48. in fine præfationis. Nam illud quidem
verum est: ast hic non agitur de actionibus hereditariis,
quæ

Digitized by Google

quæ omnes sunt in personam. *tot. tit Cod de heredita. actionibus*, sed de hypothecaria, quæ in rem est. *l. pignoris. 17 ff. de pignoribus & hypothec. & l. pignoris. 18. C eod.*

167 Cæterùm quòd diximus: priore casu, quo scilicet debitor rei alienæ pignoratæ dominium post consecutus est, pignus confirmari: posteriore, quo dominus debitori, qui rem alienam obligaverat, heres extitit, non confirmari: huic distinctioni valde repugnat textus *in l. si servo. 20. ff. qui & à quibus manumissi liberi non fiunt. & in l. filium. 31. ff. de liberali caus. cum l. si ab eo 7. Cod eod* Nam *in d. l. 20.* si non dominus manumittat servum alienum, & postea ejus fiat dominus, non ideo confirmatur libertatis datio: at confirmatur pignus. Contra autem *in d. l. 31. & d. l 7.* si dominus servi fiat heres ejus, qui servum illum manumisit, non potest huic servo libertatis controversiam movere: sed voluntatem defuncti confirmare cogitur. Et, ut res vel tribus exprimatur: priore casu convalescit pignus; altero non item. Libertatis verò datio priore specie non convalescit; posteriore convalescit. Accursius, Bartolus, Cumanus, Baldus, & alii Doctores, hanc quoque contrarietatem explicatu difficillimam esse, ajunt. Sed non incommode, meo judicio, ita expeditur & resolvitur: ut priore quidem casu servus manumissus non fiat liber. *d. l. 20 ff qui & à quibus manumissi, &c.* & ne posteriore quidem: sed tamen servitutis quæstio ei moveri
168 non possit, neque ab ipso, qui manumisit; ne faciat contra factum proprium, quod non licet. *d l post mortem 25. ff. de adoptionibus*, neque ab ejus herede: ne is faciat contra factum defuncti; quod item non licet heredi. *d. l. ex qua persona. 149 ff. de reg jur.* Et ita exaudiendæ videntur *d l. 31. ff. & d l. 7. C. de liberali caus.* quæ non dicunt, hunc servum liberum fieri, sed quæstionem tantum ei non posse moveri. *Pinel. d. l. 1. part. 3. num. 83. Codic. de bonis maternis.*

169 Quæritur circa illum sextum casum exceptum: utrum is locum habeat tam in creditore sciente, quam ignorante. Et sanè si creditor ignorans rem alienam pignori acceperit, casui isti locum esse, sicque creditori actionem hypothecariam utilem dari, non quidem adversus dominum, sed adversus debitorem, vel posteriorem creditorem, vel alium quemvis rei oppignoratæ possessorem, inter omnes constat. *argument. l. tutor. 16. § 1. l si pignore. 22. § si prædo. 2. l. cum debitore. 37. dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignoratit. act. l si non dominus. 14 ff. qui potior in pign. vel hypothec. hab. d l. cum res. 5. Cod si aliena res pignori data sit. Negusant in tract. de pignoribus & hypothec. 3 membr secundæ part. n. 55. Vulcejus d. lib. disceptat. scholasticar. c. 17. Hackelman. Disput. illustr. 11. thes. 7. ad lit. B. D Obrecht. d.*
170 *Disputat. 15. thes. 209. 228 & 232.* Verùm si debitor rem alienam creditori suo dederit pignori scienti, eam esse alienam, an & tum casus iste sextus locum habeat, id est, pignus convalescat, adeoque actio illa creditori competat, inter partes hæret valde diffidentes? Et plerique distingunt debitorem, pignus possidentem, ab alio quolibet possessore, ut adversus debitorem convalescat pignus; adversus alium possessorem non item. *Accursius & Dd. communiter. in l. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Salicetus & alii in d. l. cum res. 5. C. si aliena res pign data sit. Jul. Pac. centur. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 52. Vulcejus d. cap. 17. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 233. Hackelman. d. Disputat. 12. thes 7. ad lit. C.* Ratio hujus distinctionis hæc redditur: quia si debitor contra creditorem excipere cupit, se conventionis tempore rei hypothecatæ non fuisse dominum; contra proprium venit factum dolique mali replicatio ei obstat. *l si inter 21. § 1 ff de pignorib & hypoth.* Convincitur enim de suo mendacio: quia rem non pro aliena, sed pro sua oppignoravit. *d l. rem alienam 41 ff. de pignorat. act.* Quæ ratio in quovis alio possessore cessat, ac proinde is rectè agenti creditori objiciet: rem oppignoratam conventionis tempore in bonis debitoris non fuisse. Sunt nonnulli magni nominis Interpretes, qui pignus illud omnino & indistinctè confirmari, existimant. *Balduin. in tract. de pignorib. & hypothec. cap. 12. Connanus lib. 4. Commentar. jur. civil. cap 13. num. 7 Petrus Faber.*
171 *lib. 2. Semestr. cap. 17.* In eadem videtur fuisse sententia Duarenus *lib. 2. Disputat. anniversf. cap. 11. circa princip.* Horumque fundamentum est positum, partim *in dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.* ubi sine distinctione scientis & ignorantis creditoris, ei hoc casu actio hypothecaria conceditur: partim *in dict. l. 1. ff de pignorib. & hypothec.* ubi etiam non ignoranti creditori actio dari videtur; licet, ut ait Papinianus, difficilius. Denique non desunt qui haud improbabiliter asseverant: creditori scienti, rem alienam esse, non dari actionem, neque contra debitorem, neque alium: sed tantum indulgeri retentionem: *idque argumento dict l. 1. ff. eod.* ubi ita scribitur: *dissi ilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur: sed facilior erit ei pignus possidenti, retentio.* Quòd dicitur, *difficilius*: comparativus pro positivo positus est, augendæ difficultatis causa: ut sit, difficile dabitur, id est, non dabitur. Sic enim & aliàs Papinianus, auctor illius legis, verbo *difficilius* utitur pro *non l nonnunquam. 8. in fine ff. de collatione bonor.* quamvis non negetur, verbum *difficilè* interdum aliter accipi, *ut in l si heres. 68. sub fine. ff. ad Senatusconsult Trebellian & l. Mævia 13. § 1. ff de annuis legat.* Præterea scienti creditori non datur contraria pignoratitia, quæ in personam est *l. tutor 16 § 1. vers. & si sciens creditor. ff. de pignorat. act.* Ergo nec ei dabitur pignoratitia 172
in rem, id est, hypothecaria. Nam Impp Diocletianus & Maximianus *in dict l cum res. 5 Cod. si aliena res pignori data sit* ajunt: hypothecariam hoc casu sexto excepto dari creditori, exemplo pignoratitiæ. At jam certum est, pignoratitiam scienti non dari. *dict. l tutor 16. § 1 ff de pignor. act.* Imò si non datur pignoratitia scienti; multo minus danda est hypothecaria: quia (ut dictum) pignoratitia est in personam: hypothecaria in rem. Iam verò potuit debitor personam suam obligare: rem alienam obligare non potuit. Sic & aliàs, ut in emptione, distinguitur emptor sciens, rem esse alienam, ab ignorante. *l. eg si in emptione. 34 § item si emptor. 3. & l. liberi 70 ff. de contrah empt.* Hancque sententiam *post Fulgosium in d l. 1. ff. de pignorib. & hypothec.* Explicatius defendunt. *Donellus in tractat de pignoribus cap. 9. Elias Roberus Disputat. Institution. 13. coronid. 2. & Everhardus Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert 95. edit. 1.*

Cui non obstat *dict l. rem alienam. 41. ff. de pignoratit.* 173
act ubi indistinctè traditur: si debitor, qui rem alienam pignori cedit, postea ejus rei dominus factus est, creditori dari utilem actionem pignoratitiam. *Tametsi* enim Paulus in principio illius legis generaliter loquitur: attamen ex ultimis ejusdem legis verbis luculenter patescit, eum de creditore ignorante loqui. Ait namque in fine: *Si convenit de pignore, ut ex suo mendacio arguatur: improbè resistit, quo minus utilis actio moveatur.* Hæc verba de debitore duntaxat, qui creditori rem alienam ignoranti pignori dedit, accipi possunt. Solus etenim is ex suo mendacio argui potest, qui adversarium ignorantem mendacio suo lesit; non ille, qui rem alienam suam esse asserens pignori dedit, creditore id sciente falsum esse. Nam qui sciente adversario quid falsum asserit: cum decipere non rectè dicitur. *l. qui se liti obtulit. 45 ff. de heredit. petit Donell & Bronchorst. locis prællegatis.*

Res feudalis utrum à vasallo citra caducitatis seu pri- 174
vationis periculum pignori dari possit, non usquequaque expeditum videtur? Et non posse, feudorum placitis decisum erat. *cap. 1. circa princip. ibi, vendere, vel pignorare, &c. de prohibit feud. alienat per Frider. tit. 55. libr. 2. Feudor cap. 1. § aut si libellario. ibi, pro pignore plus medietate obligaverit. quibus mod. feud. amittat titul. 5. lib. 1. Feud. cap. unic § fin. ibi, nam nec pignus. de investitura de re aliena fact. titul. 8 libr. 2. Feudor.* Ejusque ratio est perspicua: 175
quia omnis alienatio feudi regulariter prohibita censetur, *titul. 52. in princ. vers. per multas enim. &c. & dict. tit 55. in princ vers. habito ergo consilio. &c. lib 2. F.*
At pignoris datio est alienatio. *l. ult. ibi, vel pignoris nexum.* 176
Cod de reb. alien non alienand. alienatio, inquam talis, qua possessio ad alium, puta creditorem transit. *l. si rem alienam. 9. § propriè. 2. l cum & tertiis 35 § 1. & l. debitor. 40. ff. de pignorat. action. l. per servum 37 in princ. ff. de acquir. rer dom. l. 1. § per servum 15 & l. qui pignoris. 26. cum l. seq ff. de acquir. vel amit. possess.* Licet quoad casum usu-

Digitized by Google

canioni. , debitor rem oppigneratam possidere dicatur.
d.l. 1 . per servum. 15 ff eod. l. servi nomine 16. ff. de usur-
pat. & usucapionib. Dn. Collega Bocer. class. 5. Disputat 9.
thes. 65. ad lit f. edit. 2.
177 Nec objiciet aliquis : emphytheutam oppignorare pos-
se rem emphyteuticam. l. tutor. 16. §. fin. ff. de pignoratit.
act. l. lex vectigali 31. ff de pignorib. & hypoth. usufructua-
rium jus suum fructuarium. §. minus autem. 1. in pne. supr.
de usu & hab l. is qui. 11. §. usufr 2. ff. de pign & hyp l. 1.
vers. sed si res C si pignori datum sit. ergo & vasallum rem
feudalem. Tum quia jus feudale pignorationem disertè
prohibuit in feudo : at jus civile aperte concessit in usu-
fructu & emphyteusi, juribus modo allegatis. Non licet
autem ab uno jure arguere ad correctionem juris alterius
argument. cap. 1. vers legum autem Romanarum. de feudi
cognit. tit. 1 lib. 2. F Gothefred. ad d. l. lex vectigali. 31. ff. de
178 pignoribus & hypothec. Tum quia diversitatis ratio , cur
emphyteuta, sicuti & usufructuarius, non etiam vasallus,
jus suum alii oppignorare possit, evidens est. quòd vasal-
lus ex reditu servire domino tenetur: emphyteuta verò &
fructuarius non item, argument. d. tit. 52 vers. per multas,
[illegible], ac ita omnibus exhaustis. &c. & d. tit 55 in princip ibi,
unde debita servitia amittebant. lib 2. F. Vide Bachovium
in tract de action. b Disput. 3. ad thes 53 pag 101. vers. non-
dum possum, &c.
179 Sed num etiam hypothecæ datio prohibita sit vasallo ,
[illegible] est & difficilior contentio? Et certe non minus hy-
pothecæ [illegible], quam oppignoratione, interdictum esse
[illegible], multique non infimæ classis Jurisconsulti affir-
mant. Jacobus de Ardizione in opt. feud. cap. 116. Lau-
dens. in capit. 1. §. 1. n. 11. de probibita feud. alien. per Frid.
d. tit. 55. lib. 2. F Jac Petr. de cond. ex mor pro feud. ap ert.
n. 2. Hoseman consil. 20. vol 1. Sixtinbec. in Comment. in usus
feud. part. 12. n. 1 & Wesenb. de feud c. 11. n. 5. Vultejus de
feud lib. 1 cap. 10. n. 43. Hackelman. Disput. 12. coronid. 1.
& Mattha Stephani centur. 3. quæst. 34. Cujac. in c 1 de alien.
feud & in cap. 1. de alienat feud. patern item Rittershus. in
partit. feud. lib. 2 cap 3. quæst 4. & Berlichius part. 2. con-
clusion. practicabil. concl. 31. n 5. pag. 672 Verum contra-
riam sententiam, quòd videlicet vasallus impune feudum
suum hypothecæ dare possit, veriorem esse, non sine ratio-
ne concluditur. Nusquam enim hypotheca , sed semper
nominatim & in specie pignus prohibetur. dict. tit. 55 in
180 princ lib. 2. F cum similibus. Quare cum propriè aliud sit
pignus, aliud hypotheca. dict. l. si rem alienam. 9. § proprie.
2. ff. de pignorat act. l. plebs 238. § pignus ff. de verborum
significat. § item Serviana 7. infr. de actionib. proprietati
verborum standum & adhærendum erit : idque maximè
hoc casu fieri debet ubi in materia odiosa versamur: siqui-
dem propter oppignorationem, inscio domino factam va-
181 sallus feudo suo privetur. Pœnalia autem & odiosa inter-
pretatione magis restringi, quam ampliari debere, notissi-
mum est. l. cum quidam 19 ff de liber. & posthum. heredib.
instit. l. si fuerit. 10 in fin ff. de reb. dub l si præses. 32. in fin.
C l. interpretatione 42. ff. de pœn. l. semper in dubiis 56. l fa-
ctum. 155 §. ult. l. rapienda. 16[illegible]. C l. ea, quæ. 192. §. 1. ff de
182 reg jur. c odia. 15. de regul. jur. in 6 Præterea illa dunta-
xat feudi alienatione interdictum est vasallo , qua posses-
sio prædii feudalis transfertur. d. cap. 1 § callidis insuper.
ibi feudum vendunt, & in alios transferunt. de probib. feud.
alienat. per Frideric. tit. 55. lib. 2. F. At per hypothecam
non transfertur possessio : cùm nuda conventione contra-
hatur. dict. l. si rem alienam. 9. §. 2. ff. de pignorat. act. l.
contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. d. § item Servia-
na. 7 vers. nam pignoris. infr. de actionibus. Adhæc vasal-
lo illhac feudi alienatione interdictum est, per quam ipse
feudi reditus amittit : unde amplius domino debita ser-
vitia, utpote jam alimentis destitutus, præstare commodè
non possit, c 1. de probibit. feud alien. t. per Lothar. circa
princip. ibi, ac ita omnibus exhaustis , suorum seniorum
servitia subterfugere , &c. d. tit 52 lib. 2. F. & d. dict.
tit. 55. in princip ibi, unde debita servitia amittebant.
lib. 2. feudor. Atqui per hypothecæ constitutionem va-
sallus non amittit feudi reditus : cùm possessionem feudi,
adeoque hujus possessionis commodum, quod est fructuum
perceptio, retineat. l. Fulcinius. 7. §. ult. ff. quib. ex caus.
in possess. eatur. Igitur cessante dispositionis fine in hypo- 183
theca, cessabit etiam ipsa dispositio, arg. l. in omni. 13. ff.
de adoptionibus. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg & pupill.
substit. l. adigere. 6. §. quamvis ff. de jur. patronat. c. cum ces-
sante. 60. ext. de appellationib. Atque huic sententiæ suf-
fragantur Bald. in d. c. 1. §. 1. n. 1. de probibit feud. alienat.
per Frid. & ibidem Alvarott. n. 2 Curt. junior. de feud.
part. 4. n. 95. Frider Schenck. in dict cap. 1 §. aut si libella-
rio. quib. modis feud. amitt. Wurmser in pract. observat.
de feud observat. 18. Hartman. Hartmanni de feud.
observat 20 Zasius in epitom. feud. part. 9 num. 18. Fichard.
consil 5. num. 5. vol 1. D Collega Bocer d. class. 5 Disput.
19 thes 68. edit. 2. Reinchal. in synops feud. cap. 9. conclus.
15 Borcholt. in Comment. de feud. c. 8. n. 60. & seqq alii-
que nonnulli.
Non obstat, quòd nominis tantùm sono à pignore differ- 184
re hypotheca dicitur. l. res hyp 5. §. inter pignus ff de pign.
& hypoth. Illud enim non simpliciter & generaliter exau-
diri debet, sed solummodo quoad actionem hypothecari-
am: quæ tam hypothecæ, quàm pignoris nomine creditori
competit. d l item Serviana 7. vers inter pignus infr de act.
Et dictam l. 5 § inter pignus ff. de pign. & hyp pertinere ad
actionem hypothecariam , arguit clarissime ejusdem le-
gis inscriptio, quæ demonstrat, quòd lex ista sit Marciani,
desumpta ex lib. singulari ad formulam, id est, actionem
hypothecariam : sicuti quoque monuimus supra num. 5.
Minùs resistit, quòd non solum pignoris , sed & hypo- 185
thecæ datio sit alienatio. prædicta l ultim. Cod. de reb. alien.
non alienand. Haud etenim quævis simplex feudi aliena-
tio jure feudorum prohibita censetur, sed illa tantùm, qua
possessio rei feudalis ad alium, in quem alienatio fit, trans-
fertur. d. titul. 55. in princ vers. callidis ibi, feudum ven-
dunt, & in alios transferunt. lib. 2. feudor.
Nihil quoque adversatur, quòd per hypothecæ datio- 186
nem pervenitur ad rei venditionem. l. 2. 3. & 4 C. de di-
stract. pignor. tot. tit. ff. de distract. pignor. & hypothec.
quæ vasallo nequaquam permissa est. d tit. 55 in princ. vers
habito ergo. &c. lib. 2. F. & prohibita alienatione, id etiam
prohibitum intelligitur, ex quo sequi alienatio potest, arg.
l oratio 16 ff de sponsal. l. ad rem mobilem. 56. & l. ad lega-
tum 62. ff. de procuratorib. l. et post alios quos citat, Meno-
chius consil 116. num. 15 & seq. Nihil, inquam, id adver-
satur : quoniam procedit in alienatione simpliciter pro-
hibita, non itidem in ea prohibita alienatione, qua ipsa rei
possessio in alium transfertur : qualis est prohibita feudi
alienatio , ut qua vasallus commodo fructuvè privatur :
de qua feudi alienatione cùm feudorum placita tantum
loquantur : de alia quavis alienatione minimè sunt acci-
pienda: præsertim, cum prohibitio alienationis sit odiosa; 187
proindeque, in quantum fieri potest, restringenda, arg. No-
vell. 108 in præfat & nos igitur 2 vers. novimus igitur, &c.
Tiber. Decian respons. 78. num. 37. vol. 3. & alii ab eo hanc in
sententiam allegati. Vide Berlichium conclusion. practi-
cabil. part. 2. concl. 31. num. 2. & seqq.
Superiori quæstioni proxima est illa: Anne, si feudi do-
minus in oppignorationem consenserit; & postea , vasal-
lo sine liberis mortuo, feudum ad ipsum dominum devo-
lutum fuerit, illa firma maneat , sicque dominus satisfa-
cere creditoribus teneatur? Et satisfacere teneri (utut re- 188
clament atque ogganniant Matthæus de Afflict. in c. 1. qui
successores teneantur, in usibus feud Zasius in Epit feud. part.
6. num. 27. & part. 9 num. 8. & 29. Bursat. consil 171. alii-
que per eum citati) omninò concludendum existimo. Pri-
mum enim juris est haud incognitum : quòd is, qui consen-
tit contractui , super re aliqua inito , hoc ipso censeatur
renunciare juri, quod in re ista habuit. l. servus communis,
38. § 1 ff de donat inter vir. & uxor l. apud Celsum. 4. § quæ-
situm. 12. ff. de doli mal. & met. except. l. 2. Cod de remiss.
pignor. Deinde & hoc exploratum est : eum , qui semel 189
consensit , huic consensui jure contravenire non posse;
sed eo nomine perpetuo devinctum esse, argum. l. per fun-
dum. 11 ff. de servitutib. rustic prædior. l. in diem. 8. ff. de
aqua & aqua pluv. arcend. l. de accessionibus. 14. § fin. ff.
de divers. & temporal. præscript. l. 1. §. prodest. 14. vers unde
si quis ff. quod legat c. quod semel. 21. de reg jur. in 6 Præter- 190
ea magis in specie de domino feudi traditum est; quòd ea,
quæ

Digitized by Google

quæ ipſius conſenſu in feudo geſta ſive alienata ſunt, rata habere teneatur, non ſolùm tum, quando feudum adhuc à vaſallo poſſidetur, ſed vel maximè etiam, quando vaſallo defuncto, feudum ſibi apertum fuerit. c. 1 § etſi clientulus. verſ. ſi verò. de alie nat. feud. lib. 1 tit. 13 feudor. Et licet feudum per oppignorationem non alienetur, ſicut per venditionem: tamen eadem ratio in oppignoratione, quæ in venditione, imò major eſſe videtur. Nam ſi alienatio ſtabilis ac firma permanet in præjudicium domini conſentientis: multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præjudicii domino adfert. Ad hæc idem ſua-
191 det ipſa natura negotii. Oppignoratione ſiquidem jus conſtituitur reale, quod cum re ipſa tranſit, ad quemcunque ea pervenerit. l. ſi fundus 16. §. in vindicatione ff. de pi-
192 gnorib. & hypothec. Dominus itaque conſentiendo oppignorationi, cenſetur ſe ad naturam illius rei conformare, & tale jus in feudo conſtituere voluiſſe, quod feudum ſemper comitetur, tametſi iſtud ad ipſum dominum reverſum fuerit. Sicut enim pleraque alia: ita etiam conſenſus domini ſecundum ſubjectam materiam, & naturam actus ſive contractus, ſuper quo adhibetur, id eſt, pignoris, adeòque ſecundum diſpoſitionem juris eſt accipiendus, argument. l. inſulam. 6 ff. de præſcript. verb. l. ſi ſtipulatus. 4. in princip. verſ. verùm ſi emptor. ff. de uſur. l. damni 13. in princ. verſ. & quod in ſtipulatione. ff. de dam. infecto. l. ſi cui 9 ff. de ſervitutibus & l. quamvis nam. 62. ff de rit. nupt. ita nimirum, ut maneat pignus, donec debita pecunia creditoribus offeratur, ſolvaturque iis modis, quibus jure conſtitutum eſt. tot. tit. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. ſolvit. Atque ita, poſt Andream de Iſernia à ſe laudatum, ſentit Marinus Freccia lib. 2. de auctoritate & poteſtate regis erga ſubfeudatarium auctorit. 29. n. 8. verſ. fallit etiam hæc regula, &c. Eique patrocinantur non inviti D. Hartman. Piſtoris lib. 2. part. 1. ſter quaſt. 48. n. 14. cum ſeqq. Fachinæus lib. 7. controverſiar. jur. cap. 56. & Hackelmannus Diſputat. illuſtr. quæſt. 12. coronid. 2.

193 Hanc ſententiam primò non deſtruit, quod regulariter omnis promiſſio & conventio intelligitur, rebus ſic ſtantibus, ſive in eodem ſtatu permanentibus. l. quæro 54 § inter locatorem ff. locati. quod ſi remo. 8 ibique gloſ. ſuper verb. poteſt. & Jaſon colum. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. l. continuus. 137. § cùm quis. 6. ff. de verbor. obligat. l. ex facto. 43. in princip. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. cum quis 38. in princ. ff. de ſolutionibus. Late Anton. Rubeus conſil. 147. hancque cum aliis allegat Tiraquellus ad l. ſi unquam. 8. C. de revocand. donat. in præfatione. num. 167. Ideoque conſenſus domini, ſuper oppignoratione interpoſitus, locum habere, ac domino præjudicare creditur, rebus ſic ſtantibus; id eſt, donec vaſallus, qui oppignoravit feudum, vixerit, ſive ſucceſſores ejus feudum obtinuerint; non autem, ſi feudum ad ipſum dominum revertatur. Hoc, inquam, non deſtruit noſtram ſententiam. Quamvis enim prædictis in legibus promiſſio facta, propter certas quaſdam & juſtas cauſas intelligatur, rebus ſic ſtantibus: non tamen inde ſumi poteſt generale quoddam, ac veluti abſolutum axioma; quamlibet conventionem ac diſpoſitionem accipiendam fore, rebus ſic ſtantibus; ita ut qualibet varietas & mutatio poſtea contingens, jus immutet, ipſam-
194 que promiſſionem & conventionem infringat. Idque ſatis apparet ex præallegato cap. 1 §. etſi clientulus. de alienat. feudi. lib. 1. tit. 13. Feud. ubi habetur caſus alienationis feudi, cum voluntate ſive conſenſu domini à vaſallo factæ. Vaſallus moritur ſine deſcendentibus maſculis, & quæritur: nunquid facta alienatio revocetur, an verò ſubſiſtat? Si ſpectetur illud generale pronunciatum: Qualibet promiſſio & obligatio intelligitur rebus ſic ſtantibus: dicendum erit, feudum ad dominum reverti, alienationem reſcindi, conſenſumque non obſtare: ſiquidem res non amplius ſit in eodem ſtatu. At contrarium deciditur. in d. §. etſi clientulus. nimirum ſtabilem permanere alienationem. Hujusque ratio eſt: quia ſecundùm ipſam naturam actus, & intentionem contrahentium, & rei æquitatem judicandum eſt, non ſecundùm generales quaſdam
195 regulas. Omnis quippe definitio ſive regula periculoſa eſt. l. omnis definitio 202. ibique Accurſ. & Philipp. Matthæus n. 2. & ſeq. ff. de reg. jur. Joan. Mercer. lib. 2. opinion. cap. 16.

Secundò non turbat noſtram ſententiam; quòd conſenſus præjudicare juri proprio ipſius conſentientis non ſolet, qui non interponitur & adhibetur pro ut ea ratione rei geſtæ, ut videtur, l. Cum. 39. ubi Paul. de Caſtro ff. de pignorat. act. l. cùm quidem 26. C. de adminiſtrat. tutor. vel curat. ac propterea nec in præſenti themate conſenſus domini obſit aut præjudicet ipſi in jure proprio, atque adeo non impediat, quo-minus vaſallo, ſine maſculis defuncto, feudum liberè ad illum revertatur. Nam reſpondetur: conſenſum non obeſſe aut præjudicare domino circa jus directi dominii, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa conſolidationem utilis dominii cum directo; modò pignus firmum maneat. Etenim ſi firma non conſiſteret feudi obligatio à vaſallo facta, domino conſentiente: id creditori præjudicium adferret, & natu- 196
ræ rei geſtæ repugnaret. Ea ſiquidem natura contractûs 197
pignoris eſt; ut maneat jus firmum creditori, donec pecunia ei perſoluta fuerit, docente Fachinæo d. lib. 7. controverſ. jur. cap. 56. verſ. ſecundum argumentum, &c.

Tertiò, eandem ſententiam haud evertit, quòd domini 198
conſenſus, oppignorationi præſtitus, confirmat oppignorationem, quæ alias non valeret. Confirmatio autem nihil novi juris tribuit. Qui enim confirmat, nihil dat. l. & quia. 5 ff. de juriſdict. c. quia diverſitatem 5 ext. de conceſ. præbend. C. 1 ibique gloſ. ſuper verb. confirmationem ext. de confirmatione utili, vel inutili. Gail. lib. 2. obſ. 1. num. 3. & 8. Non itaque conſenſus, qui ideo adhibetur, ut obligationem ſeu oppignorationem vaſalli confirmet, novum jus contra dominum conſentientem introducere poterit, ut eundem etiam, feudo ſibi aperto, obliget. Illud, inquam, haud noſtram evertit ſententiam. Neque enim propterea, quod ſtatuimus, dominum feudo ſibi aperto, debitum perſolvere teneri, ex confirmatione, præter naturam ejus, novi aliquid ſequitur. Nam cum ſemel jus reale, conſentiente domino, in feudo conſtitutum fuerit: neceſſariò inde evincitur, jus hoc inhærere, ad quemcunque feudum
perveneric. Non igitur mirum, cur conſenſus eò vires ſuas 199
extendat: cum is, qui vult unum, exiſtimetur etiam omne id voluiſſe, quod ex eo neceſſariò conſequitur, arg. l. 2. ff. de juriſdict. l. illud 77 ff. de acquir. vel omit. hered. l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur. Siquidem non idcirco dominus ultra obligatur, quàm requirat ipſa conſenſus natura: quæ eſt, ut quis id, quod ſemel placuit, ratum habere teneatur. arg. c. quod ſemel. 21. de reg. jur. in 6. & l. nemo poteſt mutare 75 ff. eod. tit.

Quartò, non obſtat vulgata juris regula, quæ docet, quòd 200
renunciatio juris nunquam præſumatur: niſi de ea expreſſe actum fuerit. l. cum de indebito. 25. circa princip. ff. de probationibus, & quotieſcunque alicui plura competunt jura, ſi uni renunciaverit, non propterea alteri renunciatum cenſeatur, argument. l. ſi domus. 21 ff. de ſervitutibus præd. urb. l. ſi mihi 20 in princip. ff. de ſervitutibus. præd. ruſticor. l. nec is. 17. § 1 ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. quotiens duplici 91 ibique Decius & Cagnolus ff. de reg. jur. Igitur & in noſtro caſu quamvis dominus conſentiendo obligationi ſeu oppignorationi, intelligatur renunciare juri, quod vivente vaſallo ipſi in feudo competierat: non tamen ideo videatur voluiſſe jure, quod demum poſt mor-
tem vaſalli ſibi competere incipiebat, ſe abdicare; & in 201
eventum ſemetipſum creditoribus obligare. Non, inquam, obſtat prædicta regula: quia ea procedit in dubio: ſecus in claris, in quibus nos verſamur, & in quibus locus non eſt conjecturis. l. continuus. 137. § cum ita. 2. in fine. ff. de verb. oblig. l. ille aut ille. 25. in fine ff. de legat. 3. In propoſita namque quæſtione de renunciatione ex ipſo conſenſu domini dilucidè conſtat: quandoquidem conſentiens oppignorationi, eo ipſo jus ſuum reſignare reputatur arg. l. ſervus communis. 30. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. apud Celſum. 4 § quæſitum. 1. ff. de doli mali & met. except. & l. fidejuſſor 26. § 1. ff. de pignoribus & hypothec. Sic etiam quod de renunciatione unius juris ad alterum non porrigenda adfertur, locum duntaxat habet in juribus ſeparatis & diverſis. Hic autem non de diverſis, ſed de uno & eodem jure directi dominii agitur. Here. Piſt. d. q. 18. n. 28.

Quintò, nihil decerpit noſtræ deciſioni; quòd pluri- 202
mum inter ſe differant conſentire & obligari, per notata

A. curſii

Digitized by Google

Accursii in c. 1. §. si ratum. 6 ff. quod jussu Bartoli in l. Lucius Titius. 21. ff. de administrat. & peric. tutor. & in l. si cum dotem. 22. §. transgrediamur 12 ff. solut. matrimon. & ideo dominus, qui consentit oppignorationi feudi, non censeatur obligatus propter hunc consensum, ad solvendum æs alienum creditori ipsius vasalli. *Respondere* enim potest; non obligari quidem dominum expresse ob consensum præstitum ad solvendum æs alienum: sed hoc tamen efficere præstitum consensum, ut feudi oppignoratio legitimè constituta esse dicatur: ac proinde ita stabilis & firma permaneat, ut creditor pignori rectè insistat, donec ei debita pecunia persolvatur; nec aliter pignus sive hypotheca ejus solvatur, quàm solutione illius, quod debetur, vel aliis legitimis modis. *Fachinæus. d. l. 7. cap. 56. ne [illegible] quintum argumentum, &c.*

203 Postremò nihil planè officit, quòd in generali locutione non comprehendatur persona loquentis, *argument. l. qui insulam. 30 § ult. ff. locati l. inquilino. 19 C. de solution. [illegible] An tr. de Isern. in cap. 1. §. fin [illegible] lex. in usibus feudor.* & ea propter dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse non sit existimandus. *Nam* cum dominus oppignorationi consentiendo obstringatur, & ratum [illegible] habere contractum vasalli, atque hoc respectu ex ipso etiam contractu vasalli obligetur: [illegible] personam ejus à consensu ab ipso [illegible] poterimus? Procedit enim ista regula [illegible] in his, ubi persona loquentis, & sermo ab eodem prolatus, separatim considerari potest, *ut*

204 [illegible] *num.* [illegible] Hincque [illegible] tum quoque obtinere putamus, cum dominus oppignorationi feudi consensit, adjecta clausula *[illegible] jure meo.* Illa etenim clausula intelligitur [illegible] omnia alia jura, præter ea, quæ dominus [illegible] in alium transferri patitur. Siquidem alias [illegible] illa consensui videt contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto, quæ non relevat protestantem, *argument. l. si quis extraneus. 21. in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit. c. [illegible] 54 de appellat. c. cum M. Ferrarienlis 9. ibique gl. super verb. sine præjudicio. de constitut. c. olim causam. 2 [illegible] & ubi gloss. in verb. protestatus. de censibus.* Sed vide fusissime hæc explicantem Hartmannum Pistoris *d. quæst. 48. n. 32. cum seqq.* & Fachinæum *d. lib. 7. controvers. jur. cap. 56 circa finem.*

205 Porrò & illud hic addendum censeo: quod consensus à domino [illegible] oppignorationi, à vasallo facto, præstitus etiam ad usuras, sive ad id, quod interest, frustra reclamantibus Matthæo de Afflict. *in c. imperialem [illegible] 12. notab. quæst. 8. num. 21. de prohib. feud. alienat. per Frider.* & Marino Freccia *lib. 2. de auctorit. & potest. Baronis erga subfeudatarium quæst. 2*, meritò extendatur, *argument. l. quæro. 54. in princ. ff. loc. [illegible]*

206 ubi fidejussor, cujus obligatio strictè accipienda est in omnem causam conductionis obligatus, tardius illatarum per moram conductoris pensionum usuras præstare cogitur. Sicut igitur obligatio fidejussoris

207 ad usuras extenditur: ita & consensus domini: quoniam dum dominus in oppignorationem feudi consentit: in omnem causam consentire dicitur. *Nec movet*, quòd ab adversariis negatur, dominum consentire in omnem causam, dum consentit oppignorationi feudi. *Id enim* concedi poterit, si adjecta certæ quantitatis taxatione consensit, [illegible] consentio, ut feudum oppignoretur à vasallo pro quantitate centum duntaxat aureorum. Cæterum si consentiat simpliciter, nec ad certam pecuniæ summam consensus restringatur; aliter erit respondendum, & dicendum, quòd hoc casu consensus non ad sortem tantum pecuniæ debitæ, sed & ad usuras pertineat. *d. l. quæro. 54. in*

208 *princ. ff. locat.* Neque rectè replicatur, non porrigi consensum ad usuras, quæ ex mora debitoris vasalli veniunt: cum hujus culpa domino nocere non debeat. Nam mora debitoris vasalli non nocet domino per se & principaliter, sed in consequentiam contractus pignoris, cui dominus ipse consensit. Usuræ siquidem veniunt tacitè, & in consequentiam contractus bonæ fidei post moram, ex officio judicis. *l. Lucius Titius. 24 ff. deposit. dict. l. quæro. 54. in princ. ff. locati.* Quare dominus consentiens pignori, qui contractus bonæ fidei est. *§. actionum autem. 28. infr. de actionibus*, videtur consentire in omnem causam, quæ ex eo contractu nasci potuit, *argument. l. si quis pro eo. 56. §. si nummos ff. de fidejussoribus.* Et ita hanc sententiam, *post Joachimum Camerarium in d. c. Imperialem. de probib. feudi alienat. per Frid. & Hartmannum Pistoris lib. 2. parte posteriori, quæst. 49.* defendit Fachinæus *d. lib. 7. controvers. jur. cap. 57.*

Sane debitoris bona vel generaliter, vel specialiter, pignori aut hypothecæ supponi solent. *l. 1. in pr. l. obligatione. 6. l. Paulus 29. in pr. ff. de pign. & hypoth. l. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. l. 1. & l. nomen. 4. C. quæ res pign. obligari poss.* 209

Generaliter: cùm sine ulla rerum notatione omnia bona, præsentia & futura, obligantur: puta si dicatur; obligo tibi omnia mea bona: vel tantùm, omnia bona. *l. ultim. C. quæ res pign. oblig. poss. ubi vide Donellum, eumque livido dente arrodentem Schifordegherum lib. 3. tr. 12. quæst. 2.* Ea tamen, quæ ab herede obligantis quæsita sunt, generali pignoris seu hypothecæ obligatione continentur. *d. l. Paulus. 29. in pr. ff. de pign. & hypothec.* ut nec ea quæ verisimiliter quis non fuisset obligaturus: cujusmodi sunt, supellex, vestis, servi aratores, boves aratorii, cæteræque res, quæ ad usum debitoris perquam necessariæ sunt; vel ad affectionem ejus pertinent; qualis est concubina, alumni, &c. *d. l. obligatione. 6. cum duabus seqq. ff. eodem tit. d. l. 1. l. executores. 7. & l. seq. Cod. quæ res pign. oblig. poss. Mudæum ad tit. de pignoribus & hypothec. c. quæ res obligatæ intelligantur. num. 6. & seqq.* 210

Specialiter bona debitoris pignori vel hypothecæ obligantur, cùm ipsa conventio in certam rem unam vel plures confertur, *dicta l. 1 in princ. l. & quæ nondum. 15. §. 1. ff. de pignoribus, & hypothec.* 211

Et hæc specialis conventio etiam complectitur ea, quæ per consequentiam accedunt. Cujus generis sunt: si quid fundo obligatio per alluvionem accesserit. *l. si fundus. 16. in princ. ff. d. titul.* si cum nuda proprietas pignori data fuerit, ususfructus accreverit. *l. si convenerit 18 §. 1. ff. de pignorat. action.* item partus ancillarum, fœtus pecorum, & fructus prædiorum obligatorum. *l. fidejussor. 26. §. ult. dict. l. Paulus. 29 §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. C. de partu pignoris. l. quamvis fructus. 3. C. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit.* Sed & ædificium areæ obligatæ impositum, pignori sive hypothecæ tenetur, *d. l. si fundus. 16 §. si res. & l. ult. ff. de pignorib. & hypothec l. domo. 21. ff. de pignorat. act. late Donell. in tractat. de pignorib. cap. 7 pag. mihi. 118. D. Beer. Class. 2. Disput. 12. thes. 3 [illegible] ad tit. C. edit. 2.* 212

In pignori vel hypothecæ constitutione nonnunquam etiam pacta interponuntur: quæ si justa fuerint, servanda sunt; sin injusta, reprobanda. 213

Est autem inter cætera justum pignoris pactum, si convenerit, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur, in modum legitimarum usurarum *l. 1. § pacto 3 l. si is. 11. §. 1. [illegible], donec illi pecunia solvatur. ff. de pignoribus & hypothec. l. Caius Sejus. 39. ff. de pignorat. action. l. legata. 9. § ult. ff. de supellect. legat. l. si ea pactione. 14 & l. si ea lege. 17. C. de usur.* Quæ pignoris species ἀντίχρησις appellitatur *l. si pecuniam. 33. ff. de pignorat. act. & l. si is, qui 11 §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Petrus a [illegible] in tractat. de usur. ad l. 19 ff. de usur. Ritters[illegible] lib. 3. differentiar. jur. civilis. & can. cap. 7 pag. 208. Bachovius lib. 1. de pignorib. & hypoth. cap. 14. pag. 65.* 214

At quid statuendum, si unus ille, sive perceptio fructuum legitimum usurarum modum excesserit: num pactio aut conventio hæc valebit? Si fructus percipiuntur, ut usuræ: nulla ratione fieri potest, ut terminos legitimarum usurarum egrediantur. Si verò percipiuntur loco usurarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, sive eventus spectetur, sive eorum æstimatio: conventionem isthanc ratam esse, non inepte quis dixerit. *d. l. si ea lege. 17. C. de usur.* Etenim si minus, & interdum etiam nihil fructuum creditor percipiat, id quod fieri potest: eo tamen contentus esse debet: atque ideo eventus & æstimationis fructuum incertitudo tale pactum ab iniquitate usuraria liberat.

Sicut & pleraque alia propter incertum fructuum pretium & eventum permittuntur: quale illud est, quod frumenti, hordei, vel olei mutuò dati accessiones etiam ex nudo pacto præstandæ sunt; quæ in pecunia non nisi ex stipulatione debentur. *l. frumenti. 12. ibique Gothofr. & l. oleo. 23.* 215

juncta

Digitized by Google

juncta l. 2. C. de usur. Cuiac. lib 8 observ cap. 17. Mynsinger. cent. 6 observ. 71. Borcholt. in Comment. de usur. cap 6. n. 5. Bronchorst cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 96. edit. 1. Arumaeus Exercit. Justin. 12 thes. 19. & Treutler. disputat. 1. thes. 6. ad lit b vol. 2. ibique Hunn. in resolut. quaest. 28. pag 59 & seqq. Eaque de re consuli quoque poterunt, diversimodè sentientes, *Carolus Molinaeus in tract. commercior. & usurar. quaest. 35. num 259. & seq. Francisc. Balduin. in tract. de pignoribus & hypothec. cap. 16. Alciat. lib 2. Disput. cap. 3. Andr. Gail lib. 2. observat. 3. Hotoman. lib. 1. observat. c. 4. & ad tit. in quibus caus. pignus, &c. Robertus. libr. 1. receptæ jur. civil. lectionis, cap 14. Hackelman. Disp. 12. thes. 2. Ant. Fab. part. 1. de errorib. pragm. dec. 9. err. 5 cum seqq. Herm. Meyrer. in tract. de præferendis cred. lib. 1. c. 8. Knipschildt. d. exercit. Acad. 5. q. 16. pag. 196. Francisc. Merlinus decis. Lucens. 33. & Schickard. disp. 12. ad Instit in corollario.*

216 Cæterùm injustum, ac propterea minimè servandum pignoris hypothecæve pactum est: cùm creditor pecuniam credit ea lege; ut, si pecunia ad certum diem soluta non fuerit, pignus, quod eo nomine obligatum est, creditoris fiat. *l. ult. Codic. de pactis pignorum, &c.* Qua lege Constantinus Imp. damnat pacta, propter fragilem debitoris captionem, & avari creditoris asperitatem inita. Solent enim creditores avaritia exardescentes, mutuò dare pecuniam nemini, nisi sub lege pignorum commissoria: cui facillimè debitores, necessitate pecuniæ accipiendæ constricti, se submittunt: tum propter spem rebus suis consulendi: tum propter extremam, qua premuntur, egestatem atque necessitatem. *Molin. d. tractat. commercior. & usurar. quaest. 52. num. 364 Neguzant in tract. de pignoribus & hypothec part. 4 principal. num. 1 Bronchorst. cent 1. miscellan. controvers. assert. 77. Bonacina in tract. de contractibus & restit Disputat 2. quaest. 3. punct 8. pag. 466.*
217 Pactum autem istud vocari solet lex commissoria *d. l. ult. C. de pactis pignor & de lege commissor. &c. & tit. 27. lib. 1. feudor* hocque proprium habet, ut pignora cadant in commissum, debito ad diem præfinitum non soluto: & dicitur lex commissoria ad similitudinem commissorum emphyteuticorum, vel publicanorum, quorum meminit *l. 2. C. de jur emphyt. l. commissa. 1 ff de publican. & vectigalib. Donel. in tract. de pignoribus cap. 13. pag. mihi 154. Covarruv lib. 3. variar. resolut c. 2. num 8. Bachov. d. lib. 1. de pignorib. & hypoth. cap. 15. pag. 64. & seqq.*

218 Nec assertioni isti, qua statuitur, legem, id est, pactionem commissoriam in pignoribus esse reprobatam, obstat *l. si fundus. 16 §. ult ff de pignoribus & hypothec. & l. 1. C. de pactis pignorum. &c* ubi valet pactum inter debitorem & creditorem initum: ut, nisi ad conventum tempus debitor creditori solvet debitum, res oppignorata ei pro debito cedat. *Nam* tum demum subsistit illa pactio, ut res pro debito oppignorata cedat creditori, si justo pretio æstimata fuerit. Hoc quippe casu conditionalis quædam pignoris venditio inter debitorem & creditorem contrahitur. *d. l. si fundus. 16. in fin ff de pignor. & hypothec.* resque tunc æstimatur à judice, aut alio viro bono: neque debitor aut creditor inde læditur. *Ita tenent Bartol in l. ult. C. de pact. pignor. Alexand consil. 178. num. 9 lib. 7 Afflict. decis. 368 num 1. in fin. Menochius remed. 5. adipiscend possess. quaest. 8. num. 44. aliique complures, ab eo citati*

219 Pari ratione non repugnat *l. fin. in princ. ff. de contrahend. empt.* ubi sustinetur pactum commissorium in pignore, interpositum inter debitorem & fidejussorem, qui pro eo fidem suam astrinxit. *Illic* namque non respondetur, quòd ipsa prædia sint fidejussori pro debito empta, adeoque legi sive pactioni commissoriæ locus relinquatur: sed simpliciter dicitur quòd sint empta: & sic intelligitur, justo pretio empta esse. Quoties enim dicitur simpliciter, quod res sit empta, nisi debitum in termino præfixo sit solutum non intelligitur pro ipso debito, sed pro justo pretio, à judice, vel bonis viris æstimando, *arg. d. l. si fundus 16. §. ult. ibique Bartol. ff. de pignoribus & hypothec. Hostiens. Imola, Joan. Andr. Panormitan. & alii in c. significante. 7. ext. de pignoribus. Neguzant. d. tractat. de pignoribus & hypothec. part. 4. princ. num. 6. Bertrand. consil 98. incip puto col. fin. libr. 4.* Atque id copiosius explicant Molinæus *d. tractat. commercior. & usurar. quaest. 52. num. 357.* & Didacus Covarruvias *dict. lib. 3. var. resolut. cap. 2. num. 7. & 8.*

Similiter non adversatur *l. ult. Cod. de distract. pignor.* 220
ubi rescribitur, validum esse pactum inter creditorem & debitorem initum: ut, si ex venditione pignoris plus percipiat creditor, quàm ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris: quod videtur sapere naturam pacti seu legis commissoriæ, eò quòd pignus acquiritur creditori pro debito, licet pignus valeat pluris, quam debitum. Non, *inquam*, adversatur. Quia justa est conventio, si convenerit; ut, quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne sibi habeat, propter incertum eventum venditionis: sicut è contrario, ut si vel minimum redegerit, eo sit contentus in crediti vicem. *l. à Divo Pio. 15 §. si pignor. 3 ff. de re judicat.* At non ita lex sive pactio commissoria in pignoribus admittitur. *tot. tit. Cod. de pactis pignor. & de lege commissor in pign. rescind. Gothofred ad d. l ult. C. de distract. pignor. Bronchorst d. centur 1. miscellaneor. controvers assert. 77. in fine.* Cur autem in pignoribus, & non item in emptionibus, pactio commissoria improbetur, explicuimus *in § emptio. 4 infra, de empt. & vendit. n. 6. & seq.*

Dubitatur & controvertitur inter Doctores: an talis 221
pactio commissoria valeat, si non à principio, scilicet quando contractus celebratur, sed ex intervallo, post pignus datum, adjiciatur? Et valere censent *Bartolus in l. quamvis. 45 ff. de solutionibus & in l. Titius. 34. ff. de pignorat. action Guido Papæ decis. 6 num. 2. Abbas Panormitan. in cap. significante 7. de pignoribus num. 6. Neguzant. d. part. 4. num. 6. Mozzius in tract. de pignoribus & hypoth. c. de accidentalib. pignoris. num. 12. Hunnius lib. 3. var. resolut jur civ tract 7. part. 1. quaest. 5. pag 1081. cum seq. & alii plerique.* Verùm contrarium ego veritati magis esse consentaneum, omninò existimo, cum recentioribus quibusdam magnæ auctoritatis Jureconsultis, *Carolo Molinæo, in aliquoties allegato tractat. commercior. & usur. q 52. num. 363. Antonio Fabro part. 1. de erroribus pragmat. decad. 21 error. 2. Mudæo in tract. de pignoribus c. de pacto legis commissor. num. 20. cum seqq. Bocero class 12. Disput. 2. thes. 35. lit. B edit. 2. Hackelmanno Disputat. quæstion. illustr. 12. thes. 3 ad lit. A. Plebstio Disputat. 2. de jure topico Wurtemberg. thes. 112. lit. B. edit. 1. Bachovio d lib. 1 de pignoribus & hypoth. c. 16. num 4 pag. 75. & aliis.* Hæcque 222
sententia sufficienter probatur argumento *dict. l. quamvis. 45 ff de solutionib. & d. l. ult. Cod. de pactis pignor &c.* qui textus generaliter & indistinctè loquuntur. Ergo nec nobis distinguendum erit. *l. de pretio 8. ff de public. in rem act. l. 1. §. generaliter 1. ff. de legat. præstant.*

Nec huic contradicit Marcellus *in d. l. Titius 34. ff. de pi-* 223
gnorat. act. ubi respondit, valere pactum inter debitorem & creditorem interpositum, quo convenit, ut fundum certum pretio emptum habeat creditor, qui alioquin ob non solutam sua die pecuniam distrahere pignus posset. *Non* enim Jurisconsultus loquitur de lege commissoria in pignore ex intervallo adjecta, nec de casuali aut conditionali pignoris venditione sed de pura datione in solutum, aut venditione tunc facta, cùm jam in solvendo moram debitor contraxerat. Quæ species longe differt a nostra. Nemo siquidem negavit unquam, valere conventionem, si pro debito purè vendatur res, quæ antea obligata tantum erat. *l. rescriptum. 12 ff. de distract. pignor. l. in numerationibus 4 ff de solutionibus l. cum dominum. 13 C. de pignorib. & hypothec latè & accuratè Anton. Fab. & Molinæus locis proximè designatis.* Et sanè adeò ista pactio commisso- 224
ria non subsistit, ut ne juramento quidem confirmari possit. *l. non dubium. 5. C. de legibus d. c. significante 7 ibique* 225
Panormitan. ext. de pignoribus. Quoniam juramentum non debet esse vinculum iniquitatis, atque bonis moribus contrarium. *cap 1. de jurejur. in 6. c. non est obligatorium. 58. de regul. jur in 6. l. non erit. 5. §. sed si quis ff. de jurejur. Mozzius d. tract. de pignoribus & hypothec. cap de accidentalibus pignor. num. 9. Treutler. Disputat. 1. thes. 6 sub lit. d. volum. 2. & ibi in suis resolut. Hunnius quaest. 44. pag. 69. cum seq. Anton. Faber. d. part. 1. de errori. pragmat decad. 21 error. 8. Schifordegherus libr. 2 tract. 13 quaest. 3. & Antonius Merenda lib. 1 controvers. jur cap. 2 num. 4. & seqq.* Quamvis contrarium, *post alios.* teneat Fachinæus *libr. 10.* contro-

Digitized by Google

controversiar. jur. cap. 73. & *Gutierrez. de juram. p.* 1. *c.* 33. *num.* 3. & *seq.* Rittershusius *d. lib.* 3. *different. jur. civ.* & *Can. cap.* 4. itemque novissimè Bachovius *d. lib.* 1. *de pignoribus & hypothec. c.* 16. *num.* 1. 2. & 3. *p.* 72 & *seqq.*

226 Vocatur & hoc in controversiam: nunquid creditor ex pacto (quo placuit, cum non reddita sibi pecunia, rei oppignoratæ possessionem propria ac privata auctoritate occupare posse) & secundum conventionis legem ingredi possessionem queat? Sanè si creditor ista conventione, volente debitore, possessionem ingrediatur: vim facere non existimatur *arg. l. pignoris caus.* 11. *C. de pignoratit. act.* At si, repugnante debitore, ingrediatur: vim facere censetur, & simul crediti jus amittit ex decreto Divi Marci. *l. extat.* 13. *ff. quod met. caus. l. in possessionem.* 5. *C. ad leg. Jul. de vi public.* Idem quoque constitutum reperitur jure renovato Wurtembergico, *part.* 2. *tit.* 7. *Von Unterpfanden.* §. *Was für Pacten und Eeding in unterpfanden statt haben. vers. Gleicherweiss, &c. fol.* 259.

227 Cui sententiæ non refragatur textus *in l. creditores.* 3, *C. de pignoribus & hypothec.* ubi Impp. Severus & Antoninus rescripserunt: creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim facere non videri. *Nam* hactenus dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si duntaxat sua auctoritate possessionem ingrediantur, cum id à debitore nominatim non impetrassent; non etiam, si vim corpori debitoris intulerint, *ut comm. de exp. illic. Don. n.* 4. Proindeque *istam. l.* 3. de durante voluntate debitoris permittentis creditori rem auferre & occupare, accipiendam esse, benè censet Bachovius *in tract. de act. disputat.* 3. *ad thes.* 28. *p.* 114. *vers. disputari hic possit. &c. item in not. ad Treutler. volum.* 1. *pag.* 418.

228 Sic non obstat; quod ab initio debitori placuit, id & invito eo fieri posse. §. 1. *supr. quib. alienare licet, vel non. l. de accessionib.* 14. *in fin. ff. de divers. temporalib. præscript. c. quod semel.* 21. *de reg. jur. in* 6. *l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *ff. de constit. pecun. l. vero procuratori* 12. §. *alia causa.* 3. *ff. de solutionib.* item, dominum pati injuriam non videri, qui semel voluit. *l. in diem.* 8. §. 1. *ff. de aqua, & aqua pluv. arcend.* Etenim prius rectè dicitur de eo, quod jure placuit: certè quod ita placuit, postea revocari non potest. Ast in conventionibus injustis hoc evenit, ut non mutatione voluntatis debitorum rescindantur; sed sua sponte ab initio nullius
229 momenti judicentur. Quod autem dicitur, invitum injuriam non pati, qui semel voluit: hactenus verum est, si proponatur res tantum gesta esse invito eo, qui voluit, ut fit *in d. l. in diem.* 8. § 1. *ff. d. tit.* Non idem statuendum est, si vis ei inferatur: quam bonæ leges omnes, ut bonis moribus, & publicæ utilitati inimicam, aversantur. *l. nihil consensui.* 116. *ff. de reg. jur. d. l. extat.* 13. *ff. quod met. caus. l. si quis in tantam.* 7. *l. penultim. & ultim. C. unde vi.*

230 Similiter non resistit *l. cum creditor* 55. *ff. de furt.* ubi Ulpianus ait: creditorem, si rem sibi pignoratam auferat, contrectare seu furtum facere non videri. *Nam* furtum quidem non facit; quia dolo malo non contrectat rem, ad jus suum pertinentem: sed nihilominus vim facit. Itaque hac pœna tenetur, ut crediti jus amittat: non tenetur pœna furti, ut duplum præstet, aut quadruplum. *Donell. ad d. l. creditores* 3. *C. de pignorib. & hypothec. n.* 2. Nec huic solutioni quicquam detrahit, quod idem Ulpianus *in l. qui vas argenteum.* 48. *in princ. ff. de furt.* respondit: ei, qui furi vas argenteum furtivum abstulerat, adversus furem actionem in duplum concedi: nec eum jure suo privari, adeoque impunè sibi ipsi jus dicere. *Primo* enim respondetur: auferre eo in loco non significare per vim auferre, & propria auctoritate recuperare; sed remediis legitimis, ac jure ad hoc proditis, recipere, *Cujac. in d. l. extat* 13. *ff. quod met. caus. &c.* Deinde non ineptè dici poterit: legem *istam* 48 *ff. de furt.* accipiendam esse de fure, qui cum vase, quod abstulerat, aufugerit. Quem persequi, eidem rem ablatam extorquere, idcirco jura permittunt: quia melius sit occurrere in tempore, quàm post factum vindicare: quod serum sit, punire judicio, cùm nulla amplius ratione aut remedio res salva præstari possit. *l. unic. C. quando lic. unicuique sine jud. se vind.* Quam eandem ob causam permissum est, debitorem cum re aufugientem sistere, eique debitum vi extorquere. *l. ait. prætor.* 10. §. *si debitorem.* 16. *ff. quæ in fraud. creditor. facta sunt, ut restit.*

Præterea non adversatur *l. quemadmodum.* 29. §. 1. *ff. ad* 231
l. Aquil. ubi permittitur domino propriâ auctoritate, etiam judice non adito, quod in suo ædificatum est, tollere vel destruere. *Quod* enim traditur, non licere suum sine judice ab alio auferre: intelligendum est de eo, qui non possidet. Alioqui si quis rem possideret, & in ea aliquid fieret: posset propria auctoritate, quod in suo positum vel factum est, destruere, aut rem occupare. *l. si in area.* 33 *ff. de condict. indeb. Costal. ad d. l. exstat.* 13. *ff. quod met. caus. eumque referens Bronchorst. cent.* 1. ἐναντιοφανῶν. *assert.* 39. *edit.* 1. & *explicuimus ad princ. t. infr. de act. num.* 37. Adde, quod is, qui destruit, quod in suo factum aut ædificatum est, propterea jure id facit: quia non alienum sed suum destruit. Namque ædificium alieno solo cedit: ac proinde dominus soli illud, utpote suum destruere & amoliri potest. §. *ex diverso.* 30 *supr. de rer. div. & acquir. ipsar. domin.*

Non item movet *l.* 1. § 2. *ff. quod legator.* ubi legatarius, 232
qui propria auctoritate, sive voluntate heredis, legatum occupavit, tenetur quidem interdicto; Quod legatorum, ut heredi possessionem rei legatæ reddat, quo is Falcidiam detrahat: sed tamen legatum non amittit. *Ideò namque* non amittit legatum: quia id occupavit, antequam possessio legati per heredem apprehensa esset. Siquidem quamdiu heres non apprehendit rerum hereditariarum possessionem: censetur adhuc possessio vacare, & apud nullum existere. *l.* 1. § *Scævola.* 15. *ff. si quis testam. lib. esse jussus erit, &c.* Unde si legatarius post aditam hereditatem, & apprehensam possessionem rei legatæ, legatum occupet, aut subtrahat, legatum perdit. *l. non est dubium.* 5. *C. de legat. ibique gloss. Odofred. Cyn. Jacob Butrig. Bartol. Alberic. Bald. Angelic. Salicet. Alexand. Jason. & Dd. communiter. latè Gomez. tom.* 1. *var. resol. c.* 12. *de legat. num.* 10. Plura nostræ sententiæ quæ contrariari videntur, eleganter refellunt Donellus & Giphan. *ad d. l.* 3. *C. de pignor. & hypoth. num.* 6. eosque secutus Paulus Berens *Disputat.* 9. *ad Instit. them.* 4. *quæst.* 3. Et eadem de re fusissimè dissertat Negusantius *in tract. de pign. & hyp. part.* 4. *principal. num.* 8. & *mult. seqq.* Videantur quoque Hunnius *in resolut. disput. Treutler.* 11. *quæst.* 42. *volum.* 1. *pag.* 784. *cum seqq. item volum. poster. disput.* 13. *th.* 7. *pag.* 119. *cum seqq.* Wurmf. *lib.* 1. *obs. tit.* 30. *obs.* 3. Joan. Jacob. Plebst, *in disput. nov. antiquis. disput.* 2. *th.* 89. Bronchorst. *cent.* 1. *miscellan. controvers. assert.* 78. *Knipschildt. d. exercit. Acad.* 5. *q.* 14. *pag.* 144. D. Besoldus *in delibatis jur. ex libr.* 20. *ff quæst.* 6. *pag.* 45. & D. Martinus Rumelin. *part. Pandectar. disput.* 10. *th.* 19. & *aliquot seqq. itemque exercit.* 17. *ad Instit. th.* 14 *sub lit. b. pag.* 160.

De pignoris & hypothecæ constitutione diximus hacte- 233
nus, reliquum est, ut de ejusdem effectu breviter dispiciamus. Is autem vel in actione, qua rem pignori datam persequimur; vel in jure distrahendi, præcipuè consistit.
Actio, quæ competit, Serviana dicitur, & quasi Serviana; 234
à Prætore Servio, qui primum eam edicto suo proposuit, sic appellata. §. *item Serviana.* 7. *ibique Heigius num.* 5. & *Mynf. num.* 10. *infr. de act. Donell. in tr. de pignor. c.* 11. Serviana, est actio in rem prætoria, qua creditor de rebus coloni, quæ pignoris jure ei pro mercedibus fundi tenentur, experitur. *d.* §. *item Serviana* 7. *ubi gl. in verb. coloni. Schneidevv. n.* 21. & *ego n.* 1. *juncto* §. *sed ista.* 3. *infr. de act.*
Quasi Serviana, est actio in rem, qua creditor res, sibi pi- 235
gnori tacitè vel expresè obligatas non tantum inquilini, sed etiam quasvis alterius debitoris, persequitur. Quæ quasi Serviana, quia ad exemplum ejus introducta, interdum simpliciter Serviana. *l.* 3. *in princ. l. vel quæ.* 7. *l. si debitor.* 10. *l. si ab eo.* 18. & *l. si inter.* 21. §. 1. *ff. de pignor. & hypothec.* interdum utilis Serviana. *l. aliquando.* 13. §. 1. *ff. ad senatusconsult. Vellejan. l.* 1. *C. communia de legat.* nonnunquam actio hypothecaria. *d.* §. *item Serviana.* 7. *infr. de actionib.* §. *sed olim* 2. *vers. nostra autem constitutio. supr. de legat. d. l.* 1. *C. commun. de legat.* quandoque abusive pignoratitia dicitur. *l. si Titio.* 22. *ff. de pignorib. & hypothec. l. communi.*

Digitized by Google

muni.7.§.inter 12.ff,commun.divid.l.rem alienam 41.ff.de
pignorat.act.l.3.§.est autem.ff.ad exhibend.l. duob.19. & l.
penult.in fin.ff.de except rei judicat. Donell.d.cap.11.p.141.
236 Cæterum creditorem Serviana, vel quasi Serviana, adver-
sus extraneum possessorem, principali debitore nondum
actione personali conveuto & excusso, experiri non posse,
tralatitium est. Novell.4 cap.2.ubi Cujac.Auth. sed hodie.
C.de obligat.& actionib.Auth. hoc si debitor.C. de pignorib.
& hypothec.D.Collega Bocer.class.2. disputat.12. thes. 73.
edit. 2. Si tamen possessor sit unus de heredibus debi-
toris vel fidejussoris: eum rectè conveniri Serviana, vel
quasi Serviana, etiam antequam personalis actio intenta-
ta fuerit, tradunt Glossa & Bartolus in l.muliere.19. ff. qui
potior. in pignore, vel hypothec. habeant. eosque referens
Negusantius in tractat. de pignorib. & hypothec. part. 8.
membr. 1. num.16. Porrò an & quatenus actio pignora-
titia sit personalis, vel realis: an item actione pignorum
possit adversus tertium possessorem agi, non obstante ex-
ceptione excussionis debitoris; accuratiùs, post alios à
se relatos, explicat Valentinus Riemer. decad. 13. quæst.
illustr. 5. & 6.
237 Cessante in solutione debitore, creditorem (sive de di-
strahendo pignore nominatim convenerit, sive non) di-
strahendi pignus, sibique de pretio satisfaciendi potesta-
tem habere, clarissimi juris est. l.si convenit.4. ff. de pignor.
act.l.si cessante.7.l. quæ specialiter.9. l. si in hoc. 14. Cod. de
distract.pignor.& l.1.C.de pact. pignor. Quid verò dicen-
dum, si de non distrahendo pignore convenerit: an pro-
pterea creditor illud distrahere nunquam poterit? Statim
quidem vendere non potest: sed tamen post trinam de-
nunciationem, non uno die, sed interposito 10. dierum in-
tervallo, arg.l.promissor.21.§.1.in fin. ff.de constit. pecun. l.
ad peremptorium.69.& l.seq. ff. de judic. testatò factam, l.
creditor.4.C.de distract.pignor. pignoris à debitore interim
non redempti venditione creditorem uti posse. d.l.si conve-
nit.4.ff.de pignorat. act. l. debitor. 18. Cod. de administrat.
tutor.vel curator. non expectata bienni metà, probabilius
est. d.l.4.ff. de pignorat. act. d.l. si cessante.7. C. de distract.
pignor. Donell. in tractat. de pignorib cap.12. Bronchorst.
cent.1, [illegible] assert.98.edit.1. D.Bocer.class.2. Disp.
12.thes.77.lit.c.Hackelman.disput.12.quæstion. illustr. thes.
13. Arumæus Exercitat. Justin.12. thes. ult. Tametsi Do-
ctores communiter recl[illegible]ment, Accurs. Bartolus, & alii in
d.l.4.ff.de pignorat.act. Alexand. Jason. & cæteri in l. debi-
torib. 31. ff. de re judicat. Schneidewin. & reliqui Interpp.
plerique in §.contra autem credit. supr. quib.alien.lic.vel non.
Negusant.d.tractat.de pignorib.& hypothec.part.6. membr.
1.num.4. Wesenbec.in Paratitl.ff.de distract. pign.n.4.Cole-
rus de process.execut.part.3.cap.9.num.99. Hartman. Pi-
storis lib.3.quæst.18.num.9.& seqq.Soarez.in thesaur.recept.
sentent.lit.P.num.116.Forster.junior.lib.2. Disput.11. thes.
6.& 7.itemque Andreas Gerhard.decad.13.quæst.5 & Alt-
husius lib.1.Dicæolog.c.71.n.19. & seq. pag.244.
238 Quorum opinationem haud juvat textus in l.ult.C.de ju-
re domin.impetrand. ubi decidi per Justinianum autumant,
non ante biennium, postquam debitori facta est venditio-
nis denunciatio, distrahi pignus posse, ubi de distrahendo
nihil convenit. Etenim constitutio ista non de pignoris
distractione, sed dominii impetratione disertè agit. Et
certè ad quid tandem creditor rem pignoris jure possidebit,
si tam longum tempus expectare jubeatur? Quid, si debi-
tor non solvendo sit; annè idcircò jus suum ante bienni-
um creditor non consequetur? Sententia profectò dura,
& cùm ex correctione legum æquissimarum pendeat,
239 omninò non admittenda. Neque enim unquam credi-
tur Imperator velle jus vetus, multis vigiliis excogitatum,
corrigere; nisi specialiter & nominatim expresserit. l. si
quando.35.in princ. Cod. de inoffic. testament. l. præcipimus.
32.in fin. C.de appellationib. Prædicta itaque Justiniani con-
stitutio ad eos duntaxat pertinet, qui jus dominii impetra-
re volunt in pignore: ut sit illius sensus; eos. qui dominii
jus impetrare volunt, non ante biennium impetrare posse:
biennio autem exacto, non statim id posse facere; sed priùs
rem venum exponere, & distrahere debere, si licebit: sin
minùs, tum deinde impetrare à Principe, ut res sive pignus
jure dominii possideatur. Et hujus sententiæ hoc evidens
est argumentum: quòd Imperator initio ejus constitutio-
nis profiteatur, se formam in dominii jure impetrando, &
proscriptione publicâ, quæ olim fieri in eâ re consuevis-
set, immutare velle. Unde non efficitur, idem esse ob-
servandum eo in casu, quando quis non dominii jus im-
petrare, sed solum pignus distrahere vellet. Idque expli-
catius prosequitur acutissimus Donellus d.tract.de pigno-
rib.cap.12.pag.147. & Connan. lib.4. Commentar.jur.civ.
c.18.n.6.& 7. Vide eâ de re noviter aliter sentientem &
disputantem Valentin. Riemerum decad. 9 quæst.illust.10.
item Frantzkium exercitat. jurid.9.quæst.10.pag.288.
Quia porrò non rarò usu venit, ut pluribus creditoribus 240
res eadem obligetur: disceptatio de jure prælationis (quod
competit ob privilegium quoddam, vel temporis, vel per-
sonæ, vel rei sive causæ) existere solet. Ob temporis pri- 241
vilegium quis præferatur, trita hac regula dilucidè indica-
tur: Qui prior est tempore, potior est jure sive in pignore.
l.interdum.5.cum seqq.l.si pignus.8.l.si & jure.10. l. potior.
11.in princ.ff.qui potior.in pig. vel hypot.hab.l.1.l.2.in fin.l.
si fundum.4.l.si generaliter.6.l.diversis.8.cum l.seq.C. eod. l.
quotiens.98 ff.de reg.jur.c.qui prior.54.de reg.jur.in 6. ibi-
que latè Decius. Unde vulgò talis circumfertur versiculus:

Tempore qui prior est, is quoque jure prior.

Tempus autem, ex quo prioritas hîc æstimatur, non dici- 242
mus annum, non mensem, quin nec diem, sed potiùs penè
& momentum: ut qui quantocunque tempore prior sit,
etiam potior sit jure, quoad omnes effectus, per notata Bal-
di in l de reb.13.n.4.C.de donat.ant.nupt. Decii cons. 689.
in c.cujo puncto.n.2.& seqq. Gailii lib.2.observ.25.n.3 eosque
referentis Bachovii in tract.de pign & hypot. lib.4.c.1.n.4.
p. 290. Æquitas istius regulæ in eo consistit: quia jus pi-
gnoris semel creditori quæsitum, facto debitoris deterius
fieri nequit. l. debitorem 15. C. de pignor. & hypothec. D.
Obrecht. disputat. 15. thes. 417. Eademque regula lo-
cum habet in pignore tam judiciali. l.si & jure.10.ff. qui
potior.in pign. vel hypoth.hab. quàm prætorio. l.2 ubi Si-
chard.C.d.tit. dummodo ex diversis causis titulisque mis-
sio facta, & possessio priùs occupata sit à priore, arg.l.is, cui
5.§.si plures.2.& §.qui prior.3 ff.ut in possess legator. &c.
Cujac.in paratitl.C.qui potior.in pignor hab.& lib.9.observ.
cap.37.Matth.Berlich.part.1. concl. pract.47.n.2. aliquot.
seqq. ubi id largius explicat. Nec refert, an res generaliter, 243
an verò specialiter obligata sit. Siquidem etiam generalis
hypotheca anterior præfertur speciali posteriori. l.2.ff.qui
pot.in pign.vel hyp.hab.d.l.si generaliter.6. C. eod. Mudæus.
ad tit.de pign.& hyp.c.quib.mod pign.vel hypoth.solv.n.84.
Gail.lib.2 obs.25.n.4. Meyrer.in tr.de pig.& hyp.tit.12.n.2.
Bronchorst.cent.1.miscell.controv.assert.82.D. Besold.vol.4.
consil.185.n.34 & seqq.fol.258. Quia non minus generali 244
oratione res singulæ obligantur, quàm si de singulis specia-
liter convenisset. Donell.in tract.de pignorib. c.14. p.157.
Genus quippe omnes sub se complecti species, in confesso
est, arg.l.si chorus. 79. in princ. ff. de legat.3. Proinde jus
pignoris priori per generalem obligationem acquisitum,
facto debitoris, specialiter quædam postea obligantis, dete-
rius fieri non potest. l.si ignorante.3. Cod. de remissione pi-
gnoris. Sic è converso, qui priorem specialem hypothecam
nactus est, eum, qui generalem, sed posteriorem habet, an-
tevertit: quoniam tempore prior est, arg.d.l.2.ff.qui potior.
in pign.vel hypoth.habeantur. D. Obrecht.d.disp.15. th.423.
& seqq. Illud sanè hîc observandum: quòd prior credi- 245
tor, qui habet specialem hypothecam & ipsi annexam ge-
neralem, & vice versâ, debeat prius excutere specialem, &
si ex speciali ipsi satisfieri non possit, demum recurrere ad
generalem. l.2. ubi Schardus & Gophanus Codic. de pign.
& hypoth. Matthias Berlichius conclus. practicab.46 n.80.
part.1. Grivell. decis. Senatus Dolani 77. fol.218. Eâque de
re, post Ant.Fabrum.lib.6.conject.jur.cap 13. & Hartman-
num Pistor. lib. 3. quæst. 13. subtiliter & diligente dis-
serit Schifordegherus lib.3.tractat.12. quæst.6. cum seqq.
& Bachovius in not.& animad.ad Treutler. volum. 2. di-
sput.24.thes.6.lit.E.vers. Sexta ampliatio.pag.589.& seqq.
Vide quoque Johannem Baptistam Schwartzenthaler. in
tractat. de pignoribus cap.16. & Auctorem consilii Argen-
toratens.73. num.6. volum.2.fol.1291. Neque verò solum 246

Privato creditor hypothecarius, qui tempore est prior,
Præfertur; sed & Reipublicæ. *dict. l. si fundum. 4. Cod. qui*
Potior. in pign. habeant. itemque fisco. *l. si pignus.* 8. *& l.*
ultim. ff. dict. titul. l. 2. Codic. de privilegio fisci. Hugo Donell.
d. cap. 14 pag. 159. Dn. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 87.
edit. 2. Hermannus Meyrer. in tractat. de præferent. credi-
tor. lib. 2. titul. 3. num. 8. & seqq. item titul. 4. num. 3. Petr.
Nicol. Mozz. in tractat. de contractib. tit. de pignor. & hyp.
colum. 4. de naturalib. pign. & hypoth. num. 27. item num. 42.
& seq. Bachovius dictis not. & animadvers. ad Treutler. vo-
lum. 2. disp. 24. thes. 6. lit. E. pag. 587. & seq. ubi regulæ præ-
missæ (quòd prior tempore, potior sit jure) septem am-
pliationes recenset. Idem Bachovius *d. tract. de pign. & hy-*
poth. lib. 4. cap. 4. & seqq. pag. 301. cum multis seqq. Adde
quoque Hunnium *in resolut. ad Treutler. d. volum. 2. disp.*
24. q. 38. & seqq. pag. 597. & seqq. ubi de prælatione fisci fu-
siùs dissertat. An porrò inter creditores chirographarios
servandus sit ordo, sicut fit inter hypothecarios, diligenter
declarat Joannes Grivellus *decis. Senatus Dolani 27. fol.*
85. & seq.
247 Ob privilegium personale, impensæ funerum atque
exequiarum omne creditum præcedunt. *l. & si quis.* 14.
§. 1. l. impensa. 45. ff. de religios. & sumptib. fun. l. quæsitum.
17. (quæ alias est l. 2. ff. de privileg. credit.) ff. de reb. auct.
judic. possid. l. 1. §. de impensis. 19. ff. ad L. Falcid. l. ultim. §. in
computatione. 9. Cod. de jure deliberand. Fürstlich Wür-
tembergisch. Erneuert Landrecht. part. 1. tit. 75. pag. 209.
248 *§ Wann der Schuldner, &c.* Illudque ita cautum est pro-
pter publicam utilitatem: ne cadavera sive corpora defun-
ctorum insepulta jacerent. *l. sunt personæ. 43. sub finem. ff.*
de religios. & sumpt. fun. Iason. in l. 1. ff. solut. matrim. n. 8.
ibique Bartol. num. 26. ff solut. matrimon. Speculat. lib. 4.
part. 3. tit. de sepult. §. unic. num. 13. & ibid. Ioan. Andr. in
addit. lit. e & f. Ioan. Garsias in tractat. de expens. & melio-
rat. cap. 8. num. 18. 25. & seq. Negusant. tractat. de pignorib.
& hypothec. part. 5. princip. membr. 2. num. 28. Ioan. Koppen
decis. 28. num. 15. Ioan. Mich. Beuther. tract. de jure prælat.
part. 1. cap. 23. & part. 2. cap. 29. & novissimè Berlichius
conclusione practicab. 44. de privileg. credit. & jure præla-
tionis. n. 23. part. 1.
249 Sed controversiâ non caret: an impensa funeris credi-
tori, non tantum hypothecam tacitam, sed etiam expres-
sam ante riorem habenti, præferatur? Et impensam fune-
ris creditori, expressam anteriorem habenti, non præferri
scribunt *Bald. Novell. in tractat. de dote. part. 10. colum. 11.*
limitat. 9. Negusant. d. part. 5. membr. 2. num. 28. Consult.
constitut. Saxon. tom. 1. part. 3. quæst. 7. num. 40. Coler. decis.
200. num. 2. & seq. part. 1. Treutler. volum. 2. disputat. 24.
th. ultim. ibique in suis resolut. Hunnius quæst. ultim. p. 619.
& seq. Verùm contrarium qui defendunt, rectiùs sen-
tire arbitror, *per textum in d. l. impensa funeris. 45. de*
religios. & sumpt. funer. ubi impensa funeris semper ex
hereditate deducitur, & omne creditum solet præcedere,
250 cùm bona solvendo non sint. Verbum autem *omne*, ma-
ximè si verbum *semper*, vel simile adjicitur, nihil excludit.
l. si servitus. 23. ff. de servitutibus prædior. urbanor. l. à procu-
ratore. 13. C. mandati. can. si Romanorum. §. dicenda verò
251 *omnia. distinct. 19.* Deinde impensam funeris vincere do-
tem, constat *ex l. impensa. 18. cum l. sequente & l. sunt per-*
sonæ. 43. in fin. ff. de religios. & sumpt. funer. & docet, *post*
Duarenum in l. 1. ff. solut. matrimon. sub fin. Bachovius *in*
not. & animadvers. ad Treutler. d. vol. 2. disput. 24. th. ultim.
lit. B. vers. aut in funus. pag. 612. & lit. G. vers. & qui in fu-
nus pag. 626. & sequente. item d. tract. de pignorib. & hypot.
lib. 4. cap. 11. num. 3. pag. 327. & seq. Idemque tradit Sur-
dus *decis. 255.* cumque referens Joan. Bapt. Costa *in tract.*
de [illegible]ed. subsidiar. remed. 83. num. 2. fol. 145. Tametsi
dissentiat Donellus *in l. 7. & l. assiduis. 12. C. qui potior. in*
pignor. hab. eumque laudans Hunnius *in resolut. ad Treut-*
ler. volum. posier. disput. 24. quæst. 47. pag. 596. & seq. item
quæst. 56. pag. 619. Dotem verò vincere hypothecam
expressam, etiam anteriorem, ostendetur *infra num. 260.*
& seqq. Quare multò magis impensa funeris vincet hy-
pothecam expressam anteriorem: quoniam (*ut prover-*
bium habet) si vinco vincentem te: multò magis vinco
te jam devictum, *argument. l. de accessionibus. 14. §. & si*
mihi. 3. ff. de divers. & temp. præscript. Præterea *in d. l. &* 252
si quis. 14. §. 1. ff. de religios. & sumpt. funer. Ulpianus
ait: si colonus vel inquilinus mortuus sit, & desit, unde
funeretur: ex invectis & illatis eum funerandum esse.
At res coloni invectæ non priùs tenentur, quàm sint ex-
presse obligatæ, *l. eo jure. 4. in princ. ff. in quibus caus. pign.*
vel hypothec. tacit. contrah. l. certi juris. 5. C. de locato. & fu-
siùs ostensum supra num. 19. Jure insuper Saxonico &
Würtembergico dubium non est ullum, quin impensa
funeris omnibus omnino creditoribus, etiam expressam
anteriorem hypothecam habentibus, præferatur, *per consti-*
tutiones Augusti Elect. Saxon. part. 1. constit. 28. post princip.
juncto §. nach jetztberuhrten Schulden, &c. Fürstlich Wür-
temberg. Erneuert Landrecht. d. part. 1. tit. 75. §. Wann
der Schuldner. juncto §. folgends sollen. pag. 209. & seq.
Atque ita in terminis concludunt *Joan. Michael Beuther.*
d. tract. de jure prælat. part. 2. c. 9. post princ. vers. non ab ex-
presso pignore, &c. D. Obrecht. d. Disp. 15. th. 476. cum seqq.
Joan. Garsius d. tr. de expens. & meliorationib. c. 8. n. 23. post
pr. vers. quod verò attinet ad differentiam. n. 24. cum seqq.
Meyrer. d. tract. de præferentiis creditor. lib. 2. tit. 2. n. 6. &
11. item Berlichius d. conclus. practicab. 43. num. 25. & seqq.
part. 1. & noviter. Otto Henricus Mylius in tract. de prælat.
creditor. clas. 4. Cæterum impensæ & sumptus funeris acci- 253
piuntur, quæcunque corporis causa, putà unguentorum,
erogata sunt; & pretium loci, ubi defunctus humatus est;
& si qua vectigalia sunt, quæ in itinere præstantur, dum
corpus ex uno loco in alium defertur: item sarcophagi, &
vestiaria; & quæcunque corporis causa, antequàm sepe-
liatur, sunt consumpta. *l. funeris sumptus. 37. ibique Gotho-*
fred. ff. de religios. & sumpt. funer. Cujac. lib. 11. observat. 31.
Garsias. d. c. 8. num. 1. 2. 15. & seq. Andreas Burchard. in dis-
sertat. de pignoribus & hypothec. sect. 7. conclus. 2. Sanè 254
vestes lugubres, putà fascias sericas, & pepla, quæ cognatis
defunctorum, & aliis nonnullis, tam viris, quàm fœminis,
funus comitantibus, de more dari solent, & illa, quæ in de-
functorum convivia paranda coëmpta sunt, impensarum
funebrium nomine contineri, & ante omnia exsolvi de-
bere, meritò negatur. *d. l. & si quis. 14. §. hæc actio. 6. & l.*
funeris sumptus. 37. ff. de relig. & sumptibus funer. Gar-
sias d. c. 8. num. 17. & seq. Berlichius d. conclus. 44. n. 29.
& seqq. Tametsi hodie multis in locis aliter observetur:
& ejuscemodi vestes, & alii sumptus, inter impensas fu-
nerum recenseantur: nec non modus in illis servandus,
secundum dignitatem & quantitatem patrimonii defun-
cti, arbitrio judicis relinquatur, *arg. dict. l. & si quis. 14. §.*
hæc actio. 6. vers. æquum enim. & §. judicem. 10. ff. de reli-
gios. & sumpt. funer. Daniel Moller. ad Constitut. Saxon.
part. 1. d. constit. 28. num. 9. & seqq. Menoch. lib. 2. de
arbitr. jud. quæst. centur. 2. cas. 127. num. 12. Beuther. d.
tractat. de jure prælat. part. 1. cap. 23. in med. vers. sin vo-
luptuarii, &c.
Impensis autem funebribus rectè annumerantur sum- 255
ptus Medicis, Chirurgis, atque Pharmacopolis præstandi,
& in mortui valetudinem facti, vel in testamenti insinua-
tionem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias
hereditatis causas impensi. Hi quippe etiam ante omnia
solvendi sunt. *l. in restituenda. 4. ubi Bald. C. de petit. hered.*
l. legatum. 3. C. de relig. & sumpt. funer. d. l. ult. §. in compu-
tatione. 9. ubi Iason. Cod. de jur. deliber. D. Obrecht. d. disp.
15. thes. 479. Nicol. Mozz. in tract. de pign. & hypoth. cap.
de naturalib. pignor. num. 70. Iohan. [illegible], in lucu-
brationib. de jure prælationis. part. 2. num. 3. pag. 33. Ber-
lichius d. conclus. 44. num. 35. & aliquot seqq. ubi, post alios,
amplissimè ea de re disputat. Idem de mercedibus servo-
rum, famulorum, ancillarum & mercenariorum hodie
receptum putatur. *Fürstlich Würtembergisch erneuert*
Landrecht. d. part. 1. tit. 75. pag. 209. §. Wann der Schuld-
ner. in fine dd. Constit. Augusti Elector. Sax. part. 1. constit. 28.
post princ. ibique Daniel Moller. num. 8. & seq. Matth. Co-
ler. decis. 200. num. 6. cum seqq. part. 1. Ioan. Koppen decis.
28. n. 13. Hartm. Pistor. part. 1. quæst. 8. Wesenb. in Paratit.
l. ff. de privil. cred. n. 5. circa fin. D. Obrecht. d. disp. 15. th.
480. Georg. Rotschitz. in tract. de dotal. c. 26. num. 61. Plebst.
in Disput. novantiquis disp. 1. latè Berlichius d. conclus. 44.
n. 5. & multis sequentibus.

Propter

Digitized by Google

257 Propter causæ favorem, posterior potior est priore, qui pecuniam nominatim credidit ad reficiendum vel conservandam rem pignori tacite vel expresse obligatam. *l. creditor. 25 ff. de reb. credit. l. interdum. 5 ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. Novell. 67. cap. 3. Gail. lib. 2. observ. 25. num. 7. D. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 91. lit. b. edit. 2. fusissime Berlichius part. 1. conclus. practicab. 46.*
258 *num. 2. & aliquot seqq.* Huiusque in promptu est ratio: quia ejus pecunia reliquis creditoribus omnibus salvam fecit totius pignoris causam. Nisi enim ipse credidisset: res oppignorata periisset. At qui credidit, & ita conservando pignus aliis profuit, meritò prælatione gaudet. *l. hujus. 6. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant. D. Obrecht*
259 *disputat. 15. thes. 463. Hotoman. consil. 91. num. 9.* Sic favor causæ & personæ pupillaris suadet: ut pupillus in re, ex pecunia suâ comparata prior habeatur. *l. idemque. 7. ff. d. tit.* quia illi tacite obligata intelligitur. *l. penult. C. de servo pignori dato. D. Bocer. d. Disputat. 12. thes. 91. lit. C.* Neque in hoc ulla fit injuria prioribus creditoribus: quoniam si ea res pecunia pupilli non fuisset comparata: in bonis debitoris non esset. Itaque invidere pupillo non debent, ut pretium, quod sibi abest, inprimis ex eo empta recuperet: præsertim cum superfluum reliquorum creditorum commodo cedat, *argument. d. l. interdum. 5. cum l. seq. ff. qui potior. in pign. vel hyp. habeant. Donell. in tract. de pignoribus cap. 14. pag. 165. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 471. & seq. Meyrer. d. lib. 2. tit. 7. num. 3. & seqq. Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 24. thes. ult. lit. D. pag. 617. & seq. itemq. in tract. de pign. & hypoth. lib. 1. c. 12. num. 4. pag. 54. & seq.* Quod ipsum de omnibus aliis est pronunciandum, quorum nummis res empta est, & statim specialiter obligata. *l. licet. 7. ubi Sichard. num. 8. C. qui potior. in pignore habeant. Negusant. in tract. de pign. & hypoth. part. 5. membr. 2. num. 17. & seq. Gail. d. lib. 2. observ. 12. num. 3. & 4. Mozzius in tract. de pign. & hypothec. C. de naturalib. pignor. num. 45. Hartman. Pistor. part. 3. quæst. 15. per tot. Andr. Rauchbar. part. 1. quæst. 6. num. 2. & seqq. Daniel Moller. ad Constit. 28. num. 73. & part. 3. constit. 21. num. 21. & seq. Beuther. de jure prælat. part. 1. cap. 19. 21. 55. & 56. Beust. ad l. admonendi. 31. ff. de jurejur. num. 968. fol. 662. pluresque alii, quos refert & sequitur Berlichius d. conclus. 46. num. 50. & seqq.*

260 Mulierem in persecutione dotis, vigore tacitæ hypothecæ, omnibus creditoribus, sive hypothecarii expressi vel taciti, sive personaliter privilegiati, sive chirographarii fuerint, præferri, extra controversiæ aleam est positum. *l. unic. §. sed ut plenius. 1 & seqq. C. de rei uxor. act. l. in rebus. 30. Cod. de jur. dot. l. assiduis. 12 sive ult. C. qui potior. in pign. habeant. §. fuerat 29. instr. de actionibus Joan. Petrus de Ferrariis Papiens. in sua Practica, in forma libelli, quo uxor agit ad dotem & usumfr. §. coram vobis. num. 1. & 9. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. cap. 1. num. 1. in med. vers. secunda conclusio. & vers. seq. Ioan Koppen. decis. 28. num. 29. Mynsing. centur. 4. observ. 13. num. 2. Alexand. consil. 88. num. 5. lib. 7. Zobel. part. 1. differ. 49. num. 2. Beuther. d. tract. de jure prælat. part. 1. c. 35. & c. 75. in princ. Cujac. in exposit. Nov. 97. post princ. vers. mulier præfertur omnibus creditoribus,*
261 *&c.* Sed an mulier ratione dotis indistinctè omnibus creditoribus, non solum tacitam, sed etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, præferatur, mirificè digladiantur Interpretes? Et eam his creditoribus non præferri, putant *Bartolus in l. idemque. 7. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. in princip. vers. primò quia nec mulier, &c. & in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. num. 6. in med. vers. tertii dicunt, quod mulier, &c. Bald. ibi num. 9. & in auth. sed jam necesse. C. de donat. ante nupt. num. ult. Iason, Nicasius, Curtius, Zasius, Heigius, Hotoman. Schneidewinus, Wesenbec. & Donellus in d. §. fuerat. 29. instr. de actionibus & idem in tractat. de pignor. cap. 14. & ad d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. num. 4. & seqq. Negusant. d. tractat. de pignoribus & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 98. in med. & part. 5. membr. 2. num. 23. sub fin. Mozz. eod. tract. c. de naturalibus pignor. num. 59. vers. quod declara, &c. Gail. d. lib. 2. observat. 25. num. 10. Covarruv. libr. 1. variar. resolut. cap. 7. num. 1. Practic. Papiens. in d. forma libelli, quo agit uxor ad dotem & usumfr. §. coram vobis. num. 9. in med. Nicol. Everhard. in loco, a fisco ad dot. num. 2. Coler. de processibus execut. part. 1. cap. 1. num. 186. & num. 219. item part. 2. cap. 3. num. 276. idem part. 1. decis. 57. num. 6. & part. 2. decis. 270. num. 1. Daniel Moller. ad dd. constitut. Saxon. part. 1. constitut. 28. num. 33. Rauchbar. part. 2. quæst. 30. num. 4. & seq. Heming. Goden. consil. 99. num. 14. & consil. 100. num. 3. Ioach. Schepitz. ad consuetud. March. part. 3. tit. 2. §. 24. quæst. 1. num. 3. Ioan. Koppen decis. 28. num. 29. & seq. Bernhard. Græveus lib. 2. practicar. conclus. 25. num. 1. Francisc. Ripa in l. quæsitum. 17. ff. de privileg. credit. num. 2. Hackelman. illustr. quæst. Disputat. 12. thes. 12. lit. a. Dn. Collega Besold. class. 1. Collegii Politic. Disputat. 10. coroll. 9. & in delibat. jur. ex lib. 26. ff. quæst. 5. pag. 44. Schickard. Disputat. 12. ad Instit. thes. 7. lit. d. & resolut. quæst. 2.* Horumque opinionem expressè confirmavit non solum jus Saxonicum. *Novell. Elect. Augusti. part. 1. constit. 68. post princ. vers. allen andern Glaubigern, so nicht ältere ausdrückliche Verpfändung haben, &c.* sed etiam jus renovatum Wurtembergicum. *part. 1. tit. 75. pag. 210. §. volgends sollen. vers. es sollen auch*
die Frauen, &c. Verum contrariam sententiam, tanquam 262
in puncto juris veriorem, *post Martinum, Glossatorem veterem,* amplectuntur *Socinus junior in l. 1. ff. solut. matrim. num. 115. Bald. Novell. tract. de dote. part. 10. num. 1. & 2. Beust. ad d. l. admonendi. 31. ff. de jurejur. num. 978. pag. 665. vers. sed an mulier præferenda sit, &c. Ant. Faber. libr. 8. conjectur. civil. cap. 11. cum seq. & part. 1. de erroribus pragmat. decad. 6. error. 2. Cujacius in Paratit. C. de privileg. dot. in prin. & sub fin. in expositione Novell. 97. post princ. vers. mulier præfertur omnibus creditoribus. &c. & lib. 3. not. ad animadvers. Robert. c. 14. & ipse Robert. d. lib. 3. animadvers. c. 14. & lib. 3. rerum adnotata Mercat. c. 14. Ioan. Garsias in tract. de expens. & meliorat. c. 8. n. 25. Vaudus variar. quæstion. lib. 1. quæst. 21. Fachinæus lib. 3. controvers. jur. part. 1. c. 99. Bronchorst. cent. 2.* ἐναντιοφανῶν. *assert. 19. edit. 1. Anton. Guibert. in Comment. de dotibus c. 7. num. 5. & seqq. Vanderan. in tract. de privileg. creditor. c. 4. Mudeus in tract. de pignoribus cap. quib. mod. pig. num. 97. Vacconius à Vacuna lib. 6. declarat. cap. 92. num. 2. & seqq. D. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 97. edit. 2. Treutler. Disputat. 24. thes. 7. lit. B. vol. 2. ibique Bachovius in suis not. pag. 624. & seqq. itemque d. tract. de pignoribus & hypothec. lib. 4. cap. 12. pag. 329. & seq. Arumæus exercitat. Justin. 15. parerg. 1. D. Obrecht. Disputat. 15. th. 440. cum multis seqq. Georg. Martinus in suis contrar. Disput. 4. thes. 8. Paul Buræus disputat. 9. ad Instit. thes. 4. quæst. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. quæst. 4. pag. 962. & seq. item in resolut. ad Treutler. volum. poster. disp. 24. thes. 7. quæst. 43. pag. 587. & seqq. Meyrer. in tractat. de præferentiis creditor. lib. 2. tit. 5. num. 5. Coras. num. 8. Vultejus num. 15. Ussilus num. 52. & seqq. Schulbock. Borcholt. Anton. Matth. & Mynsinger. num. 12. in d. §. fuerat. 29. infra, de actionibus & idem cent. 4. observ. 19.* ubi in Cameræ judicio ita in causa appellationis inter Episcopum Saltzburgensem & Oertnerum aliquando decisum, testatur. *Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. D. num. 305. & seq.* ubi huic sententiæ favere praxin generalem, optimam rerum magistram, affirmat. *Beuther. in tract. de jure prælat. part. 1. cap. 35. post princ. & part. 2. cap. 37.* ubi in Camera Imperiali ad hunc usque diem ita pronunciare autumat, & Matthias Berlichius *d. part. 1. conclus. practicabil. 45. de prælatione dotis. num. 6. & seqq.* ubi eandem sententiam sibi veriorem, communiorem, & fundamentis jurium magis consentaneam videri, asserit. Quibus omnibus novissime adstipulantur Anton. Merenda *lib. 3. controversiar. jur. cap. 9. num. 2. cum seqq. pag. 172. cum seq. & lib. 6. c. 32. num. 467. cum seq. & Knipschildt d. exercitat. Acad. 5. quæst. 8. pag. 183. & seqq.* nec non Paul. Christinæus *vol. 6. practicar. quæstion. decis. 51. num. 8. & seqq. fol. 121.*

Eaque sententia luculenter probatur per textum elegan- 263
tem *in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab.* ubi primò generaliter, nulla distinctione inter tacitam & expressam hypothecam adhibita, dicitur: quòd mulier omnibus creditoribus anterioribus præponatur. Atqui ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Digitized by Google

*l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter. ff. de
legat. præst. ind.* Deinde *in d. l. assiduis.* Justinianus Imp.
ait, tale se prælationis beneficium mulieri in hypothecâ
concedere, quale olim in personalibus habuit actionibus.
Ast in his, omnibus creditoribus, prioribus & posterioribus,
prælata fuit. *l. quæsitum. 17. §. ult. cum 2. ll. seqq. ff. de rebus.*
264 *auctor. jud. possid.* Tertiò ubi eadem ratio, ibi eadem est
juris dispositio. *l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. à Titio ita stipula-
tus. 108. sub fine princ. ff. de verb. obligat.* Ratio autem
assignata *in d. l. assiduis. 12. in princ. vers. nec ad fragilitatem
& §. 1. vers. quis enim earum, &c. C. qui potior. in pign.
hab.* (quod scilicet hoc privilegium mulieri, ob fragili-
tatem sexûs muliebris, ob partûs periculum, obsequia ma-
rito præstita, & ipsam liberorum procreationem, sit in-
dultum) æquè locum habet contra expressas anteriores, &
265 tacitas hypothecas. Quartò mulier anteponitur credito-
ri, eumque superat cujus pecuniâ res empta aut reparata
est. *Novell. 97. cap. 3. auth. quo jure. C. qui potior. in pign.
hab.* Sed creditorem illum quibuscunque creditoribus,
quamlibet anterioribus, & expressæ hypothecæ jus haben-
tibus præponi constat. *l. interd. 5. cum l. seq. ff. qui potior. in
pign. vel hypoth. hab. l. licèt. 7. C. eod. tit. l. creditor. 25. ff. de
reb. credit.* Multò igitur magis mulierem excludere illos,
dicendum est, *argument. l. de accessionibus. 14. §. etsi mihi. ff.*
266 *de divers. & temp. præscript.* Quintò, hanc assertionem fir-
missime orbat textus *in l. satis notum. 4. Codic. in quibus
caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit.* ubi fiscus in cau-
sis principalibus priùs universas viri facultates excutere,
& omnibus creditoribus viri, etiam expressam anteriorem
habentibus præferri debet, quàm ad dotem mulieris per-
veniatur. Si itaque hoc in casu doti mulieris parcitur,
& priùs aliorum creditorum, etiam expressam anteriorem
habentium jura excutiuntur: utique mulier potiùs jus
reliquis creditoribus etiam expressam anteriorem haben-
tibus, obtinebit: quoniam semper is, qui habet jus debi-
lius, prius debet excuti; deinde is, qui habet jus fortius.
267 Sextò, facit huc non parum textus *in l. ubi adhuc. 29. post
princip. C. de jure dot.* ubi mulier omnibus creditoribus
etiam anterioribus præfertur: nisi aliqui potiora jura le-
gibus habere noscuntur. Nullibi autem in toto jure,
quòd ego sciam disertè reperitur; quod creditores, ex-
pressam anteriorem habentes, mulieri præferantur.
268 Septimò, eodem confert textus *in l. in rebus. 30. C. d. tit.*
ubi nemo creditorum mariti, qui anteriores sunt, potest
mulieri præferri in rebus dotalibus, sed mulier in his vin-
269 dicandis omnem prærogativam habet. At dispositio uni-
versalis, imprimis verò geminata, vel sæpius repetita,
nihil omnino excludit, *argum. l. si servitus. 23. ff. de ser-
vitutib. præd. urbanor.* Postremò, mulier non solum hypo-
thecâ, sed etiam singulari prælationis privilegio nititur.
270 Proinde non est absurdum: eam præferri aliis, qui solâ
hypotheca nituntur. Et certe favore dotium multa esse
recepta, contra juris rationem, jure singulari, perspicuum
est *ex l. si ego. 9. §. 1. vers. benignius est favore dotium. ff. de
jure dot. & d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus.*

271 Nec officit quicquam huic conclusioni: quod Just.
Imp. *in d. l. assiduis. 12. §. 1. Cod. qui potior. in pign. habeant.*
uxorem præferat illis creditoribus, qui privilegio temporis
sunt vallati. At verò illi, qui expressam habent hypothe-
cam, non sunt temporis privilegio muniti, nec hypothecam
suam habeant ex privilegio, sed ex jure communi, nempe
ex conventione. *Etenim respondetur. in d. l. assiduis.* eum
dici temporis privilegio vallatum seu munitum, qui prio-
rem & antiquiorem habet expressam hypothecam, vel qui
habet in conventionali hypotheca prærogativam temporis.
Hæc quippe temporis prærogativa expresse privilegium
temporis appellatur, *in l. si eo jure. 10. ff. qui potior. in pign.
vel hypoth. habeant.* Et probe notandum: quod Justinia-
nus non simpliciter loquitur de illis creditoribus, qui pri-
vilegio sunt vallati; sed de iis, qui *temporis privilegio sunt
vallati.* Per hoc autem temporis privilegium non pot-
est aliud intelligi, quàm prærogativa temporis, quâ cre-
ditores tempore priores cæteris præferuntur. *Hunn. dict.
resolut. ad Treutler. volum. poster. disput. 24. th. 7. quæst.
43. pag. 591.*

272 Pariter non obstat: quod Justinianus *in d. l. assiduis. 12.
§. 1. vers. & ideo. C. qui potiores in pign hab.* scribit: se id,
quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem
non pertulit, pleno juris articulo consummare. Atqui ve-
teres cœperunt mulierem præferre aliis tantum privilegia-
riis creditoribus: proindeque Justinianus id solummodo
consummavit, atque mulierem omnibus creditoribus pri-
vilegiariis prætulit. *Respondetur enim*: Justinianum con-
summasse, quod veteres cœperunt, non verò perfecerunt.
Cœperunt autem veteres mulierem præferre creditoribus
hypothecariis: nec tamen omnibus prætulerunt; sed
duntaxat illis, qui tacitam habuerunt hypothecam ante-
riorem. Quare Justinianus illud consummavit suâ consti-
tutione, atque sancivit, ut omnibus nunc creditoribus hy-
pothecariis, etiam expressam hypothecam habentibus, mu-
lier præferatur. *Adhæc*, quamvis poneretur antiquitatem
incepisse mulierem anteponere creditoribus tantummodo
privilegiariis. Justinianus tamen hoc ita consummavit;
ut nunc omnibus creditoribus, etiam hypothecariis, ante-
ponatur. Tum quia *in d. vers. & ideo.* Imperator apertè
dicit, quod antiquitas quidem dare inceperit, ad effectum
autem non pertulerit, *se pleno juris articulo consummasse.*
Tum quia testatur Imperator expresse: se sua istâ consti-
tutione dedisse mulieri potiora jura, contra *omnes* mariti
creditores. *licèt anterioris sint temporis privilegio vallati.
d. §. 1. ibi, potiora jura. &c. Hunn. d. lib. 3. var. resolut. jur.
civ. tract. 3. part. 5. q. 4. vers. non refragatur tertio, &c. pag.
963. & seq.* Non item adversatur quòd creditoribus jus 273
hypothecæ semel quæsitum, non sit auferendum, *arg. l.
ultim. ff. de pact. l. 2. §. merito. & §. si quis à princ. 16. ff. ne quid
in loco publ. l. id, quod nostrum. 11. & l. non debet. 74. ff. de
reg. jur. cum similib.* Nam illud verum & procedit in jure
jam quæsito secus in quærendo, & sic in jure futuro. Hoc
autem privilegium dotis non nocere creditoribus, qui jam
ante legem promulgatam anteriorem hypothecam expres-
sam habent, sed tantum futuris, manifesto sancitum est. *in
d. l. assiduis. 12. §. ult. C. qui potior. in pign. hab. Berlich. d.
concl. 45. n. 16.* Sed & hoc respondetur: creditoribus jus hy-
pothecæ, quod sibi paciscendo compararunt, non auferri:
sed id illos retinere: ut maximè prælationem, quàm pacti
non sunt, non habeant. Hæc enim solius legis beneficio
conceditur; & hujus quoq; arbitrio jam ex tempore, jam ex
causa credendi consideratur. Neque est, quod creditores
mulierem accusent: cùm non illius, sed mariti ejus fidem
ac substantiam secuti sint: sed potiùs suam accusent negli-
gentiam: quod hypothecam, quam cavendo sibi acquisive-
runt, vigilando & in tempore hypothecariam exercendo
non conservarint. *Dn. Obrecht. d. Disp. 15. th. 448. & seq.
Beuther. de jure prælat. part. 2. cap. 35. post pr. vers. profecto.
non est, quod creditores, &c.*

Sic quoq; nihil movet; quod in causa pignoris sit eadem 274
fisci & mulieris ratio, *l. quamvis. 2. Cod. de privil. fisc.* Fiscus
autem creditori anteriori expressam hypothecam habenti
postponatur. *l. si pignus 8. ff. qui potior. in pign. vel hyp. habe-
ant. l. si fundum. 4. Cod. eod.* Etenim primò dici poterit: di-
ctam *l. 2. Cod. de privil. fisc.* hodie abrogatam esse, *per d. l. as-
siduis. 12. Cod. qui potior. in pign. habeant.* ita ut hodie mulier
etiam fisco, quantumvis priori, præferatur. Ait enim ibi di-
serte Justinianus: mulierem potiora jura habere contra
omnes mariti creditores. Ita sentit Donell. *in Comm. ad d. l.
assiduis. 12. n. 2. ibi, nam quod scriptum est, &c.* prout eum
refert Berlichius *d. part. 1. conclus. 45. num. 11. ad finem.*
Deinde dicendum: dotem pluribus & majoribus privile-
giis cohonestatam esse, atque est ipse fiscus: imò mulierem
in causa dotis potiorem esse fisco, ostendimus *in d. §. fuerat.
29. infr. de actionib. n. 17. ubi & alia contrariæ opinionis ar-
gumenta confutavimus. Vide de eadem quæstione accuratis-
sime disputantem Justum Mejerum, in tract. de mulieris hy-
potheca, in dotis repetitione, th. 50. & seqq.* Illud hic adden- 275
dum: quod privilegium tacitæ hypothecæ & prælationis,
mulieri ratione dotis competens, nec à tempore promissæ,
nec à tempore numeratæ dotis, sed à die nuptiarum, à tem-
pore contracti atque consummati matrimonii incipiat,
*per textum expressum in l. 1. ff. qui potior. in pignor. vel hy-
poth. habeant. Anton. Negus. in tract. de pignorib. & hypoth.
part. 2. princip. membr. 4. num. 80. Gail. lib. 2. obs. 86. num.
3. Jacob Theming. decis. 36. hosque laudans Berlichius*

part. 2.

Digitized by Google

part. 2. conclusion. practicab. conclus. 30 num. 7. pag. 667. & seq. Vide quoque Hunnium *in resol. ad Treutler. vol. post. disput. 24 th. 7. quæst. 41. vers. sed hic dubitatio suboritur p. 58. & seq.*
276 Addendum hoc loco & illud: quod mulier privilegi[illegible] quod ipsi tributum est a Justiniano *in d. l. [illegible] 12. C. qui potior in pign. habeant.* etiam sine juramento [illegible] possit, *per textum expressum in l. etiam [illegible] 11. & l. [illegible] 21. C. ad Senatusconsult. Vell[illegible]* Hujus [illegible] ratio aperta est: quia prælationis & hypothecæ [illegible] jus solius mulieris favore est introductum, *ut [illegible] ex d. l. assiduis.* Atqui favori suo ac beneficio renunciare nemo prohibetur. *l. penult. C. de pact.* Quod tamen hodie ex Novella Justiniani constitutione temperamentum accepit, ita ut tum demum efficaciter renunciet prædictæ hypothecarum & prælationis beneficio mulier, quando maritus alia bona habet, e quibus mulier consequi & obtinere sua bona queat: ne [illegible] renunciatione omnino [illegible] sua dote defraudetur, *Auth. sive à me C. ad Senatusconsf. Vellejan. & Nov. 61. cap. 1.*
277 Idque procul dubio propterea est receptum: quoniam & publice interest, mulieribus dotes suas esse [illegible], quo facilius nubere possint. *l. 2. ff. de jure dot. [illegible]* Sed utrum temperamentum [illegible] etiam in jurata renunciatione locum habeat, non [illegible] adeo expeditum est? Equi-
278 dem de jure civili [illegible] dicendum est: non valere juratam illam renunciationem; quando ex aliis mariti bonis uxor dotem suam consequi nequit: quia alioquin juramentum legibus & constitutionibus Imperialibus contrarium foret. Quinimo juramentum non valere, plusquam manifeste relucet ex *l. juris gentium. 7. §. & generaliter. 16. ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. [illegible] ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib.* Cæterùm jure canonico illud statuendum videtur: siquidem eo jure omnia juramenta, legibus etiam civilibus contraria, dummodò conscientiam non lædant, nec in alterius detrimentum, aut salutis æternæ dispendium vergant, servari debere, expressis Pontificum decretis & canonibus cautum est. *c. cum contingat. 29. in fine ext. de jurejur. [illegible] c. quamvis. 2. ext. de pact. in 6.* Et ita quoque tradit Hunnius *in resol. ad Treutler. d. volum. poster. disput. 24. th. 7. quæst. 54. pag. 610. ubi subjicit:* in hac juris civilis & canonici pugna palmam juri Cæsareo offerendam esse.
279 Porrò inter creditores, ille qui instrumentum habet publicum, puta coram judice ordinario, vel coram Notario & testibus confectum, & in eo hypothecam omnium bonorum debitoris, anteponi debet habenti instrumentum privatum, & in eo hypothecam, quantumvis priorem, *l. scripturas. 11. cum auth. seqq. C. qui potior. in pign. habeant.*
280 Hujusque expedita ratio est: quia privata scriptura contra tertium nihil probat. *l. instrumenta. 5. l. rationes. 6. l. ex empto. 7. C. de probationib.* Et rectè sane: siquidem in privata scriptura dies obligationi in fraudem anteriorum creditorum facile præferri posset. *D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 481. Meyer in tract. de pignorib. & hypoth.*
281 *titul. 13. num. 9. & seqq.* Si tamen privata scriptura subscriptione trium testium idoneorum firmata esset, aliud censendum est: quia tunc, si tempore prior sit, meritò posteriori hypothecæ publicæ præfertur cùm eo casu suspicio fraudis & doli cesset; adeoque instrumentum privatum cum instrumento publico parem firmitatem obtineat. *d. l. scripturas. 11. in fin. ibique Baldus num. 10. Cod. qui potior. in pign. habeant. Novell. 72. cap. 1. & 2. Ant. Negusant. in tract. de pignoribus & hypothec. part. 5. membr. 2. num. 8. & latius num. 47. & seq. Donell. in eod. tract. t. cap. 14. in fine. [illegible] de processibus exec. [illegible] part. 3. cap. 1. num. 125. Petr. Frider. lib. 2. de mandat. cap. 66. num. 6. Althusius lib. 1. Dicæolog. cap. 73. num. 26. pag. 252. Besol. ad l. admonendi. 31. ff. de jurejur. num. 967. pag. 659. D. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 93. ad lit. b. edit. 2. Beuther. d. tract. de jure prælat. part. 2. cap. 18. & noviter Berlichius d. part. 1. conclusionum practicabilium. conclus. 46. num. 17.*
282 Sed & licet nulla privata scriptura confecta sit: tamen, si constitutio hypothecæ, & quo tempore facta sit, testibus probari possit: creditor tempore prior præferri debet creditori posteriori, hypothecam publicam habenti: quoniam non minorem fidem faciunt testes, quàm instrumentum publicum. *l. in exercendis. 15. Cod. de fide instrument.* Atque ita, *post Caccialupum consil. 29. num. 15.* docuit Andreas Gail. *lib. 2. observat. 25. n. 10.*

Superest, ut de pignoris dissolutione paucis videamus: 283
Primò autem solvitur pignus solutione debiti integrâ *l. item liberatur. 6. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. l. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pignorat. action. l. quamdiu. 6. Cod. de distract. pignor. Fürstl. Würtembergisch. Erneuert Landrecht part. 2. titul. 7. pag. 257. §. Wann der Schuldner, &c. Hartman. Pistoris lib. 3. quæst. 12. sub num. 6. & 9.*
Nec refert, an ipse debitor, an verò alius ejus nomine solverit: cum unusquisque pro ignorante etiam & invito debitore solvere possit. *l. solvendo. 39. ff. de negot. gest. l. solvere. 53. ff. de solutionibus.* 284
Quòd si oblatum debitum creditor accipere planè recuset: adversus hanc injustam recusationem, ad liberationem debitoris hæc cautio est, ut debitor pecuniam testatò oblatam obsignet, & solenniter in publicum locum deponat: quia oblatæ & consignatæ pecuniæ depositio vim solutionis habet. *l. 1. Codic. qui potior. in pign. habeant. l. nec creditores. 10. & l. ultim. Codic. de pignor. actionib. l. obsignatione. 9. Cod. de solutionib. l. acceptam. 19. ubi eleganter. Cujacius. Codic. de usur. l. si prius quam. 8. Codic. de distraction pignor. l. ultim. Codic. de luitione pignor. Donell. in tractat. de pignoribus cap. 16. D. Bocer. Class. 2. disputat. 12. thes. 99. edit. 2. D. Obrechtus. Disput. 15. thes. 587. & sequentibus.* Eaque de re vide Everhardum Bronchorstium *centur. 2. [illegible] assert. 1. edit. 1.* Arumæum *in tractat. de mora. cap. 7. num. 7.* Johan. Meringium *in tractat. de oblat. obsign. ac deposit. pecuniæ debitæ. cap. 5. pag. 358. cum seqq.* & Bachovium *dict. tract. de pignoribus & hypothec. lib. 4. c. p. 17. p. 348. & seqq. nec non lib. 5. c. 1. pag. 355. & seqq.* 285

Secundo pignus seu hypotheca solvitur remissione vel expressa, ut per pactionem, quâ convenit, ut ab hypothecâ discedatur. *l. solvitur. 5. in princ. l. sicut. 8. §. 1. ff. quibus modis pignus, vel hypothec. solvit.* vel tacitâ, ut si creditor præsens, nec repugnans permittat debitori, suam rem pignori obligatam distrahere, vel alienare. *l. si debitor. 4. §. l. sicut. 8. § si voluntate. 6. & sequentibus. ff. quibus modis pignus, vel hypothec. solvit. l. cum te. 4. Codic. de remission. pignor. [illegible] Negusantius in tractat. de pignoribus & hypothec. 3. membr. sextæ partis princ. num. 12. & sequentibus, Hartman. Pistor. libr. 3. quæst. 16. num. 9.* 286

Sic quoties creditor, ut res sibi obligata alteri etiam pignori detur, consenserit; hoc ipso jus suum pignoris in totum remisisse intelligitur. *l. Titius. 9. in princ. & in fin. & l. Paulus. 12. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit.* Idque latissimè explicat *Pistoris d. q. 16. ubi rationibus pluribus hanc assertionem premit, contraria resolvit. & secundum eam judicandum subindicat.* 287
Quæri hic potest: an & is, qui reddit debitori pignus, jus pignoris remisisse præsumatur? Et præsumi probabilius: quandoquidem reddere nihil aliud est, quàm retrò ita dare, ut eo sit loco, quo priùs fuit. *l. verbum reddendi. 94. ff. de verbor. significat. Cujac. ad l. 2. in fin. ff. de pact. Forster. junior. lib. 3. Disput. 16. th. 19.* 288
Sortis tamen remissio haud præsumitur: sed manet, quousque solvatur. *l. 3. ff. de pact.* At chirographi sive cautionis redditio remissionem sortis sive debiti inducit. *d. l. 2. §. 1. ff. dict. tit. l. creditricem. 7. C. de remissione pignor.* 289
Ratio diversitatis est: quia chirographo continetur principalis obligatio, cujus accessio quædam est pignus sicuti fidejussor. *l. si servum. 91. §. nunc videamus. 4. ff. de verbor. obligat. l. Granius Antoninus 71. post princip. vers. sed & accessiones ff. de fidejussoribus.* 290
Principali autem obligatione sublatâ, tollitur accessoria, non verò contra. *l. in omnibus. 43. ff. de solutionibus.* quemadmodum cessante causa, effectum ipsum cessare, non insulsè quis dixerit. *l. adigere. 6. §. quamvis. 2. ff. de jure patronat. c. cum cessante 60. ext. de appellat.* Sed videantur *Negusant. d. membr. 3. sexta part. prin. num. 19. & seq. Connanus libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 19. num. 3. & seqq. Bocholt. in Commentar. de pactis. cap. 2. in prima pactorum divis. num. 5. & sequente. Hunn. Disputat. 13. controvers. 15. Treutler. Disputat. 1. thes. 9. lit. B. volum. 2. & ibidem Hunnius in suis resolut. quæst. 56. pag. 87. cum seqq. & Hackelman. Disput. 12. thes. 14. lit. E. aliique ab iis designatis* 291

Digitized by Google

Et de remissione debiti atque ipsius pignoris accuratè disputat Bachovius *d.l.5. de pignor. c.5. & seqq. p.379. & seqq.*

292 Tertio liberatur pignus satisfactione. *dict. l. item liberatur. 6. in princ. ff. quibus mod. pign. & hypothec. solvit.* quia satisfactio pro solutione est. *l. grege. 13. §. etiam si. 4. ff. de pignoribus & hypoth. d.l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignorat. act.* Satisfit autem creditori vel de sorte, vel de pignore, *notante Dn. Obrechto Disputat. 15. thes.*

293 495. De sorte satisfactum intelligitur, quemadmodum creditor voluit, licèt non sit solutum, ut scribit Ulpianus *in d.l. si rem. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Et hoc fit, vel ipso jure, putà novatione & acceptilatione. *l. solutam. 11. §. 1. & §. solutam. 5. ff. d. tit. l. novatione. 18. ff. de novationib.* vel per exceptionem: si judicatum, vel juratum, vel pactum sit, nihil deberi, aut pignus non esse obligatum. *d.l. solvitur. 5. § fin ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit.* Et generaliter quocunque modo debitor sorte sive obligatione principali liberatur, semper quoque liberantur pignora. *l. in omnib. 43. ff. de solutionib.* Nam cùm principalis causa non consistit: nec ea consistet, quæ accessionum locum obtinet. *l. cùm*

294 *principalis 178. ff. de regul. jur.* De pignore porrò satisfit creditori: si convenerit, ut vel alia pignora, vel pro hypotheca fidejussor daretur. *d.l. solvitur. 5. §. si convenerit. 2. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. d.l. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pign. act.*

295 Sed non levis suboritur hic contentio si debitor pignus æque idoneum creditori invito offerat, an audiatur, & prius pignus liberetur? Et quanquam id affirmant *Philippus Decius n. 4. & Cagnolus num. 2. 6. & 10. in l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur. Franciscus de Cremа notab. 54. & Negusantius d. tract. de pignorib. & hypoth. c. 1. membr. tertiæ part. num. 21. vers. adde etiam, &c.* attamen contrarium verius esse, & forsan receptius, testatur *Emmanuel Soarez in thes. recept. sent. lit. P. num. 120. & seq.* Cui meritò adstipulantur *Arius Pinelus in l. 2. part. 12. c. 1. num. 21. C. de rescind. vendit. Paulus Buren Disput. 9. ad Instit. them. 4. quæst. 2. & recenter Knipschildt. d. exercit. Acad. 5. q. 21. pag. 199.*

296 Tum quia aliud pro alio creditori invito solvi non pot-

297 est. *l. 2. §. 1. in prin. ff. de reb. credit. si certum petatur.* Tum quia id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium trans-

298 ferri nequit. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* Tum quia generalia verba textus *in d.l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignor. action.* satis comprehendunt casum, in quo etsi æquivalens pignus daretur: adhuc tamen illud committeretur voluntati creditoris, ut nec tunc aliud pignus accipere cogeretur. Tum denique quia creditor non compellitur liberare fidejussoré datum, etiamsi alius æquè idoneus offeratur. *l. si mandato. 45. §. item si, dum. 2. ff. man-*

299 *dat.* Cujus §. textus dubitatione prorsus careret, nisi intelligeretur in his terminis; cùm alius æquè idoneus, fidejussor offerretur. Atque ita de fidejussore ad pignus erit urgens argumentum, quo utitur ipse Ulpianus *in l. qui autem. 14. §. 1. & 2. ff. de constitut. pecun.*

300. Nec huic verissimæ sententiæ adversatur glossa *in l. si Titio. 22. ad verb. pigneratitia. circa finem. ff. de pignorib. & hypothec. quâ dissentientes potissimum nituntur.* Loquitur enim secundùm terminos textûs de creditore, agente contra heredem debitoris, non de debitore, agente contra creditorem; & sic nullo modo sentit, posse debitorem compellere creditorem, ut, dimisso certo pignore, aliud accipiat, *Pinell. d. cap. 1. num. 21. sub fin.*

301 Minus adversatur textus *in l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus. gest.* ubi Cajus JC. in hæc verba respondit: *Si metu à te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim: arbitratu judicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solum illud continetur, ut in tua persona redintegretur obligatio; sed ut fidejussores quoque vel eosdem, vel alios non minus idoneos adhibeas: præterea ut & pignora, quæ dederas, in eandem causam restituas.* Etenim in isto textu (ut ex literâ constat) favetur & succurritur creditori, non debitori: & ideo causa in pristinum statum restituitur. *Pinell. d. cap. 1. num. 14.*

302 Multò magis adversatur, quòd teneatur quis facere, quod sibi non nocet, & alteri prodest. *l. in creditore. 38. ff. de evictionibus. l. 2. §. item Varus. 5. ff. de aqua, & aqua pluv. arcend.* Nam quamvis ratione ipsius pignoris meâ non intersit, hoc aut illud habere pignus, cùm ejusdem bonitatis utrumque sit: tamen ratione tuitionis ac necessitatis maximè interest: quia idcirco ad faciliorem & celeriorem debiti solutionem indicendis, atque adeò adigendis, *ut bene notavit Soarez in suis annotationibus ad Pinelum d.c. 1 n. 25. & Paulus Buren. d. quæst. 2. in fine.* Ac de modo liberandi pignoris per satisfactionem, inspiciatur Bachovius *d. lib. 5. de pignor. c. 10. p. 4-7. & 444.*

Quartò finitur pignus rei obligatæ interitu, non modò 303
si corporalis sit res, sed etiam incorporalis: ut si ususfructus obligatus extinguatur. *l. sicut. 8. in pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* vel aliud jus, quod debitor in re habuit, *l. 3. ff. eod.* Cæterùm id accipiendum est de totali rei inter- 304
itu, quo scilicet tota res, non aliqua ejus pars, absumitur. Si enim, *verbi gratiâ*, domus oppignorata comburatur: area nihilominùs manebit obligata, & quicquid ei deinceps inædificatur. *l. domo. 41. ff. de pignorat. action. l. Paulus. 26. §. penult. de pignor. & hypoth. Cujac. lib. 23. observ. 22.* Si- 305
quidem cùm mutatur tantùm rei qualitas, hypothecam durare, minimè dubitatur. *l. fundus. 16. §. si res 2. ff. dict. tit. Wesenbec. in Paratitl. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. num. 3. ubi & alios solvendi pignoris modos attingit.* Porrò an & quatenus per rei corruptionem aut mutationem, itemque per præscriptionem pignus finiatur, late explicat Bachovius *d. tract. de pignorib. & hypoth. lib. 5. cap. 3. p. 369. cum seqq. & c. 12. pag. 4. 4. & seqq.*

Pignore prædictis modis soluto, succedit actio pigno- 306
ratitia personalis. *l. ult. in fin. Cod. de distract. pignor.* quæ duplex est: directa & contraria. Directa debitori, qui rem oppignoravit, competit solutâ omni pecuniâ, adversus cre- 307
ditorem, ut rem reddat. *hoc §. nostro. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. l. debitor. 40. ff. de pignorat. action. Negusantius in tractat. de pignorib. & hypoth. 2. membr. septimæ part. princ. num. 7. & seqq.* damnumque in eâ dolo culpâve datum resarciat. *l. si cùm venderet. 13. §. fin. l. sicut vim. 19. C. de pign. & hypoth.* Sed hic distinctio pignoris conventionalis & 308
prætorii necessaria est: ut in illo creditor de dolo & culpâ teneatur. *l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati.* in hoc verò de dolo duntaxat. *l. prætor ait. 9. §. est præterea. 5. ff. de reb. auctorit. jud possid. Balduin. in tract. de pignorib. & hypoth. c. ultim.* Cur in pignore conventionali 309
non dolus tantùm, ut in deposito, sed culpa etiam, ut in commodato, præstatur, ratio hæc est: quia pignus utriusque gratiâ datur, & debitoris, quò magis pecunia ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto sit creditum, *per hunc §.* Quandoquidem in iis contractibus, qui utriusque contrahentium utilitatem continent, & dolus & culpa præstanda venit. *d.l. si, ut cert. 5. §. 2. ff. commodat. Berlichius part. 2. conclusion. practicabil. conclus. 33. num. 1. p. 693.* Ve- 310
runtamen non levissima culpa, ut in commodato, sed levis solummodò præstatur: hoc est, talis diligentia à creditore exigitur, qualem suis rebus, non vigilantissimus, aut diligentissimus sed diligens paterfamilias adhibere solet. *l. ea igitur. 14. ff. de pign. act.* Ratio differentiæ inter commodatum 311
& pignus haud obscura est: quia in commodato solius accipientis sive commodatarii utilitas vertitur: ac proinde meritò is levissimæ culpæ nomine tenetur; ast in pignore utriusque, *ut paulò ante dictum*, utilitas versatur: & propterea rectè de levi tantùm culpâ creditor tenetur. *d.l. 5. §. 2. ff. commodat. Theodor. Marcilius in hoc §. & ibi Iun. Borcholt. n. 6. Foman. Disput. 20. thes. 8. lit. g. Giphan. Disput. 25. ad Institut. thes. 19. & imibi Olemannus in suis not. n. 18. & sequente.* Enimverò si solius creditoris gratiâ pignus 312
datum sit: præstat creditor etiam levissimam culpam. *d.l. si cùm venderet. 13. in fine ibi, venit & custodia ff. de pign. act. & d.l. sicut. 19. ibi, sed & custodiam. C. de pignorib. & hypoth.* ex quibus legibus evincitur, creditorem teneri quoque de levissimâ culpa; idque significatur per vocem, *custodia*, quâ indicatur summa & exactissima diligentia, cui opponi solet levissima culpa, *ut notatur ad § 2. num. 70. supr. de obligat.* Sed existimandum est; verum illud tantum esse, si creditoris solius gratiâ pignus contractum sit; putà ut pecunia credita in tutum redigeretur, aliàs quin parati etiam sine pignore roganti amico credere potuissent. Nam si utriusque gratiâ pignus contractum sit, quò magis

debitori

Digitized by Google

debitori pecunia crederetur, quam sine pignore habere non poterat, quod ea ratione quodammodo sibi creditor exprimere videtur. *arg. in d. l. cum te [illegible] 4. Cod. de pign.* Et quò esset creditori pignore cautum: hoc casu negandum est, custodiam [illegible] definitionem *d. l. [illegible] 5. [illegible] videndum. 2. ff. commodat.* Ita docet [illegible] *lib. 1 [illegible] 24* quem sequitur D. [illegible] *23 [illegible] 74 [illegible] 2.* [illegible] *lib. 5. de pignorib. c. 21. num. 2. & 4. pag. 463. [illegible] itemque in [illegible] pag. 73[illegible].*

313 Contraria pignoratitia actio datur creditori, adversus debitorem, ad id consequendum, quod sibi pignoris nomine probabiliter [illegible] *8. in princ. l. si servum. 31. cum l. seq. & l. si quis. 36. ff. de pignorat. act. & ibidem Wesenbecius in suis Paratit. num. 8. & Negusantius d. tract. de pign. & hypoth. 3. memb. septima part. princ. num. 13. & aliquot seqq.* veluti, si in conventione pigneris deceptus sit; ut si rem alienam debitor obligarit: quo casu etiam stellionatus crimine extraordinarie conveniri poterit. *l. 1. §. 1. & 2. l. 2. d. l. si quis. 36. [illegible] & §. 1. ff. de pignorat. act.* si damnum passus sit creditor ex pignore, ut debitor resarciat. *d. l. si servum. 31. ff. eod.* si impensas necessarias in pignore fecerit, ut debitor refundat. *d. l. si necessarias. 8. in princ. ff. d. tit. l. creditor. 7. in pr. Cod. eod. Schafferus lib. 1. quæst. 43. D. Besold. part. 2. [illegible] lib. 13. Pandect. quæst. 9. pag. 90. vide Bachovium [illegible] tractat. de pignorib. & hypothec. lib. 3. cap. 9. num. 2. pag. 189.* Quæ tamen impensæ à judice examinandæ sunt, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. *l. [illegible] 25. ff.*

314 *d. tit. de pignorat. act.* Decet enim creditorem exactorem, non acerbum, nec contumeliosum; sed moderatum, & cum efficacia benignum, & cum [illegible] humanum esse. *l. si bene. 33. in princ. ff. de [illegible] 237. [illegible] ita.*

315 *2. ff. de verb. obligat.* nec malitiis hominum indulgendum

316 est. *l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat.* Enimverò hic notandum: ratione impensarum creditori quoque competere jus retentionis. *arg. l. quamdiu. 6. Cod. de distract. pign. l. 2. Cod. debitorem venditionem pigneris impedire non poss. l. solutum 11. §. 3. ff. de pignorat. act. l. si in area 43. in fin. ff. de condict. indebit.* ne scilicet petitor ex aliena jactura locupletetur. *l. planè. 38. ff. de petit. hered.* Nec interest, etiamsi debitor chirographariam tantum pecuniam debeat. *l. unic. Cod. etiam ob chirograph. pecun. pignus retineri poss. Meyrer. in tr. de pign. tit. 18. n. 3. lib. 1. [illegible] D. Plebst. disp.*

317 *2. ad jus municipale Wirtemb. part. 2. tit. 93. ad lit. C.* Porrò pignoratitia illa actio, uno tantum nomine semper pignoratitia appellatur. Ex altero autem pignore, quod propriè hypotheca dicitur, actio quæ nascitur, etiam pignoratitia quidem communi nomine, sed propriè & sæpius hypothecaria, & Serviana & utilis Serviana, & quasi Serviana nuncupatur. *§. item Serviana 7. inst. de act. l. 1. Cod. [illegible] de*

318 *legat.* Sunt & aliæ inter pignoratitiam & hypothecariam actionem differentiæ. Nam pignoratitia actio, est in personam, quia ex contractu descendit: hypothecaria, est actio in rem. *d. l. ultim. in fin. Cod. de distract. pignor. gloss. in l. nec creditores. 10. ad verbum longi. Cod. de pignorat. act.* Pignoratitia dein est civilis; hypothecaria ex pacto, & ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capit. *d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. l. si tibi decem. 17. [illegible] ff. de pactis.* Adhæc pignoratitia, est bonæ fidei actio: hypothecaria, est stricti juris. *§. actionum autem. 28. ibique gloss. in verbo, pignoratitia infr. de actionibus.* Pignoratitia insuper debitori, qui rem pignori opposuit, datur exsolutâ pecuniâ, ad consequendum pignus creditori traditum, *ut dictum suprà num. 293.* At hypothecaria creditori tribuitur, quâ pignus, pecuniâ nondum persolutâ, persequitur. *d. §. item Serviana. 7. inst. de actionibus.* Denique pignoratitia, cùm sit personalis, annis triginta semper durat. *l. sicut. 3. Cod. de præscr. 30. vel 40. annor.* hypothecaria verò varium tempus habet: siquidem interdum tollitur 10 annis, interdum 20. interdum 30. & interdum 40. ut notavit Balduinus *ad d. §. item Serviana. vers. inter pignus infr. de action. arg. l. 2. Cod. de luitione pignoris.* & Negusantius *d. l. tractat. de pignoribus & hypothec. 1. membr. partis. 7. principal. num. 6.* Vide Reinhardum Bachovium *in tract. de actionib. disputat. 3. ad thes. 37. pag. 110. & d. tract. de pignorib. & hypoth. lib. 3. cap. 1. & 10. cum seqq. itemque lib. 5. cap. 20. pag. 456. cum seqq.* & Georgium Frantzkium *exercit. 13. quæst. 10. pag. 452. & seqq.* itemque Davidem Doringium *in bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio pignoratitia n. 50. fol. 397.*

Porrò cùm repressaliæ pignoribus assimilari videantur, 319 de iis, an & quatenus jure defendi possint, commodis quasi loco disquisitionem instituere lubet. Antequam autem quæstio ista discutiatur: paucis præmittendum & monendum est: quòd repressaliæ (quarum mentio fit in jure Canonico, *[illegible] de injur. lib. 6. Hotoman. consil. 23. num. 21.*) exotico & barbaro vocabulo dicuntur pignorationes 320 rerum & personarum: quando videlicet unus pro alio, & res unius pro re alterius apprehenditur: & à summo Principe, Rege, vel Magistratu, superiorem non recognoscente, ob justitiam denegatam, conceduntur: cùm instar justi belli reputentur, quod ab alio, quàm summo Imperatore, indici nequit. *l. 3. vers. eadem lege tenetur. ff. ad leg. Jul. majest. l. unic. Cod. ut armor. usus inscio Principe interdict. sit.* Quin etiam ipse Imperator bellum movere non 321 potest, absque consilio & voluntate Septemvirorum & ordinum Imperii: ut apparet ex Capitulatione Cæsareâ, quæ extat apud Schleidanum *lib. Commentar. de statu Religionis & Republ. circa finem.* Quòd si quisquam sine licentia Imperatoris bellum inciter: crimen læsæ majestatis committere dicitur. *d. l. 3. ff. ad l. Jul. majestat. Matth. de Afflict. ad Tit. 27. de pace tenenda. §. si quis hominem. n. 27. lib. 2. Feudor. Damhouder. in praxi rer. criminal. c. 82. de bello n. 20. eosque laudans Dn. Colleg. Boeer. in tract. de diffidationib. c. 2. num. 5. & 6.* Licèt verò in omni disquisitione 322 λογομαχία sit vitanda: deque nominibus, quæ rerum picturæ tantùm sunt, & tesseræ, *secundùm Platonem in Cratyl.* nos non adeò sollicitos esse oporteat: tamen cùm 323 semper rerum quidem potior, verborum autem prior cura esse debeat. *l. 1. in princ. ff. de Justit. & jur. l. 1. §. 1. & 2. ff. de pact. l. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. 1. §. 1. ff. de suspect. tutorib.* illa quoque in propositâ materiâ nobis curæ erit: præsertim cùm nomina, ut & etymologiæ, ad ipsarum rerum cognitionem nos haud rarò manu ducant: & ex ignoratione vocum atque etymologiarum maximam sæpe rerum, quarum illæ notæ sunt, ignorationem & confusionem sequi necesse sit. Ad repressaliarum igitur vocem quod 324 attinet: illæ non eodem modo ab omnibus derivantur. Quidam enim eas deducunt à repræsentando: quasi scilicet illi, qui ob denegatam Justitiam cum rebus detinentur, repræsentent eos, qui & debitum non solverunt, & ad id consequendum jus & justitiam denegarunt, juxta illud Poetæ:

Quicquid delirant Reges, plectuntur Achivi.

Ac sane cum is, qui caulam repressaliis dedit, pignorato 325 omne damnum & interesse, quod est passus, resarcire cogatur: isthæc notatio non omnimodo pro rejiculâ habenda est. Alii repressalias sive pressalias ducunt à presa, vocabulo Italico, quod capturam designat: aut à verbo Gallico reprendre, & reprise: quod est aliud pro re sua recipere, & injuriam, in damno & facto consistentem, resarciri postulare. Alii verò eas à reprædando derivant. Nonnulli denique easdem a reprimendo dictas autumant. Et 326 cùm repressaliis homines vulgò utantur: ut alios ad justitiam administrandam urgeant; iisque aliorum injustitia reprimatur: & hæc notatio non omninò irrationalis videtur. Atque ita repressalias seu pressalias Doctores deducere animadverto. Quæ etymologiæ ut omnes non possunt prorsus esse insulsæ seu absurdæ, si rem ipsam respicias: ita si ipsam vocis & rei originem spectes; non omnes veræ sunt Grammaticè. Etenim cùm vocabulum (*repressaliæ*) sit barbarum, *ut paulò ante monitum. num. 320.* & verò repræsentare, ut & reprimere, verba Latina: hæreo profectò ac dubito, an de his Grammaticè etiam deducatur vox *repressaliæ*. Trium quippe est, derivatum & 327 derivativum, seu simplex & compositum, ejusdem debere esse originis. Enimverò unit quispiam deducat: nulli propterea litem movebo. Usum porrò repressaliarum 328 non novitiâ consuetudine receptum esse, ut Bartolus noster voluit: sed à vetustissimis Romanorum legibus radi-

 cem

cem sumpsisse, censeo, putà ab ipsis Fecialibus, à Numa
Pompilio secundo Romanorum Rege, primò constitutis.
329 Quorum officium erat, custodire & præcavere; ne alicui
confœderatæ Urbi bellum à Romanis injustum inferretur:
quòd si fortè ab aliis fœdera violarentur, repetere res; &
si non redderentur, bellum decernere. Ibat enim ad fœ-
difragam Civitatem Fecialis; & admonitis, ut justa face-
rent, nisi paruissent (Diis fœderum inspectoribus invo-
catis) bellum comminabatur. *Vide Conradum Paschalium*
*in suo legato. c.*3. Hincque emersisse usum repressaliarum
Zasius quoque, summus ille Germaniæ Jurisconsultus exi-
stimat, *in l.*2 §.2.*vers.* & *ita leges quasdam. ff. de orig. jur.*
Licèt, post alios, aliter sentiat Ventura de Valent. *lib.* 2.*par-*
*thenii litigiosi.c.*2. *num.*31. Eaque de re videatur Bacho-
vius *in tract.de pignorib.* & *hypothec.lib.*2.*cap.*12, *num.*5.
*pag.*140. & *seq.* His ita breviter præmissis, ad proposi-
tam quæstionem propius accedimus: & nunquid repres-
saliæ jure defendi & in quovis communiter licitè exerceri
queant, accuratius paulò examinemus. Ac certe eas
regulariter omni juri esse consentaneas, Doctores pleri-
que speciosis admodum rationibus & fundamentis suffulti,
concludunt.

330 Primò enim ita ratiocinantur: omnis justitia & natu-
ralis æquitas postulat, dictitatque: ut singulis sua tribuan-
tur; & omnibus rerum vel creditarum, vel ablatarum re-
stitutio fiat § *juris præcepta.* 3. *Instit de iustit.* & *jur.* Ideo-
que cum nobis aliquis deberet, vel nostra nobis surripuis-
set: & nos non solum adversarium, sed eius etiam Ma-
gistratum pro restituendis rebus solicitaverimus; debita
vero justitia utrinque denegata fuerit: ordinasse & per-
misisse videtur eadem ipsa lex & justitia alium modum &
remedium extraordinarium, malo nodo malum cuneum
obiciendo: ita ut quod monendo ac solicitando consequi
non potuimus, id saltem per repressaliarum & pignoratio-
num coactione obtineamus: adeoque adversarium vel
magistratum amore sui concivis vel subditi ad justitiæ ad-
ministrationem compellamus. Deinde accedit, quòd li-
cet repressaliatus seu pignoratus, veri contractûs ratione,
sit innocens: attamen propter denegatam vel protractam
justitiam a magistratu suo, quasi obligatione aliqua teneа-
tur; ac ea propter ex obligatione ista possit vel ipse, vel
bona ipsius detineri, eidemque auferri: quò Princeps sive
Magistratus ad jus cuique, etiam extero, reddendum fa-
331 ciendum adigatur & concitetur. Præterea metu repressalia-
rum singuli Magistratus coguntur non minus exteris, quàm
propriis subditis & civibus justitiam administrare: ut pro-
inde ipsorum subditorum interfit, repressalias exerceri ad-
versus Principem & Magistratum, justitiam denegantem.
Civitas insuper vel Dominus, justitiam facere negligens,
vel recusans, est debitor justitiam postulantis. Quocirca
homines, illi Domino vel Populo subjecti, capi poterunt:
si quidem propter defectum Domini, negligentis facere ju-
stitiam, contra totam terram & omnes gentes subditas bel-
lum indici posse, Divus Augustinus scriptum reliquit. *can.*
332 *dominus.* 2. *caus.* 23. *quæst.* 2. Adhæc cùm negligentia
procuratoris domino noceat: idcirco & negligentia Re-
ctorum nocebit civibus: quoniam sibi imputare debent,
quòd tales elegerint, *argum. l. cum mandatu.* 23. *ff. de mu-*
333 *neribus.* Denique regnum ab injustis auferri, & justitiam
facientibus dari debet. *Matth.cap.*21.*v.*42. *Ecclesiast. c.*10.
*vers.*8. Atqui Magistratum, repressalias concedentem, in
locum Superioris, justitiã denegantis, succedere vix dubi-
334 tatur. Atque hæc potissima sunt argumenta, quibus vul-
gò doctores repressalias defendere conantur: istis tamen
concurrentibus causis sive requisitis. Primò, ut justitia
sit denegata. Nisi enim & reus fuerit evocatus, & magi-
stratus requisitus, & justitia vel protracta, vel denegata:
extraordinario huic repressaliarum remedio locus non re-
linquitur, *arg. l. cum vero* 26. §. *subventum* 7. & §. *evocari.*
335 9. *ff. de fideicommissar. libertat.* Secundò Doctores requi-
runt, ut denegetur justitia in causa magna & læsione enor-
missimâ. Haud etenim pro re modica decerni solent re-
media extraordinaria *l. scio.* 4 *ff. de in integr. restitutionib.*
l. si quis. 9 §. *ult. ff. de dolo.* Tertiò, ut debitum, causaque
petendi repressalias sit liquidissima, & sufficientibus pro-
bationibus aperta, ita ut supplicantis postulatio vel re ju-
dicatâ, vel publico instrumento, vel chirographo, plenisque
indiciis nitatur. Quartò, ut auctoritate Magistratûs, cui 336
de gravamine plene constet, arrestum judicialiter impo-
natur: cum propria auctoritate jus sibi dicere nemo pos-
sit. *l. non est singulis.* 176. *ff. de reg. jur. l. nullus.* 14. *C. de ju-*
dæis. *Huc que facit novissimum Imperii recessus de anno*
1594. §. *und so viel die ungebührliche Meynung, &c. pag.*722.
Quintò & ultimò, ut is, contra quem conceduntur repres-
saliæ, sit forensis & extraneus: quandoquidem uni Prin-
cipis subdito, contra alium ejusdem Principis subditum,
repressaliæ concedi non debent: cum boni Principis sit,
amborum causas cognoscere, & cuique justitiam incor-
ruptè administrare. Atque ita docent Bartolus, Martinus 337
Laudensis, & Joannes Jacobus à Canibus *in suis Tracta-*
tibus, de Repressaliis, Jodocus Damhouder. *in praxi rer.*
*crimin. c.*98. *n.*12. Petrus Heigius *part.*1. *quæst.*12. Andreas
Dalner. *in Epitom. de repressal.* Petrus Fridericus Mindan.
de processibus & *c. lib.*1. *c.* 49. Guid Pap. *decis.*32. & ibidem
Anton. Rambaudus *in suis addit. omb. Hotoman. d. consil.*
23. *num.* 25. Menoch. *de arbitr. judic. cent.* 6. *cas.* 527.
Horat. Carpan. *super statuta Mediol. vol.* 2. *c.* 437. Andr.
Pinner. *in singulari disput. de repress.* Melander. *in process.*
Meureri, part. 2. *th.*220. *pag.* 387. Limnæus *tom.*3. *de jure*
*publico Imp. Rom. lib.*8. *c.*9. *n.*24. *cum seqq. p.*138 Petr. Greg.
*lib.*38 *syntagm. c.*8. D. Marin *tom* 2. *Digestor. novissimor. tit.*
*Repressalia. c.*1. *cum seqq. fol.*121. *D. Besold. in thesauro pra-*
*ctico. lit. R num.*33 *pag.*687. Althus. *lib.*2. *dicæolog. cap.*17.
*num.*28. *pag.*579 Quirinus Kubachius *cent.*3. *quæst. illust.*
*decur.*2 *q.*4. *itemq. apud Arumæum vol.*4. *de jur. publ. dis-*
*curs.*25.26.27. & 28. Joan. Baptista Costa *tom.*1. *tract. de*
*remediis subsidiar. remed.*17. *num.*9. *cum seqq. fol.*42. Hu-
go Grotius *lib.*3. *de jure belli ac pacis c.*2 *p.*574. & *seqq.* Bal-
thasar Ayola *lib.*1. *de iure* & *offic. bellico. c.*4. & sexcenti alii.

Verùm ego, nec illis quidem requisitis universis con-
currentibus, repressalias jure regulariter licitas; sed omni
potiùs jure prohibitas, illicitas & improbatas esse (cum
nonnullis magni nominis Jureconsultis, quantumvis nu-
mero paucis: Andrea Gailio *lib. singulari, de pignoratio-*
bus observat. 2. Matthia Colero. *in tractat. de processib.*
*executiv. part.*1. *cap* 2. *num.*283. *cum seqq.* & Hellrico Ul-
rico Hunnio, *in Commentar. de privileg. Studiosor. cap.* 2.
*q.*11. *item lib.*3. *resolut. jur. civil. tractat.*3. *part.*5. *quæst.* 7.
*pag.*969. & *seqq.* Antonio Asselmanno, *de contract. disp.*6.
*th.*10. *pag.* 147. Berlichio *part.*1. *conclus. practic. concl.*51.
& *seq.* itemque Ventura de Valent. *d. lib.*2. *cap* 2. *n.* 32.
cum seqq. & aliis *recitatis suprà n.* 139.) mihi persuasissi-
mum habeo. Moveor autem rationibus, haud futilibus;
sed ex purissimo ipsius justitiæ æquitatisque fonte haustis
atque desumptis. Regula quippe utriusque juris novissi- 338
ma & firmissima est: neminem alterius odio prægravari
debere. *c. non debet.*22. *de reg. jur. in* 6. *l. non debet alteri.*74.
*ff. de reg. jur. l. si quis suo.*33. §. 1. *ibi, hoc iniquum judican-*
tes, &*c. C. de inoffic. testam.* Atqui negari minimè potest,
quin odio non solventis, nec justitiam administrantis, gra-
vetur per repressalias ille, qui propter debitum alienum
non solutum, ac propter justitiam sive denegatam, sive
protractam capitur, aut bona ejus detinentur. Proinde
repressalias cum justitiæ jurisque fundamentis ac regulis
pugnare, plusquam manifestum evadit. Quin & jus di-
vinum prohibet, innocentem portare iniquitatem delin-
quentis. *Jer.*31. *v.*30. *Ezech. c.*18. *v.*4.17. & *seqq.* Adhæc, 339
si propter æs alienum patris, filium inquietari & conveniri
fas non est. *tot. tit. C. ne filius pro patre, vel pater pro filio,*
&*c.* nemo utique non videt, iniquissimum esse, aliquem
propter debitum extranei conveniri & inquietari, capi,
bonisve suis exui. Hinc rectè scitèque Cassiodorus, *lib.*4.
*variar. cap.*10. dividuntur inquit, causæ Germanis: filius
obligationibus paternis, si non sit heres, exuitur: uxor ma-
ritalibus debitis, nisi per successionis vinculum, non tene-
tur: & audacia ad solutionem trahit extraneos: cùm absol-
vant jura conjunctos. Nec ad rhobum quicquam facit, 340
quod antagonistæ excipiunt: filium pro patre, & patrem
pro filio non teneri, quatenus eidem Magistratui subsint:
at si pater extraneo deberet, & huic denegata esset justitia:
tunc filium ab extraneo isto creditore arrestari posse. Et-
enim hoc ipso illos manifestè petere principium, nemo
non

Digitized by Google

non intelligit. Sed & *in d. tit. C. ne filius pro patre, &c.* Divi Imperatores generaliter loquuntur: & constitutiones quoque, filium ob debitum patris, & patrem ob debitum filii inquietari prohibentes, naturali Justitiæ ratione,
341 de quâ superius dictum, nituntur. Ad hujus assertionis corroborationem accedit: quòd repressaliæ ob privatam potissimùm concedantur utilitatem: ut nimirum creditor suum ab extero debitore obtinere ac consequi valeat. Ast in propatulo & tralatitium est; quòd propter utilitatem privatam Respublica turbari, convelli, & labefactari non debeat: quæ sane exercitio repressaliarum vel maxi-
342 mè turbatur, inquietatur, & convellitur. Lex præterea justitiæ, jurisque gentium & naturalis suadet: alterum non esse lædendum. *§. 3. supr. de just. & jur.* itemq; illud, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse. *l. id, quod nostrum, 11. ff. de reg. jur.* At contrarium fieri per repressalias, ipso meridie clarius est: quandoquidem non potest non gravissime lædi, qui ob debitum delictumvè alienum, vel ipse custodiæ traditur, vel cujus bona auferuntur & detinentur. Quemadmodum & per repressalias id, quod nostrum est, sine ullo facto nostro aut delicto ad alium transferri, palam est. Dubium ergo relinquitur nullum, quin leges naturæ, & regulæ justitiæ gravissimè &
343 manifestissimè per repressaliarum remedium violentur. Et quanquam ad hoc dissentientes respondeant: per repressalias quidem auferri, & ad aliud transferri alterius bona, alterumque quodammodo lædi; sed non sine causa justissimâ ac gravissimâ: quia scilicet bonum publicum suggerit, justitiam administrari, suum cuiq; reddi: id quod per
344 repressaliarum concessionem efficiatur: attamen ego juris veritati & naturali æquitati magis consonum esse, opinor, ne quidem propter utilitatem publicam suum cuiq; sine ipsius culpâ ac merito, aut sine justi refusione pretii, adimi posse, *arg. § ult. supr. de his, qui sui vel alieni jur. sunt l. vendit. 13. §. 1. vers. nisi prius jubeam. ff. commun. prædior.* Deinde ad justitiæ administrationem à Magistratu extorquendâ, non propterea fuit ipsius sanctæ justitiæ leges violandæ
345 atque evertendæ. Tum etiam non esse facienda mala, ut inde eveniant bona, Divus Apostolus monet. *Paul. ad Rom. c.*
346 *3. v. 8.* Huic insuper sententiæ plurimum inservit vulgata regula juris, qua dicitur: factû cuiq; suum, non alii nocere debere. *l. factum m. 155. ff. de reg. jur.* Atqui verò factum Magistratûs, justitiam denegantis, noceret alii, nempe ei, cujus bona arrestantur & detinentur, si repressaliæ admitterentur.
347 Quare si omnino justitiæ administratio violento aliquo remedio a Magistratu extorquenda est: æquum profectò putaverim, ipsius potius magistratûs, quàm alterius ejus subditi, bona arrestanda esse: cum dictamini rectæ rationis & æquitatis plane conveniens sit; pœnas suos tenere auctores: nec ulteriùs progredi metum, quàm reperiatur delictum, ut præclarè rescripserunt Impp. Arcadius & Honorius. *l. sancimus. 22. C. de pæn.* Eodem quoque non parum confert: quod per repressalias summus Princeps sive magistratus constituitur Judex in re quasi propria: qui à subditis denegantis justitiam fuerit repressaliatis extorquebit, quantùm voluerit: atque ita plus æquo & justo, pro suo arbitrio exiget: qui tamen in prosecutione sui juris amplius non erat habiturus, quàm quantû sibi debebatur in sorte principali, vel ratione moræ: id quod repugnat pe-
348 nitus juri naturali, præcipienti: quòd nemo cum alterius jacturâ debeat locupletari. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. l. jure naturæ. 206. ff. de reg. jur. cap. locupletari. 48. eod. tit. in 6.*

349 Sed quid ego pluribus rationibus conquirendis immoror? cum ipsæ sacratissimorum Imperatorum constitutiones apertissime istiusmodi repressalias oppignorationesvè impugnent atque prohibeant? Primò enim Zeno Imperator *in l. unic. C. ut nullus ex vicaneis pro alien. vicaneor. debitis teneat.* eâ de re ita disertè sancit: *Grave est,* inquiens, *non solùm legibus, verùm etiam æquitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Idcirco hujusmodi iniquitates circa omnes vicaneos perpetrari, modis omnibus prohibemus.* Jam verò pro alienis debitis per repressaliarû concessionem molestari eos, in quos exercentur, manifesto manifestiùs, certoque certius est: ac proinde Zenoniana hac sanctione prohiberi repressalias, firmiter statuendû est. Deinde Augustissimus Imp. Fridericus Secundus, *in* 350
Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c. inter reliqua ita scribit: *Hac igitur generali, & in perpetuum valiturâ lege decernimus: ut nullus de cætero tam audax inveniatur, qui aliquam Scholaribus injuriam inferre præsumat: nec ob alterius cujuscunque provinciæ delictum sive debitum (quod aliquando ex perversa consuetudine factum audivimus) aliquod damnum eis inferat, &c.* Ecce hic Imp. Fridericus illam repressaliarum consuetudinem expressè improbat, eamque perversam appellitat, quâ quis alterius ob delictum vel debitum pati damnum compellatur. Consi- 351
militer laudatissimus Imp. Justinianus, *in Nov. 52. in princ. juncto c. 1.* repressalias, ut iniquitatis & injuriæ plenissimas, perspicue damnat, ita sanciens; *Inhonestas pignorationes, & odibiles super his exactiones, plurimæ quidem & aliæ leges odio habent, præcipue autem à nobis positæ: sed nescimus, quemadmodum causa, licèt tantùm castigata legislationibus, adhuc præsumitur, & in Republica est, & majorem sui prabet virtutem, quam legum necessitas. Propterea sancimus: nullam omnino pignorationem in nostra Rep. prævalere, neq; in mercatis (hoc quod maxime ibi præsumptum invenimus) neque in agris, neque in civitatibus, neq; in vicis, neq; in civibus, neq; in vicaneis, neq; in agricolis, neq; alio omnino quocunque modo vel tempore: sed præsumentem alium pro alio, secundum pignorationis formam, aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo: & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium vero exigi: sed nec alteri molestiam pro altero quodam tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum existentem cædi, aut injuriam sustinere, & aliquid pati, quod omnino non competit, pro alio, & absque legitima occasione quamlibet perferre calumniam, &c.* Idem præterea Justinianus noster *in Novell. 134. c. 7.* hoc modo graviter sancivit: *Quia verò & hu-* 352
jusmodi iniquitatem in diversis locis nostræ Reipub. cognovimus admitti: quia creditores filios debitorum præsumunt retinere, aut in pignus, aut in servile ministerium, aut in conductionem: hoc modis omnibus prohibemus: & jubemus, ut si quis hujusmodi aliquid deliquerit, non solùm debito cadat, sed tantam aliam quantitatem adjiciat dandam ei, qui retentus est ab eo, aut parentibus ejus, & post hoc etiam corporalibus pœnis ipsum subdi à loci Judice: quia personam liberam pro debito præsumpserit retinere, aut locare, aut pignorare. Denique quod Repressaliæ seu oppignorationes in Rom. Imperio tolerari non debeant, aperte novissimè constituit Imp. Maximilianus II. *in Recessu Imp. Spirensi de anno* 1570. *§. Wann auch die* arresta, *wie die* repressalien, *generaliter in Rechten verbotten,* &c. Ex hisce hactenus recensitis constitutionibus Imperialibus ad oculum liquere arbitror: repressalias omni jure severissimè prohibitas atque damnatas esse. Neq; vero de verissimâ hac sententia me facile dime- 353
vebit, quod Adversarii vulgò reponere solent: in modò adductis constitutionibus non tam pignorationes & repressalias damnari, quàm inhumanissimum & pestilentissimum earum abusum reprehendi atque prohiberi: sicq; demum repressalias licitas censeri; si causæ cognitio præcedat: si justa causa, denegatio videlicet justitiæ subsit; si deniq; non propriâ aut privatâ, sed magistratûs auctoritate exerceantur, ut fusius expositum suprâ *n. 334. & seqq.* Huic namque responsioni non solùm resistit generalitas textuum, expressissimè prohibentium, alium pro alio inquietari & molestari: verùm etiam generalitas rationis; quòd nimirum rationem nullam habeat: alium quidem esse debitorem, alium verò exigi: & quod legibus & naturali æquitati prorsus contrarium sit; pro alienis debitis quenquam molestari. *D. Hunn. d. Comm. de privil. Studiosor. c. 2. q. 11. pag. 170. & d. lib. 3. res. jur. civil. tractat. 3. part. 5. quæst. 7. pag. 972.*

Positis itaque & explicatis sententiæ nostræ fundamentis: superest, ut ad contraria suprà *n. 330. & seqq.* allata, succincte breviterque respondeamus. Quod igitur primo loco dicebatur: ipsam justitiam & æquitatem exposcere ut suum cuique tribuatur; ut ablatum restituatur; ut debitum exolvatur: hoc autem per repressalias extorqueri ab eo, qui priùs justitiam administrare neglexerit, 354
aut

Digitized by Google

ªut denegârit: ac proinde per repressaliarum concessionem,justitiæ administrationem promoveri:illud sanè haud
355 difficulter removetur, si respondeatur: legem quidem justitiæ esse perpetuam; quòd suum unicuique sit tribuendum: sed ejusdem justitiæ aliam esse legem, illâ non inferiorem; quòd proximus non sit lædendus. *d. §. præcepta. 3. supr. de justit. & jur.* hanc verò violari per repressalias: ideoque sic unam justitiæ legem tuendam&custodiendam,
356 ut altera non violetur, nec evertatur. Sed & hoc non incommodè regeritur: finem quidem bonum esse posse; ubi tamen media, ad finem istum tendentia, mala sint: hoc autem quotiescunque accidit, observandum esse præceptum Paulinum: *Non esse facienda mala, ut inde eveniant*
357 *bona. d. c. 3. ad Rom. v. 8.* Sic, verbi gratiâ, Christiana religio semper promovenda est: at non vi, non igne, non laqueo, non rotâ, non ferro, aut armis: sed gladio Spiritûs, verbique divini prædicatione fideli, sincerâ & diligenti. Sic ergo & justitia, ejusque administratio semper promovenda est: sed tamen non quibuscunque mediis violentis, non certè illis, quibus ipsa justitia læditur, quibus proximus offenditur; quibusve publica tranquillitas & securitas perturbetur: sicuti per repressalias fieri, ad longum suprà est ostensum. *n. 338. & seqq.*

358 Ad secundum dissentientium argumentum, ab obligatione subditi pignorati sive repressaliati desumptum, respondetur: ex delicto magistratûs, in quod subditus non consensit, subditum haud obligari: proindeque si denegârit, neglexerit, aut protraxerit justitiam magistratus: non erit propter hoc alteri, cui denegata fuit justitia, subditus obligatus: ut qui neque contraxerit, neque deliquerit ipse, neque in Principis seu Magistratûs delictum consenserit. Unde hoc argumentum non modò leve ac ridiculum; sed planè etiam ineptum & absurdum meritò censetur. *Hunn in d. Comment. de privileg. Studios. cap. 2. quæst. 11. p. 172. & d. lib. 3. resol. jur. civ. tract. 3. part. 5. q. 7. pag. 973.*

359 Ad tertium, *suprà num. 331. allatum, argum.* responderi poterit: interesse quidem subditorum, magistratum seu Principem non solùm ipsis, sed exteris quoque jus reddere, & justitiam administrare: verùm non interesse subditorum, quovis modo ad justitiæ administrationem Principem cogi: præsertim cùm alia suppetant media & remedia, quibus ab Ephoris & Imperii sive Regni Statibus in officio Princeps contineatur. *D. Hunn. loco modò designa-*
360 *tis.* Ad quartum (quòd nempe bellum indici possit toti terræ, & Imperio; adeòque etiam subditis, ob denegatam à Principe justitiam: repressaliæ verò sint species belli) non malè respondetur: privatam injuriam, uni alicui duntaxat illatam qualis in nostrâ quæstione est denegatio vel protractio justitiæ, nequaquam esse justam & legitimam belli causam: sed causam belli debere esse publicam.
361 Ratio præterea diversissima est belli & repressaliarum. Bello namque petitur Princeps, qui injuriam fecit: nec non illi, qui vel expressè, vel tacitè, approbant Principis
362 factum. At repressaliis petitur ille, & quidem principaliter, qui nec deliquit, nec in delictum consensit unquam. Ac sanè Divus Augustinus *in alegato loco suprà num. 331.* agit de bello, quod inferri debet genti vel civitati, propter justitiam, non à Principe seu magistratu, sed ab ipsa gente vel civitate denegatam aut neglectam. Ideoque valde impertinenter Augustini auctoritas ad propositum allegatur. Sed & illud, quod de bello in contrarium afferri assolet, accipiendum est de bello, ex publica necessitate suscepto, ad propulsandam videlicet injuriam vicinæ gentis, maximè Sarracenicæ, & à nostra puriore religione & christianitate prorsus alienæ: quæ Sacro Romano Imperio suos nervos & vires nefariè subtrahit. *argument. can. justum est bellum. 1. causa. 23. quæst. 2. & notat. Bartolus in l. hostes*
363 *24. num. 14. ff. de captiv. & postlim. revers.* Secus verò est in injuria, alicui privato illata. Pro ea enim totæ gentes ad arma concitari non debent: cum ex parva sæpe scintilla magnum horrendumque oriatur incendium, *argument. l. qui occidit. 30. § 3. ff. ad leg. Aquil. & cap. si egres-*
364 *sus. 5. ext. de injur. & dam. dato.* Quapropter Judex sive Princeps circumspectus atque discretus esse debet: ne occasione cujuscunque litis facilè patiatur statum, & tranquillitatem Reipublicæ turbari aut convelli, *argument. l. si quis ingenuam. 21. §. ult. ff. de captiv. & postlim. revers. l. 1. §. quies. 12. ff. de offic. præfecti urbi & l. congruit. 13. in princ. ff. de offic. Præsid.* Unde bellè ac scitè canit Ovidius, *lib. 1. de remed. amoris*:

Principiis obsta: serò medicina paratur,
Cùm mala per longas invaluere moras.

Ad quintum argumentum contrarium (quòd dictum fuit, 365
suprà n. 332. negligentiam Rectorum sive Principum nocere debere civibus: propterea quod hi illos elegerint) respondendum puto per inficiationem sive negationem consequentiæ. Haudquaquam enim unius est subditi, constituere & eligere Principem: sed totius Populi, aut Statuum Imperii. Quin & illud in confesso est: quòd Magistratus non semper electione constituatur: sed aliquando etiam successione, aliisvè modis ad regnum evehatur: ut proinde subdito nihil planè imputari possit quando magistratus justitiam non administrat, nec jus exteris legitimè reddit. *Herman. Kirchner. vol. 1. orat. 11. & 12.* Hincque argumentum à procuratore, officium suum negligente, ad magistratum, justitiæ administrationem negligentem, minimè procedit: maximè, cùm procurator non solum consensu, sed & mandato domini aliena negotia administret. *l. 1. ff. de procuratoribus.*

Ad sextum & postremum Antagonistarum argumen- 366
tum, *adductum suprà num. 333.* quod attinet: ad id multipliciter responderi poterit. Nam primò, propter justitiam uni atque alteri denegatam, Rex sive Princeps non protinus à solio est deiiciendus: sed is demum ab officio deponendus erit, qui justitiæ administrationem penitus negligit, nec cuiquam jus suum unquam tribuere satagit. Deinde cum justitiæ administratio in Republicâ promoveri & conservari queat hoc medio: ut nempè magistratu, justitiam negligente, ab officio remoto, alius in locum ipsius surrogetur, qui justitiæ & æquitati studeat: non erit profectò per iniquissimum hoc repressaliarum remedium ad justitiæ administrationem Princeps cogendus, quo non tam ipse, quàm innocens subditus crudeliter prematur. Denique neutiquam conceditur: in locum hujus, 367
justitiam denegantis, substitutum ac surrogatum esse Principem, repressalias exercentem, maximè quatenus eas exercet: cum illæ ad officium boni magistratus haud pertineant, sed potiùs ei planissimè adversentur: ut ex iis, quæ hactenus in medium allata sunt, satis superque clarescit.

Tandem nihil quicquam moverit, quod objectari ul- 368
terius solet: plerosque Doctores, paucissimis dissentientibus, statuere; repressalias omni jure, adeoque divino, naturali, gentium & civili valere atque permissas esse. Etenim multitudo errantium non parit errori patrocinium, ut tritum sermone dicterium habet: sicque non ex multitudine Auctorum, quod melius & æquius est, judicari
debet: cùm possit unius deterioris interdum sententiam 369
multos & majores aliqua in parte superare, pronunciante ipso Imperatore Justiniano, *in Proœm. Digestor. sive l. 1. §.*
sed neque multitud. ne. 6. C. de vet. jur. enucleand. Et id- 370
eo opinatio multorum, quæ à jure & rationibus firmis non stabilita atque munita est, fortè sperni repudiarique potest: ut benè tradidit Panormitanus *in c. 2. ext. de usur. & in c. Consuluit. 4. ext. de feriis & ibid.* Joan. Andreæ. *& in c. 1. de constitut.* eòque laudans Nicolaus Reusnerus *consilior. lib. 1. consil. 7. num. 116. & seq.* Dilutis igitur & destructis omnibus adversæ opinionis fundamentis: constanter & intrepidè concludendum judico: repressalias nullo omnino jure aut prætextu defendi posse: ac proinde ad extremos Garamantas usque & Indos relegandas, nec non ex universa hominum communitate exterminandas esse.

Digitized by Google

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

TIT. XVI.

Principium Tituli.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione, cùm quid dari fierive nobis ſtipulamur: ex quâ duæ proficiſcuntur actiones, tam condictio certi, ſi certa ſit ſtipulatio; quàm ex ſtipulatu, ſi incerta ſit. Quæ hoc nomine inde utitur, quòd ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à ſtipite deſcendens.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis ſive continuatio hujus tituli.*
2 *Stipulatio quibus partibus conſtet.*
3 *Stipulatio unde denominetur.*
4 *Quando de re conſtat, nomen non curatur.*
5 *Stipulatio quomodo definiatur.*
6 *An ſtipulatio verus ac proprius ſit contractus.*
7 *Stipulatio quibus in locis contractus appelletur.*
8 *A proprietate verborum in dubio non recedendum.*
9 *Omnis conventio aut nudum pactum eſt, aut contractus.*
10 *Monſtrum non eſt homo.*
11 *Definitio cui non competit, eidem nec competit definitum.*
12 *Mens & intellectus l. Labeo. 19. ff. de verb. ſignificat.*
13 *Nullum ſimile eſt idem.*
14 *Qua ratione ſtipulatio cum aliis contractibus conferatur.*
15 *Conſideratio l. ſtipulationum. 5. §. 1. ff. de verb. oblig.*
16 *Ex remotione unius generis, non inducitur remotio alterius.*
17 *Contractus & facti ſunt & juris.*
18 *Quatenus ſtipulatio, nominetur cautio.*
19 *Acceſſorium non idem eſt cum principali.*
20 *Stipulatio cur contractus ſit nominatus.*
21 *Sententia l. in conventionalibus. 52. ff. de verb. obligat.*
22 *Quæ natura ſit contractuum nominatorum, & quæ innominatorum.*
23 *Stipulatio an ſit contractus ſtricti juris: an item juris civilis.*
24 *Num omnes conventiones ſint juris gentium.*
25 *Forma ſtipulationis in quo conſiſtat.*
26 *Jus civile unde nomen acceperit.*
27 *Quis mortalium primus urbes ædificaverit.*
28 *Forma dat eſſentiam & originem rei.*
29 *Sola verba quatenus ſtipulationem conſtituant.*
30 *Stipulationis forma alia generica, alia ſpecifica.*
31 *Verborum ſolennitas ex ſtipulatione an ſublata.*
32 *Origo omnium legum rogatio cenſetur.*
33 *Explicatio. c. 6. proverbior. verſ. 1.*
34 *Conſenſus eſt à jure gentium.*
35 *Expoſitio l. an inutilis. 8. §. fin. ff. de acceptilat.*
36 *Stipulatio cur inventa.*
37 *Ecquid ſtipulatio per ſe ſola, ſine alterius cauſæ adminiculo, conſiſtat.*
38 *Conſideratio. l. ſi divortio. 21. ff. hoc tit.*
39 *Intellectus l. 4. §. fin. ff. ſi quis cautionibus in judic. ſiſt. cauſ. fact. &c.*
40 *Senſus l. 2. §. 3. ff. de doli mali, & met. except.*
41 *Inter abſentes ſtipulatio contrahi nequit.*
42 *Ex inutili ſtipulatione an oriatur utile pactum.*
43 *Acceptilatio inutilis habet utile pactum.*
44 *Differentia inter ſtipulationem & acceptilationem.*
45 *Liberatio obligationis favorabilior.*
46 *Conſideratio l. ſi quis pro eo. 56. §. 1. ff. de fidejuſſoribus.*
47 *Interpretatio leg. quæ. 57. ff. de donat. int. vir. & uxor.*
48 *Declaratio l. non figura. 38. ff. de obligat. & actionibus.*
49 *Generi per ſpeciem derogatur.*
50 *Sponſalia quomodo fiant.*
51 *Quis ad interrogata congruenter reſpondiſſe intelligatur.*
52 *Quatenus continua interrogatio & reſponſio ad ſtipulationis ſubſtantiam requiratur.*
53 *Actus extraneus quis ſit, judicis arbitrio relinquitur.*
54 *In continenti quid fieri dicatur.*
55 *Examinatur l. ſi ex duobus. 12. ff. de duob. reis conſtit.*
56 *Stipulatio omnis vel in dando conſiſtit, vel in faciendo.*
57 *Stipulatio mixta quæ ſit.*
58 *Mixtam ſtipulatio ſimplicibus continetur.*
59 *Ex ſtipulatione dandi præcisè aliquis ad dandum obligatur: non item ex ſtipulatione faciendi.*
60 *In obligatione alternativâ cujus ſit electio.*
61 *Ratio diverſitatis, cur aliud in faciendi, quàm dandi ſtipulatione obſervetur.*
62 *Conſideratio l. fideicommiſſa. 11. §. ultim. ff. de legat. 3.*
63 *Conſideratio l. hereditatem. 28. ff. de donationibus.*
64 *Expreſſa hominis proviſio facit ceſſare proviſionem legis.*
65 *Hereditatis appellatione quid contineatur.*
66 *Satisfacere creditoribus quid ſit.*
67 *Aliud pro alio, invito creditori ſolvi nequit.*
68 *Inter artifices magna differentia.*
69 *Reus ex delicto ſuo commodum ſentire non debet.*
70 *Quatenus mora alicui nocere queat.*
71 *Quatenus in debitoris arbitrio ſitum ſit, utrum & quomodo obligatus eſſe velit.*
72 *Conſideratio l. actionum. 25. in princ. ff. de obligat. & actionibus.*
73 *Conſideratio l. obligationum. 3. ff. eod.*
74 *Conſideratio l. qui reſtituere. 68. ff. de rei vindicat.*
75 *Malitiis non indulgendum.*
76 *Sententia l. ſed & hæ perſonæ. 35. §. ult. ff. de procuratoribus.*
77 *Maritus & uxor cogi poſſunt ſimul cohabitare.*
78 *Sententia l. fin. C. de novationibus.*
79 *Quatenus ille, qui tradere promiſit, ad tradendum teneatur, remiſſivè.*
80 *An verborum obligatio non tantum ex ſtipulatione ſed aliis etiam ex cauſis proficiſcatur.*
81 *Acceptilatio quam obligationem tollat.*
82 *Quatenus incluſio unius ſit excluſio alterius.*
83 *Quæ actiones ex ſtipulationis obligatione naſcantur.*
84 *Certa ſtipulatio quæ ſit.*
85 *Incerta ſtipulatio quæ dicatur.*
86 *Boni appellatio non eſt certæ rei ſignificativa.*
87 *Utrum is, qui ſervitutem prædii, vel hereditatem ſtipulatur, certum, an incertum in ſtipulationem deducere intelligatur.*
88 *Servitus eſt jus aliquod.*
89 *Hereditate venditâ, quatenus certa rerum hereditariarum quantitas vendita cenſeatur.*
90 *Ex incerta ſtipulatione naſcitur actio ex ſtipulatu: ex ſtipulatione certi, datur condictio certi.*
91 *Pœnæ ſtipulatio, niſi certa ſit, non valet.*
92 *Intellectus l. prædia. 21. ff. de actionibus empt. l. ſi pacto. 14. C. de pact. & l. unic. §. 1. C. de rei uxor. act.*
93 *Actio ex ſtipulatu, & condictio certi perſonalis eſt, perpetua & in heredes tranſitoria regulariter.*

ABſolutis obligationibus ſive contractibus, qui re celebrantur: conſequens eſt, ut jam, quomodo verbis contrahatur obligatio, explicetur. Verbis igitur obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione, hoc eſt, ſtipulatione, *hic & l. 1. §. verb. 7. ff. de obligationib. & action.* 1
Nam ex interrogatione & reſponſione ſtipulatio, tanquam ſuis partibus conſtat. *l. 1. ff. hoc tit. ibique Bart. n.* 13. Ac ſane ſtipulatio duplici tropo vocatur verborum obligatio: primò, per ſynecdochen generis pro ſpecie, κατ' ἐξοχὴν: deinde per metonymiam effecti, pro cauſa efficiente, *hic & t. ff. de verb. obligat.* cùm de ſtipulatione ibidem agatur, quæ producit verborum obligationem. *d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de obligat. & act. §. ult. ſupra, de obligationibus Althuſ. lib. 1. dicæolog. c. 85. n. 2. lit. h. pag. 298.* Stipulatio denominata eſt à ſtipulo, quod veteres firmum appellitabant, fortè à ſtipite, cui firmiter quid alligatur, deſcendens; auctore Imp. Juſtiniano *hic*, & Julio Paulo *lib. 5. ſent. tit. 7. in princ.* Ubi intermiſſa particulâ (*forte*) audacter, & ſine omni hæſitatione aſſerit; ſtipulationes ab eo dictas eſſe, quod per eas firmitas obligationum conſtringatur. Quorum ſententiæ promptius ſubſcribendum cenſeo, quam M. Varronis *lib. 4. de lingua Lat.* itemque Feſti *in verbo, ſtipem*, & horum aſſeclarum, Coraſii *libr. 1. Miſcellan. jur. civ. c. 25. n. 8.* Mynſingeri *hic num. ult.* Oldendorpii *claſſ. 4. act. 28. in princ.* & Bachovii *hic n. 3. pag. 741. cum ſeq. itemq; in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. diſp. 27. th. 1. ad lit. A. pag. 789. & ſeq.* qui ſtipulationem a ſtipe (id eſt pecunia, *arg. l. 1. in princ. ff. de collegiis.* vel modico ære. *l. ager. 27. ff. de verb. ſignif.* quod in eam frequentius deducitur) nomen accepiſſe opinantur; quam item Alciati, *lib. 1. parerg. c. 29.* & Duareni *in partitione methodica tit. de verb. obligat. c. 1. in princ.* qui illam ineptè à Græco verbo [illegible], id eſt, aſtringo, vel [illegible] deducunt. Quamvis enim contractus cum ſtirpe vel trunco nihil commune habere videatur: nihilominus tamen, ſicut truncus eſt firmus & ſtipes munit rem aliam, cui additur; ita etiam ſtipulatio firmat & munit obligationem aliam, cui ſubjicitur. *arg. l. petens. 27. C. de pactis. Petr. Ricciard. ad rubr.*
hujus

2
3

hujus tit.n.1.& 69.latiùsque probatur infra n.36. Sed& nihil similius esse posset,& ne quidem ovum ovo,quam hæc vocabula: *stipes, stipulum, stipulari, stipulatio.* Quemadmodum bellè explicant & sentiunt *Cujacius in paratitl. C.de contr.& commit. stip. Schneidewin.hic num.14. Ritterhusius pag. 522. & Vultejus num. 18. Olderman. in suis rationalib.hic, pag.70.& seq. Treutler. d. disputat.27.th.1. sub lit.a.vol.2.Forster.lib.3.disp.17.th.2. Donell.ad l. stipulationum.5.§.stipulatio autem.n.2. in fine.ff.hoc tit. & idem lib.14.Comm.de jur. civ.c.36. p.352. ibique Hilliger.in suis notatis.ad lit.f. Forcat. Necyomant. dialog.72. ad fin. Mozzius in tract. de stipulat. in princ.n.1. cum seq. Hector Richerius in Rubric. ff. de verb. oblig.n.19. cum seq. Christoph. Phil.Richter.in tract.de contr.disp.7.th.1. sub lit. a. p. 161. cum seq. Hostichius progymnasmat. nomicor. cent. decur. 6. lit.b.&Gaddeus in Comm.de contrah. & commit.stipul.c.1. conc. 1. qui de notatione stipulationis omnium accuratissimè*
4 *dissertat.* Enimverò quando de re ipsa constat, frustra de nomine quæritur aut contenditur. *teste Nonio hic.n.7.* cujus curiosa & subtilis indagatio pertinacibus relinquitur; *quemadmodum ex Tullio monet Accursius ad rubric. ff. soluto matr. & Heigius hic n. ult.*

5 Stipulatio non incommodè definitur contractus,nominatus, stricti juris,jure civili inventus,verbis initus,interrogatione præcedente,eamq; responsione congruâ in continenti subsequente: quo respondens interroganti,ad aliquid dandum, vel faciendum, obligatur, *arg. hujus princ. d. l. 1. & l. stipulationum.5.§. stipulatio.1. ff. hoc t. l. 2. §. ult.ff.de reb.credit. d l.1.§. verbis.7. & l. obligamur. 52. in princ. & §.2 ff.de obligationib. & actionib.Jul.Pac. in Epit. jur.disput.12.th.26. Kuipschildt exercit. Acad.6. th 3. pag.*
6 202. Dicitur generis loco, *contractus.* Sed controversiâ non caret num stipulatio, ex qua verborum obligatio, tanquam effectus ex suâ causâ, enascitur. *l.1.§. quod servus. 3. ibi, ut altera stipulatio obligationem pariat ff. de stipulat. servor.* sit verus ac proprius contractus? Et stipulationem verè & propriè contractum esse, negant. *Accurs. ad §. conventionales. in verb. rerum contrahendarum. infr. de divis.stipulat. & in l.2.ad verb. repellere. vers. nec obstat. C. de jur. emphyt ut. Bartol. Alciat. Brechæus & Fornerius ad l.Labeo.19.ff.de verb. signific. Iason in d.l. stipulationum. 5.num 2 ff. hoc t. Robert. lib.2. sentent. jur. c.12. Hopperus libr.2.* [illegible] *in not.* Idque commune Dd.esse pronunciatum *post alios,* testatur *Emanuel Soarez.in thesaur. recept. sentent. verb. stipulatio. num. 199. & Mozzius in tract. de contractibus in genere, artic 2. num.11.* Cæterùm contrariæ affirmantis sententiæ veritas relucet *ex §. 2. sive fin. supr.de obligationibus.* Ubi Justinianus Imp. speciem contractûs stipulationem, qua verborum obligatio contrahitur, disertè constituit. Quòd autem de verò ac proprio contractu ibi loquatur; ex eo convincitur, quòd ibidem contractum à quasi sive improprio contractu separat atque distinguit. Idem patet ex hoc principio nostro, *juncto princ. 1 t. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc.* Cùm enim hoc loco Imperator de contractu, quo verborum contrahitur obligatio, ex professo tractasset: subjicit *in d. princ. infr.de obligat quæ qs.ex contr nasc.* hæc verba: *Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelligun-*
7 *tur,&c.* Quibus sane verbis luculenter ostendit, quòd in titulis præcedentibus (ubi etiam egit de stipulatione) de veris propriisque contractibus disseruerit: in illo verò demum titulo de quasi&impropriis contractibus tractare velit. Accedit, quòd stipulatio non uno in loco expresse contractus appellatur, *veluti in l.1.§.conventionis.3.vers.adeo.& in fin.ff de pact.l non solùm.31.ff.de obligat. & act.l. eandem rem 9.ff. de duobus reis constit.l.1.C.ut actiones & ab hered. & contra hered.incip.l.præposteri.25.C. de testament l. si donationis.7. C.de his, quæ vi metusve caus.gesta sunt.l.1.§.1. & l.2.ff. de novation. l. certi. 9.§ quoniam. 3. ff. de rebus*
8 *credit. & infinitis prop. aliis.* Credibile autem vel probabile non est, tot locis Imperatores & Jureconsultos impropriè & abusivè locutos esse; adeoque non-contractum inter veros contractus retulisse. maxime enim in dubio à propria verbi significatione non sit recedendum: nisi manifestum fuerit, id voluisse legislatorem, *argument. l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.* Præterea conventionem esse stipulationem, liquidum est *ex d. l.1.§.3. vers.adeò.ff.de pact. l. qui Romæ.122. §. Flavius Hermes. 2. vers.an nihilominus. ff. hoc tit.* Omnis verò conventio aut nudum est pactum,aut contractus. *d.l.1.in fin.cum ll. seqq. l.juris gentium.7. ff. de pact.* Atqui stipulatio nudum pa- 9
ctum non est: quoniam in nudo ac solo consensu haud consistit,sed aliquid amplius habet,nempe verborum conceptionem. *d.l.7.§.quod ferè.12.ff.eod.d.l.5.§.1.ff. hoc tit. d.l.1.§.verbis.7.ff.de act.& obligat.* & negotium. *l.inter stipulantem.83. in princ. ibi, negotium contrahitur. ff. hoc tit. l.2.§.1.cum §.seq.& l.in quibuscunque.48.ff.de obligat.& actionibus.* Igitur contractus est, & quidem propriè. Nisi 10
enim propriè contractus sit,planè non erit contractus; sicuti monstrum,cum propriè homo non sit,nec homo prorsus est. *l. non sunt liberi.14. ff. de stat. hom. l. ostentum. 38. cum ibi notatis.ff. de verbor. significat.* Denique huic assertioni suffragantur. *Nicolaus Bellonus lib. 2. supputation. juris.cap.2.num.1 &2.Anton.Guibert.lib.1.quæstion.jur.c.8. Donellus ad l. 2.§.5.num. 10. & seq. ff.de reb. credit. Borcholt.Commentar. ad tit.ff. de verb. obligat. cap.1. num.62. &63.Gædd.d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c.1.conclus.3 num.27 cum seqq. Hackelman. disputat. illust. 22.th.2.lit.D.Schroter.diatribar. domest. dec.7.q.7. Hænon. disputat.14.ad Instit.controvers.1. ad lit a. Walther. lib. 1. miscellan.cap.23. Forster. disputat.17. thes.3. Hunn. lib. 3. variar.resolut.jur.civil.tractat.4. quæst.2. Treutler. vol.2. disput.27. th.1.lit. B. ibique Bachov. in suis not. p.795. & Hunn.in suis resolut.quæst.2.p.49.& seqq.Paul.Berens.disp. 10.ad Instit them.1.quæst.1.Schickard.Disput.13. ad Instit. th.1.ad lit.b.Ricciardus ad rubric.hujus t. n.94. cum multis seqq. aliique plures, quos laudavimus suprà ad d.§. final. tit. de obligationib. n. 16.*

Huic opinioni verissimæ primò non obstat hoc dissen- 11
tientium argumentum: Cui non competit definitio, eidem nec definitum competere potest, *argument.l.1.§. dolum.2 ff.de dol.mal.* Contractum autem Labeo *in d.l. La-* 12
beo.19.ff.de verb.significat. definit ultrò citroque obligationem, hoc est, conventionem ab utraque parte contrahentium producentem obligationem: & ex obligatione actionem. *l.dedi.3.§.quinimo.4.ff. de condict. caus. dat. cum similibus.* Atqui stipulatio talis non est; id est, non parit obligationem διπλευρον sed μονοπλευρον. *d.l.1. §.verbis.7. & d.l.obligamur.52.§.2.ff.de obligat.& actionib.d.l.5.§ 1: ff hoc tit.& hoc princ. nostro.* Ergo stipulatio propriè contractus non est. Hoc, *inquam*, argumentum non obstat. Quia Labeo *in d l.19.ff.de verb.signific.* noluit omnem definire contractum: nec ex sua naturâ; atque ex proprietate verbi,vel ex usu juris authorum,contractû definivit: sed voluit tantum declarare mentem Prætoris Urbani,cujus edictum ipse fuerat interpretatus. Cum enim hæc verba, *actum,contractum,gestum.* conjunctim in edicto legerentur: ea interpretatus est Labeo ex instituto loquentis; atque ideò cùm Prætor verbum *contractus* specialiter, pro eo contractu, qui ex utraque parte obligationem parit, usurparet; sicque vocabulum illud ab usitatâ generali significatione ad certam speciem restringeret: voluit Labeo, ex mente Prætoris, contractum *ultro citroque obligationem* definire. Nec tamen propterea dicendum est: propriè & logicè contractum à Jurisconsulto fuisse definitum: sed potius leviter & qualitercunque descriptum, posito per metonymiam effectu pro causâ, id est, obligatione pro conventione, unde illa nascitur, *D.Hunn.dict lib.3. variar.resol. jur. civ. tract 2.quæst.1. vers nec refragatur, &c.d.tract.4 quæst.1.vers.bis contraria, &c.*

Secundò non obstat hoc argumentum: Nullum simi- 13
le est idem, *argument. l quod Nerva 32. ff. deposit.* Sed *in d.l.stipulationum.5. in princ. vers. conventionales. ff. hoc tit. & §.conventionales.3. infr. de divis. stipulat.* æquiparatur stipulatio contractibus: tum quòd conventione reorum, sive utriusque partis fit & concipitur: tum quòd super quacunque re fieri potest contractus; potest etiam fieri stipulatio. Ergò stipulatio propriè non est idem 14
quod contractus est, hoc est, non est contractus. Non obstat, *inquam*, hoc argumentum. Stipulatio namque cum aliis contractibus confertur & comparatur, non

ratione

ratione generis; & quatenus contractus est, sed ratione speciei. Quemadmodum enim canem cum catulo, & Mantuam cum Româ rectè comparo: & tamen haud propterea Mantua species civitatis esse negatur, aut catulus ex genere canum eximitur: ita nec ex eo, quòd stipulatio cum aliis contractibus comparatur, consequens est, eam propterea contractum, sive ex contractuum genere non esse. *idque latiùs explicat Gœddeus d. comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 3. n. 41.*

15 Tertiò non obstat *d. l. stipulationum. 5. §. stipulatio. 1. ff. hoc tit.* ubi stipulatio definitur non contractus, sed verborum conceptio. Atqui verborum conceptio non est species contractûs: alioquin actionum, exceptionum, bonorum possessionis, interdictorum, juramentorum, sententiarum formulæ, quia verborum sunt conceptiones, etiam contractus essent: quod est ἄτοπον. Ergo stipu-
16 latio non est contractus, Non, *inquam*, obstat. Haud etenim ex remotione unius generis inducitur remotio generis alterius. Non idcirco aliquid negatur animal esse: quia homo non sit: quia ratione non utatur: cùm plura sint animalia. Sic etiam etsi quædam verborum conceptiones non sunt contractus: non tamen sequitur, prorsus nullas esse ex genere contractuum. Præterea stipulatio, non quatenus verborum conceptio, sed conventio est, species contractûs perhibetur. Reliquæ autem formulæ ac conceptiones verborum, quia conventionem non habent, neque commercii causam: illæ enim contractus non sunt, *Gœdd. d. conclus. 1. num. 42. & seq.* Adde, quòd pro diverso respectu, diversaque consideratione, quam sortitur stipulatio, diversam quoque recipiat appellationem. Respectu generis sui stipulatio rectè dicitur conventio & contractus: respectu verò formæ suæ dicitur verborum conceptio. Proinde non sequitur: stipulatio est verborum conceptio. Igitur non est contractus. *Hunn. d. tract. 4. quæst. 1. vers. ad quartum, &c.*

17 Quartò non obstat hæc argumentatio: Contractus sunt facti. *l. consilio. 7. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis extra minor. dand.* At stipulatio est juris: cum non à facto interrogandi & respondendi; sed à jure, nempe à firmitate ejus appellitetur, *ut liquidum est ex hoc principio nostro, & Paulo, præ edicto lib. 5. recept. sent. tit. 7.* Contractus igitur non nisi impropriè & abusivè dicitur. Non obstat, *inquam*, hæc argumentatio: quoniam contractus non tantùm facti sunt, sed & juris: cùm obligatio, quæ juris vinculum est, ex contractu nascatur, *initio tit. supr. de obligationib.* Deinde stipulatio non solum juris, sed etiam facti est: quia interrogare & respondere, in quo forma stipulationis est petita, in facto magis, quàm in jure, consistit. *Hunn. modo dicta quæst. 1. in fine.*

18 Quintò non obstat *l. sancimus. 3. C. de verbor. & rer. significat.* Ubi stipulatio nominatur cautio. At cautionem non esse contractum, indubitatum est. *Etenim* respondetur; quòd etiam pignus dicitur cautio, nimirum à fine & effectu suo; quia præstat securitatem. *§. ult. supr. quib. mod. re contrah. obligat. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collat. bonor.* & tamen pignus contractum verum esse, convincitur ex *d. §. ult. sup. quib. mod. re contrah. obligat. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypoth.* Metonymia igitur effecti est, quando stipulatio vocatur cautio. Siquidem, ut nobis magis cautum sit, stipulatio interponitur: & quia nobis cavet, ideo cautio appellatur. *Gœdd. d. c. 1. n. 47. Berens d. disp. 10. them. 1. quæst. 1. vers. non tutatur, &c. Justus Schutz exercit. jur. disput. 14. th. 2. in fine. p. 210.*

19 Sextò & ultimò non obstat talis ratiocinatio: Si stipulatio est accessorium contractûs, & pendet ex antecedente aliquo contractu: tunc non erit ipsa stipulatio contractus: quoniam accessorium nunquam idem est cum principali, *argument. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178 ff. de reg. jur.* Atqui verum est prius. *l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ibi, pendent ex negotio contracto. ff. hoc tit.* Ergo & posterius: ac proinde stipulatio non erit dicenda contractus, sed accessio potiùs contractûs. Talis, *inquam*, ratiocinatio non obstat. Consequentia enim meritò negatur: quandoquidem & pignoris contractus, quem verum ac proprium esse contractum paulò ante dictum est, aliis contractibus firmandis accedit, & ex negotio contracto pendet. Et quamvis accessorium à principali semper sit diversum specie: non tamen semper est diversum genere. Taceo, quòd stipulatio non semper pendeat ex contractu præcedenti, sed per se etiam, sine alterius contractûs adminiculo, & absque ulla antecedente obligatione subsistere queat. *Gœdd. d. Comment. c. 5. concl. 2. n. 5. cum seqq. Hunn. d. q. 1. vers. ad secundum respondeo. &c.*

Dicitur in definitione, *nominatus.* Quia stipulatio & 20
formam habet specialem ac propriam, & proprium ejusque nomen habet *l. 1. in fine. ff. de pact. Schneidew. hic n. 5. Zas. ad l. num. 1. ff. hoc tit. Alciat. in rubric. ff. hoc tit. num. 28. Cujac. & alii ad dict. l. 1. & l. juris gentium. 7. ff. de pact. hosq; referens Gœddeus d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 3. num. 53.*
Cui non adversatur *l. in conventionalibus. 52. in princ. ff.* 21
hoc tit. Ubi responsum est, in stipulationibus conventionalibus contractui formam dare contrahentes. *Ibi namq;* Jurisconsultus haud de propria & interna, quæ in ipsa interrogationis ac responsionis conceptione consistit, sed de externa & extrinsecus accedente forma stipulationis agit. *Gœdd. d. c. 1. n. 53. & c. 4. conclus. 1. n. 1.* Sic quo- 22
que non refragatur, quòd hæc natura sit nominatorum contractuum, ut quamprimum in esse producti fuerint, id est, perfecti & conventione constituti, ex iis actio detur: ex innominatis verò non detur, nisi secuto implemento; *ut notant Bartol. Bald. & Fortunius Garcias n. 86. ad d. l. juris gentium. 7. ff. de pact.* Atqui ex stipulatione sæpissimè agi non possit, quamprimum est in esse producta; sed expectandum sit, ut vel aliquo facto, aut non facto; vel dato, committatur. *§. omnis. 2. cum seqq. & §. ult. infr. hoc tit. nostro. l. in illa stipulatione. 8. cum l. seq. & l. cum stipulatus. 113. ff. eodem l. magnam. 12. Cod. de contrah. & committ. stipulat.* Hoc, *inquam*, non refragatur: quia verisimilius videtur, non eam esse veram & substantialem differentiam nominatorum & innominatorum contractuum: quòd illi quamprimum in esse producti sunt, pariant actionem: hi non nisi aliquo facto, vel dato, aut remisso secuto. Etenim si id ita esset, neque emptio-venditio, neque locatio-conductio, neque societas, neque ullus alius contractus conditionem habens, vel ex certo die incipiens, posset nominatus censeri, *per l. obligationum ferè. 44. ff. de obligat. & actionib. l. cedere diem. 213 ff. de verb. significat. Idq; prolixius excutit. Gœdd. d. c. 1. n. 53. & seqq.*

Dicitur præterea, *stricti juris, jure civili inventus.* Sti- 23
pulationem esse contractum stricti juris, expeditum & notum est *ex l. in actionibus. 5. §. ult. & l. seq. ff. de in lit. jurand. §. actionum. 28. infr. de actionib. ubi Zasius num. 4 & ego num. 62.* Sed an illa sit contractus juris civilis, admodum est controversum? Siquidem illam juris gentium esse, asseverant *Albericus de Rosat. d. l. legitima. 6. ff. de pactis. Revard. lib. 4. varior. c. 1. n. 5. Bernhard. Walther. d. lib. 1. miscell. c. 11. Forcat. Necyom. dial. 72. n. 1. Chiflet. lib. 1. de jur. fideicom c. 1. sub finem. Ferret. ad rub. ff. de verb. obligat. n. 4. & alii.* Contrà verò stipulationem juris civilis contractum esse, tenent *Accursius, Bartol. Bald. & Jason. ad l. ex hoc jure. 5. ff. de just. & jur. aliiq; complures quos citavimus ad §. jus autem civile 1. n. 29. supr. de jur. nat. gent. & civ.* Quibus jam adjicimus Petrum Richardum *ad rubricam hujus tit. n. 35. cum multis seqq. p. 202.* Tobiam Nonium *ad §. omnis. 2. n. 10. hoc tit. p. 495. & seqq. Hunnium. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 4. quæst. 2. Fontanum disput. 1. th. 21. lit. C. & thes. seqq. Giphanium in d. rubr. tit. ff. de verb. obligat. num. 16. cum seqq. Olemann. ad disputat. 26. Giphanii. num. 7. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 36. D. Cudegan Besold. disput. 3. Paul. ad l. 5. thes. 5. Andream Gerhardi decad. 13. q. 6. Hilliger. in Donell. enucl. lib. 14. c. 36. ad lit. a. Schrotenium d. dec. 7. diatrib. domest. q. 8. Unterholtzer. exerc. Justin. 11. q. 1. p. 399. cum seq. ed. ult. & Paulum Berens disp. 10. Instit. them. 1. q. 2.* Hæc verò & communiter recepta sententia probatur *per l. ea, quæ civ. 53. ff. de acq. rer. dom. §. de constit. 9. infr. de action. l. si ita stip. 126. §. Chrysog. vers. planè si praced. ff. hoc tit. & alia jura, quæ adduximus supr. ad d. §. 1. n. 23. & seqq. de jur. nat. gent. & civ.*

24 Huic conclusioni non resistit, quòd omnes conventiones, tam nominatæ; quam innominatæ, sunt juris gentium. *l. juris gentium. 7. ff. de pact.* Stipulatio autem est nominata conventio. *d. l. 1. in fin. ff. eod.* Nam breviter respondetur: quòd argumentum istud laboret imperfectâ partium enumeratione: cum quædam etiam nominatæ conventiones sint juris civilis; ut stipulatio, *de qua hic*: item literarum obligatio, & sponsalitia largitas, sive donatio propter nuptias: *de quibus dictum est suprà ad §. 1. titul. de jure naturæ, gentium & civili num. 36. & seq. Eaque de re videatur Vultejus hic num. 6.*

25 Sic quoque non obest hoc argumentum: Forma stipulationis consistit in verbis, id est, interrogatione & responsione. *l. 1. & stipulationum. 5. §. 1. ff. hoc tit. l. 1. & l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipulat. l. 1. §. verbis. 7. ff. de obligat. & actionib.* At verba, & usus interrogationis responsionisque juris sunt gentium, non
26 civium Romanorum propria. Tum quia nulla gens est, quæ verbis non utatur: tum quia jus civile nomen accepit à civitatibus conditis, cum quibus cœpit, & crevit. *§. sponsionum. 11. supr. de rer. divis. l. omnes populi. 9. ff.*
27 *de justit. & jur.* Primus autem mortalium Cain urbes septem ædificavit, *ut testis est Philo Judæus in libro Biblicar. antiquitat.* Quis verò credat, sine adjumento hominum conditas has fuisse urbes, sicque sine interrogatione, sineque responsione ad interrogata? cùm quilibet ei operam suam promitteret, & tigna hinc inde ferenda, cæmenta, paranda, dolanda. Sed & Nimrodus, Babylonia Urbem amplissimam, paulò post diluvium extruxisse
28 perhibetur. Ergo si forma stipulationis spectetur: ea antiquissima esse deprehenditur. Cujus autem forma juris gentium est, id etiam ipsum est juris gentium: cùm forma esse sive ipsam essentiam & originem cuiq; rei dare dicatur. *l. Julianus. 9. §. sed si quis in fine. ff. ad exhib. l. cùm*
29 *hi. 8. in princ. & §. si prætor. 17. ff. de transactionib.* Hoc, *inquam*, argumentum non obest. Sola namque verba, sive sola interrogatio & responsio per se & absolutè non constituunt stipulationem, sed tum demum, si animo contrahendi, commerciumque exercendi intercedant. *d. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. de pact.* Et sanè si sola verba, si sola interrogatio & responsio stipulationem constituerent: nullum pactum posset per interrogationem & responsionem contrahi, & omne negotium, quod verbis tractaretur, stipulatio esset: cùm contrà sæpè etiam interrogando respondendoque pacta, *d. l. 7. §. 12. ff. eod.* & alii contractus fiant. *l. si stipulor. 35. §. fin. ff.*
30 *hoc tit.* Itaque rectè distinguitur inter formam genericam & specificam: ita ut stipulationis forma generica in quavis interrogatione & responsione, qualis fortasse aliis etiam gentibus cum Romanis fuit communis, consistat: at forma stipulationis specifica (quæ propria est civium Romanorum) sit solennis interrogatio & responsio: sic ut non solum responsio interrogationi congrua, sed etiam interrogatio atque responsio verbis articulatis ore prolata esse debeat: adeo quidem, ut interrogatio præcedat, & mox responsio subsequatur; *quemadmodum*
31 *infra suo demonstrabitur loco.* Nec moverit, quod verborum solennitas ex stipulatione sublata sit per constitutionem Leonis Imperatoris *d. l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipular. & infrà ad §. 1. hoc tit. audiemus.* Etenim propterea solennitas interrogationis & responsionis haud sublata censetur. *D. Hunn. d. lib. 3. tractat. 4. q. 2. vers. ad tertium responsio, &c.*

32 Similiter non obsistit, quòd lex non potuerit esse inventrix stipulationis, cùm per stipulationem prima lex facta sit. *l. 1. ff. de legib. §. lex est. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* adeoque mater filiæ suæ gnata nunquam esse possit: & origo omnium legum rogatio censeatur: eò, quòd interrogaretur populus, an hancce legem ratam haberet? *Nam* non omnis rogatio, & ad eam facta responsio, est stipulatio: nec in eâ conceptione simpliciter consistit. *Deinde* quando lex definitur, communis Reipublicæ sponsio, *in d. leg. 1. ff. de legib.* & quam populus, senatorio magistratu rogante, jussit vel tulit. *d. §. lex. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* non hoc significatur, quòd sit facta per contractum, quem appellamus stipulationem: sed persuasionem senatoriam vel honorariam, & subsecutum populi jussum. Stipulationem quippe non promissoris jussu, sed sponsione fieri, plusquam manifestum est. *D. Gœdd. prædicto Commentar. de contrahend. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 1. n. 29.*

Cassâ insuper nuce vanius est, quod objicitur *ex cap. 6.* 33
proverbiorum. vers. 1. ibi cùm Rex Salomon, *Fili mi*, inquit, *si spoponderis pro amico tuo, defixisti apud extraneum manum tuam, illaqueatus es verbis oris tui, & captus propriis sermonibus:* inde colligi putatur, stipulationem apud populum quoque Israeliticum in usu fuisse, adeoque eam civium Romanorum propriam non posse dici. *Etenim* dictum illud Salomonis nequaquam de sponsione, quæ fit solenni stipulatione; sed nudâ & simplici sponsione atque promissione accipiendum est. Hanc juris gentium esse, facilè conceditur: illam verò juris civilis esse, meritò statuitur. *Hunn. d. quæst. 2. in fine.*

Nullius item hili aut pili illud est: Stipulatio non fit 34
sine consensu. *d. l. 1. §. penult. ff. de pact. l. in omnibus. 57. ff. de oblig. & act. l. quidquid adstringendæ. 99. ff. hoc tit.* Consensus autem sine dubio est à jure gentium. *l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. d. l. 1. & 7. ff. de pact.* Quamvis enim stipulatio causam habeat à jure gentium: tamen propter formam ipsi à jure civili datam, rectè dicitur esse juris civilis: quoniam forma dat esse rei, *præallegat. l. Julianus. 7. §. sed si quis. ff. ad exhibend.* Ideoque solo consensu non perficitur stipulatio: sed ad eam etiam solennitas quædam verborum, quæ ex interrogatione præcedenti, & promissione subsequente constat, requiritur. *d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de oblig. & act. d. l. 1. ff. hoc tit. Berens. d. disput. 10. quæst. 2. vers. quintò adducitur, &c.*

Deniq; non refragatur textus *in l. an inutilis. 8. § fin. ff.* 35
de acceptilat. ubi expressè traditur, acceptilationem esse juris gentium. Atqui nulla est acceptilatio, quæ non fiat per stipulationem. *§. 1. infr. quib. mod. tollit. obligat.* Ergo dicendum videtur: stipulationem etiam esse juris gentium. Textus, *inquam*, ille non refragatur. Quia responsio ex illis subsequentibus *dicta l. 8.* verbis parata est: *hoc jure utimur. ut juris gentium sit acceptilatio.* Quasi dicat Ulpianus JC. acceptilatio non ex sui naturâ, sed ex usu saltem hominum juris gentium est. Etenim ab initio stipulatio fuit & origine & usu juris civilis inter cives tantùm Romanos, & linguâ Romanâ fieri solita: posteà verò tam invaluit usus stipulationis apud omnes gentes, ut usu juris gentium esse cœperit. Credibile tamen est: id maximè factum esse in Orbe Romano, & inter eos, qui essent Imperii Romani, sive Græci, sive Pœni, sive Galli, &c. *d. l. 1. §. ultim. ff. hoc tit. Hucque referenda sunt, quæ latiùs ad dissolutionem istius argumenti explicuimus suprà in d. §. 1. tit. de jur. nat. gent. & civ. n. 31. & seqq.* Cæterùm plura, quæ nostram infringere videntur sententiam, diligenter confutarunt D. Gœddeus, Vultejus, Ungepaur, Hunnius & Berens *locis supra designatis.* Vide de eâdem quæstione Bachovium *in not. & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 1. lit. C. pag. 796. & seq.*

Porrò ad illud definitionis verbum (*inventam*) notandum 36
est: stipulationem utilitatis gratiâ, & aliarum obligationum firmandarum causâ esse adinventam. *l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. 5. ff. hoc tit. l. 1. §. & sciendum. 4. de prætor. stipul. Paul. lib. 5. sentent. receptar. tit. 7. Mozz. in tract. de stip. tit. quare sit inventa stipul. n. 1. & seqq. Bachov. dictis not. ad Treutler. lit. D. p. 799. ibiq; Hunnius in suis resol. q. 4. p. 53. ubi explanatiùs hoc persequ.* Hinc tamen protinus (*cum Gomezio tom. 2. var. resol. jur. civ. c. 9. n. 3. in fin. & c. 11. n. 3. Alex. in l. à Titio. 108. ff. hoc tit. Jas. in l. lect. 40. n. 25. ff. de reb. cred. Felino in c. si cautio. 14. de fide instr. Loriotto de pact. c. 59. Cujac. ad d. l. 5. sent. Pauli tit. 7. in pr. Vultejo hic n. 19. Rittersh. p. 422. Goveano l. 1. var. lect. jur. c. 34. Wesenb. in par. ff. hoc tit. n. 10. Connano lib. 5. Comm. jur. civ. c. 9. n. 7. D. Bocero hic n. 25. & seqq. p. 226. cl. 2. disp. 15. sub th. 95. ed. 2. Kmpschildt d. exer. 6. q. 1. p. 214. pluribusq; aliis*) haud concludendum est: stipulationem per se solam nunquam subsistere. Ad quid enim stipulatio prodita, ad quid tam curiose & solicite tradita esset, si per se sine alterius contractûs causæve adminiculo non consisteret?

Quid?

Digitized by Google

Quia & si stipulatio per se efficax, & firma obligandi causa non foret sine alia; certè non ex stipulatione, sed ex stipulationis illius causa solvi oporteret, & frustra referretur inter causas sive titulos acquirendi. Sed hoc posterius falsum est. § ultim. infr. per quas pers. nobis oblig. acq. & hoc princ. nostro. l. jur. gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. 2. §. fin ff. de reb. cred. Ergo & illud prius. Quinimo si stipulatio absque alterius contractûs subsidio non constaret, minùsque promittentem obstringeret: sequeretur, illam alicui causæ vel conventioni subditam, firmam permanere non posse; eâ corruente: l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cùm principalis. 178. ff. de reg. jur. At firmam illam permanere, & ex stipulatu actionem producere, etiamsi causa ista intereat, liquidò constat ex l. 3 ff. de rescind. vendit. l. vindicantem. 17. & l. seq. ff. de evictionib. l. si ex pretio. 6. C. si cert. petat. & similib. Etsi igitur stipulatio aliis etiam contractibus, maximè verò pactis frequentissimè accedit d. l. stipulationum. 5. in princip. vers. conventionales. & l. si ita stipulatus 126. §. 2. vers. superest, quæramus. ff. hoc tit. Paul. d. lib. 5. sentent. recept. tit. 7. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. Petens. 27. & l. seq. C. d. t. de pactis. non tamen propterea eorum naturam prorsus assumit. Timan Faber disp. 23. ad Institut. Imperial. th. 1. lit. a. Eodem facit l. à Titio. 108. ff. hoc tit. ubi valet stipulatio, quâ quis
38 promisit centum, si in capitolium aliquis ascenderit. Eandem sententiam magis confirmat l. si divortio. 21. ff. eodem. ubi sine ulla præcedente obligatione solius liberalitatis gratiâ stipulatio erat facta; nec ulli præcedenti negotio accesserat: & tamen stipulatio valere dicitur. Neque huic satisfacit responsio dissentientium quorundam; quod utique causa in istâ lege subfuerit, dos nimirum prius debita. Etsi enim ex causa dotis illic stipulatio proponitur facta: falsam tamen istam causam fuisse ostenditur: adeoque reverà nulla præcessit obligatio, cui stipulatio accesserit.

39 Nec obstat huic sententiæ l. sed & si quis. 4. §. fin. ff. si quis cautionib. in judic. sist. caus. fact. &c. ubi quidam (qui propterea sistendi causa cavere non debuerat, quia fortassis pater erat, vel alia persona necessitudine juncta, aut rem immobilem possidebat) satisdato promisit: quæsitum est, an fidejussoribus ejus competat exceptio doli, sive in factum? Distinguit Ulpianus JC. utrum fidejussio seu stipulatio certa conventione facta ab eo, qui jure tutus erat ab hoc cautionum genere, an per errorem: ut hoc casu locus fiat exceptioni, illo verò non item. Non, inquam, ista lex obstat. Nam in eâ idcirco datur locus exceptioni: quia promissor erraverit in illa causa: quam si falsam scivisset, satisdatò non promisisset. Rectè igitur Jurisconsultus distinguit: num facti errore, an verò certa conventione stipulatio & satisdatio facta sit ab eo, qui jure tutus ab hoc cautionum genere fuerat: ut illo casu locus exceptioni, hoc verò casu minime relinquatur.

40 Nec item oberit huic assertioni l. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali, & metus except. ex quo textu Dd. communiter colligunt: stipulationem, ni causa aliqua subsit, non valere, & semper doli mali exceptione propulsari. Non etenim hæc est istius §. 3. sententia: propterea quòd ibi Ulpianus non indistinctè ob defectum causæ doli mali exceptionem competere asserit: sed ita demum, si errore lapsus sit, qui promisit; nec promissurus fuisset, si causæ falsitatem scivisset: aut si ob certam causam, quæ sequi debebat, promisit, nec secuta est: ut exemplum de stipulatione, quæ spe futuræ numerationis fiebat, in vers. proinde, &c. & illa verba: & si, cùm interponeretur, justam causam habuit, &c. luculenter ostendunt. Atque ita, post Castrensem in l. quoties. 29. n. 9. ff. soluto matrim. Fulgosium in l. generaliter. 13. num. 5. & 6. C. de non num. pecun. & Biguer. in rubr. ff. hoc tit. num. 21. non insulsè docent Emanuel Soarez in addit. ad Gomezium d. c. 9. num. 3. ad verba: ut in l. 2. §. circa ff. de doli except. & in thesauro receptar. sentent. lit. S. num. 201. cum seqq. Arumæum exerc. Justin. 12. th. 2. Gæddæus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 3. conclus. 5. n. 70. & seqq. item cap. 5. conclus. 2. num. 5. & sequentibus. Vide eâdem de re utramque in partem fusiùs dissertantem Riemerum decad. 10. q. illustr. 1. Frantzkium exercitat. vers. l. 10. quæst. 1. pag. 289. cum seqq. & Bachovium, in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. A. vers. semper stipulatio accedit. pag. 790. & seqq ubi circa finem addit: utcunque summo & mero jure ex stipulatione sine causa nascatur obligatio & actio: attamen petenti ex hujusmodi promissione obstituram exceptionem, argum. l. si quis, cùm aliter. 36. ff. hoc tit. junctâ d. l. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali, & met. except. Vide ibidem Hunnium in suis resolutionib. quæst. 1. pag. 47. & seq.

Dicitur in definitione, verbis initus. Verbis, scilicet 41
aptis, linguâ figuratis, seu ore prolatis, l. 1. ff. hoc tit. Unde liquet; inter absentes stipulationem contrahi non posse. d. l. 1. in princip. & §. 1. ff. eod. l. 1. C. de contrah. & committ. stipul. Imò nec nutu sive scripto vel epistolâ, aliisve signis, inter præsentes, stipulatio contrahi poterit. d. l. 1. in princip. & §. si quis ita. 2. l. mulier. 70. in fine. ff. h. t. l. 1. §. huic proximus. 13. & §. seq. ff. de oblig. & act. in tantum, ut ex ejusmodi stipulatione nec nude pactum oriatur. d. l. 1. §. si quis ita. 2. ibiq. Cujac. Donell. Giphanius, Busius, & Dd. communiter. ff. hoc tit. propterea quòd stipulationem contrahentes, stipulantium, 42
non paciscentium animum, habuerint. l. jure gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. 1. §. eum, qui. 4. ff. de constituta pecun. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. cap. 1. num. 12. Rober. Disputat. 15. ad Instit. th. 2. Gædd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 3. n. 197 & seqq. Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. E. pag. 799. cum seq. & ibidem Hunnius in suis resolut. pag. 53. & seqq.

Cui non obstat d. l. an inutilis. 8. in princip. ff. de accep- 43
tilat. & l. si unus. 27. §. penult. ff. de pact. ex quibus apparet, quòd inutilis acceptilatio utile pactum habeat: ait 44
acceptilatio verbis fit, non minùs, quàm stipulatio. d. l. 8. §. acceptum. 3. ff. de acceptilat. Nam respondetur: magnam esse differentiam inter stipulationem & acceptilationem. Stipulatio obligationem parit: acceptilatio liberationem, l. 1. ff. d. tit. §. item per acceptilationem. l. 1. infr. quibus mod. tollit. oblig. Jura autem proniora sunt ad liberandum, quàm ad obligandum, si ulla sit occasio. l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & act. Deinde Jurisconsultus in 45
objectis legibus innuit: illud ita esse, si utrinque animo liberandi quolibet modo facta sit acceptilatio. Quòd si is animus utrinque non sit, & vel unus in eo dissentiat, quia nolit aliter liberationem evenire, quam eo, quo conatus est, modo: secus erit, nec inutilis acceptilatio utile pactum liberatorium habebit, ut ex ipsis textibus patescit.

Nihil etiam negotii facessit, l. si quis pro eo. 56. §. 1. ff. 46
de fidejussoribus. ex quâ evincitur, si pater à filio, vel dominus à servo stipulatus sit, posse fidejussorem hujus naturalis obligationis cum effectu accipi: adeoque eam stipulationem, quæ ob jus potestatis patriæ & dominicæ civili jure non consistit, naturalem nihilominus obligationem producere, non eâ vi, qua stipulatio est, sed qua pactum in se tacitum habet. Etenim cum pater & dominus intelligant probabiliter nullitatem stipulationis secundùm jus civile: utique creduntur ab initio animo pacti contraxisse, ut omni meliore modo valeat. Dein respectu peculiorum consistit obligatio non indistinctè & ipso jure, sed prætoriâ actione, ut bene animadvertit Gadd. d. c. 3. n. 202. p. 254. edit. 2.

Rursus ei, quod dictum est, per scriptum sive episto- 47
lam contrahi non posse stipulationem, minimè reclamat l. ea, quæ. 57. ff. de donat. inter vir. & uxor. ubi expressus videtur esse textus, quod stipulatio per literas seu epistolam confici possit. Ibi namque literæ sive epistola significat cautionem seu instrumentum, de stipulatione jam ante, & quidem in præsenti, rite perfectâ confectum. Id quod relucet ex illis verbis: cùm petenti mihi à te, domine carissime, annuerit indulgentia tua, &c. item ex illis: quæ summa mihi numerata est. item illis: quæ mihi hac die donationis causâ dare voluisti. Quæ sanè verba omnia ad actum præteritum respiciunt, & stipulationem jam tum solenniter contractam præsupponunt. Nec ad rem facit verbum, spondeo, quod in fine epistolæ habetur.

V 2 Illud

Digitized by Google

Illud enim nihil aliud arguit quàm, *me, ut jam tum ſpopondi, ita ſpondere adhuc*, teſtatum facio hac manu meâ ſeu inſtrumento. Et in hanc ſententiam, *poſt Zaſium, Jaſonem, Bald. Coraſium, & Cujac.* inclinant Gedd. *d. c.* 3. *num.* 194. *Borcholt. d. Comment. de verb. obligat. c.* 1. *num.* 35. Hunnius *lib.* 3. *var. reſolut. jur. civ. tract.* 4. *quæſt.* 4. Ungepaur. *d. exercit. Juſtin.* 11. *quæſt.* 4. *pag.* 407. *cum ſeqq. edit. ult.* & D. Bocerus *hic n.* 20. *p.* 225.

48 Ulterius non obloquitur *l. non figurâ.* 38. *ff. de oblig. & act.* ubi Paulus, *Non figurâ*, inquit, *literarum, ſed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit non minùs valere, quod ſcriptura, quam quod vocibus linguâ figuratis ſignificaretur.* Quandoquidem lex illa generalis eſt: nec in ſpecie ac nominatim de ſtipulatione loquitur. & hoc ſolummodo innuit, quòd conventiones non minùs inter abſentes per epiſtolam, quàm ore & verbis inter præſentes, celebrari poſſint. Quod uti veriſſimè dicitur de illis contractibus, qui ad ſui perfectionem & ſubſtantiam non requirunt præſentiam aut verba: ita ad ſtipulationem, cujus eſſentia & forma in
49 verbis, ore prolatis, conſiſtit, extendi minimè debet. Indubitata quippe regula juris eſt: ſemper generi per ſpeciem derogari. *l. in toto jure.* 8. *ff. de reg. jur. Hunnius d. loco. Vide Locamerum quæſt. juridic. faſcic.* 35. *quæſt.* 7.

50 Hoc ampliùs non obſtat *l. ſufficit.* 4. *ff. de ſponſalibus* in cujus fine Ulpianus docet, inter abſentes ſponſalia fieri poſſe. Sponſalia autem dicta ſunt à ſpondendo: cùm moris fuerit veteribus, ſtipulari, & ſpondere ſibi uxores futuras. *l.* 2. *ff. eod. tit.* Nam breviter reſpondetur: quòd ſponſalia duobus conficiantur modis: per ſtipulationem, & nudo conſenſu. *d. l.* 4. *in princ. ff. de ſponſalib.* per ſtipulationem, inter præſentes: nudo conſenſu, ut per epiſtolam, aut per nuncium, inter abſentes. *l. fin. ff. d. tit. Cujac. in l.* 1. *ff. hoc t. Borcholt. d. cap.* 1. *n.* 36. *& ſeqq.*

51 Adduntur in definitione ſtipulationis hæc verba *interrogatione præcedente, eamque reſponſione congruâ in continenti ſubſequente. ex l.* 1. §. 1. §. 2. §. 3. *§. ult. verſ. dummodo congruenter reſpondeatur. l. inter ſtipulantem.* 83. §. *ſi ſtipulante.* 2. *& l. continuus* 137. *ff. hoc tit. l. obligamur.* 52. §. *verbis.* 2. *ff. de oblig. & act.* §. *præterea.* 5. *infr. de inutilibus ſtipulationib.* Niſi enim interrogatio reſponſioni inſit & congruat, ac vice verſa: aut manifeſtus apparet diſſenſus, aut vitiatur ac corrumpitur forma ſtipulationis: cùm non ſit eadem, ſed diverſa verborum conceptio. Imò niſi apta ſit reſponſio & conſentanea interrogationi, ac vice verſa: non poteſt reſponſio videri. Nam ut quis congruenter ad interrogata reſpondiſſe intelligatur, duo ſunt ſpectanda: res & ſententia. Etenim qui & re & ſententia idem reſpondet: is tandem convenienter & congrue reſpondiſſe cenſetur: non qui alterutro tantum. *d. l.* 1. §. *ſi quis ita.* 2. §. 3. *&* §. *fin. verſ. dummodo. ff. hoc tit. d.* §. *præterea.* 5. *infr. de inutilibus ſtipulat.* Idque explicatiùs pertractant. *Anton. Gomez. tom.* 2. *variar. reſolut. jur. civ. cap.* 9. *num.* 4. *Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol.* 2. *Diſputat.* 27. *th.* 1. *lit. F. & G. pag.* 202. *ibique Hunnius in ſuis reſolut. quæſt.* 8. *&* 9. *pag.* 58. *cum ſeqq. D. Gæddeus d. Comment. de contrah. & commit. ſtipulat. c.* 4.
52 *concluſione* 3. *n.* 24. *& ſeqq.* Cæterum illa definitionis verba, *in continenti*, evidenter arguunt: continuam interrogationem & reſponſionem ad ſtipulationis eſſentiam ſive ſubſtantiam requiri. *d. l.* 1. §. 1. *ubi Jaſon. Alexand. Alciat. & alii. d. l. continuus.* 237. *in princ. ff. hoc tit.* Id quod non Phyſicorum more à puncto ad punctum, ſed moraliter & civiliter intelligendum: ita nimirum, ut momentum aliquod naturæ intercedat. *d. l. continuus.* 137. *in princ. ibiq. Zaſius & Duarenus. ff. eod. Hackelmann. illuſtr. quæſt. diſputat.* 22. *th.* 4. *lit. a. Matth. Stephani cent.* 3. *ſub quæſt.* 38. Itaque ſi longius intervallum, quod aut actum conceptionis dividat, aut diſſenſum arguat; vel peregrinum negotium inter interrogationem & reſponſionem intervenerit: continua illa verborum conceptio impeditur. *d. l.* 1. §. 1. *d. l. continuus.* 137. *verſ. cæterum ſi poſt. ff. hoc tit. l. duos.* 6. §. *ult. verſ. modicum tamen intervallum, &c. & l. ſi ex duobus.* 12. *in princ. verſ.*
53 *cum actor. ff. de duobus reis conſtituend.* Porrò quodnam ſit negotium peregrinum, vel quis actus extraneus: in facto magis, quàm jure conſiſtit: ac proinde arbitrio judicantis permittitur. *l.* 1. §. 4. *ff. ad SC. Turpillian. Jacobus Menoch. de arbitr. judic. quæſt. in præfat. quem refert Gæddeus. d. cap.* 4. *concluſ.* 2. *n.* 22.

An verò is, qui alterâ die, nullo actu extraneo interveniente reſpondit, in continenti ſive continuò reſpondiſſe cenſeatur, diſcrepantes ſunt Interpretum ſententiæ? 54
Non enim deſunt, qui affirmative concludunt, *Bernhardus Walther. lib.* 2. *Miſcellan. cap.* 21. *& Hackelman. d. d. Diſput.* 22. *th.* 4. *ad lit. G. Caſtrenſem ſecuti.* At communis, eaque vera (utut & eam oppugnare nitatur Alciatus *lib.* 1. *paradox. cap.* 3. *& in d. l.* 1. §. *num.* 17. *& ſeqq. ff. hoc tit.*) opinio eſt: id tantum, quòd eodem die fit, in continenti fieri videri: & modicum eſſe intervallum, ſi manè interrogem, tu ſerò, eodem die, non altero, vel tertio, reſpondeas: dummodo neuter noſtrûm ad aliud negotium diverterit, vel neuter ab altero diſceſſerit: aut ſi diſceſſerit, id tamen fecerit animo mox redeundi, ut expediat ac perficiat negotium. *d. l.* 1. §. 1. *ibique Bartol. Raphaël Cummenſis, Jaſon, & cæteri. d. l. continuus.* 137. *in princ. ibi, quamvis eâdem die ſpopondiſſet. ff. hoc titul. d. l. duos.* 6. §. *ult. & d. l. ſi ex duobus.* 12. *in princ. ff. de duobus reis conſtituend.* Eodem confert non parùm §. *item verborum.* 11. *circa finem. infr. de inutilib. ſtipulat. & l. penult. in fin. C. de contrah. & committ. ſtipulat.* ubi Juſtinianus conſtituit: ſi in inſtrumento aliquo ſcriptum ſit, *ſpopondiſſe*: cenſeri omnia ſolenniter & in continenti facta: niſi doceatur; eâ die alterum eo loco non adfuiſſe: quippe, quòd tum in continenti vel reſpondiſſe, vel interrogaſſe videri non poſſint. Et his rationibus motus hanc quoque ſententiam amplectitur. *D. Gædd. d. Comment. de contrah. & com. ſtipul. c.* 4. *concluſion.* 2. *n.* 15. *&* 17. *item Paulus Berens Diſputat.* 10. *ad inſtitut. them.* 1. *quæſt.* 4.

Cui non obſtat *d. l. ſi ex duobus* 12. *ff. de duobus reis* 55
conſtit. cujus ex principio diſſentientes colligunt: quòd poſterâ die facta reſponſio ſubſiſtat inter eos, qui ad aliud negotium non diſceſſerunt: adeòque textum iſtum non modò non confirmare communem opinionem, ſed etiam infirmare. *Nam* nequaquam hoc rectè ex iſto textu colligitur. Alioquin enim ipſemet Venulejus JC. ſibi in eodem de ſtipulatione tractatu contradiceret, nempe *in d. l. continuus.* 137. *in princ. verſ. cæterum ff. hoc tit.* ubi Venulejus ideo negat valere ſtipulationem, tametſi eadem die reſponſum eſſet; quia contrahentes tranſiiſſent ad alia negotia. Ergò, (argumento à contrario ſenſu ſumpto) ſi aliud negotium alter eorum non accepiſſet, ſtipulatio eadem die (non item, poſterâ die) celebrata valuiſſet. Præterea *in d. l. ſi ex duobus.* 12. *verſ. cum act.* non proponitur pars deciſionis, ſed ratio deciſionis, *in verſ. ac ne oblig.* præmiſſæ, ac ſi dixiſſet Venulejus: hoc modo non ſolum non fieri duos reos debendi, ſed nec alterâ die reſpondentem ex ſtipulatione illa obligari: cùm ne quidem tum obligatus fuiſſet, ſi, cum actor aut promiſſor ad aliud negotium ſe contuliſſet, eoque peracto, eadem licet die, reſpondiſſet: nedum ſi die poſterâ. Quis enim non intelligit, conceptionem hanc interrogationis ac reſponſionis in plures actus dividi, ſi hodie liceat interrogare, cras verò, vel poſt biduum reſpondere? quamvis utrique interim dormitemus, vel cogitabundi coràm mutuò nos intueamur? *Ita eleganter hoc explicat Gæddeus. d. cap.* 4. *n.* 18. *ubi & aliis Adverſariorum argumentis abunde ſatisfacit.* Adde Bachovium *in dictis not. ad Treutler. vol.* 2. *diſputat.* 27. *th.* 1. *lit. H. pag.* 806. & ibidem Hunnium *in ſuis reſolut. quæſt.* 13. *p.* 69.

Poſtremò in ſtipulationis definitione ſubjiciuntur hæc 56
verba: *ad aliquid dandum, vel faciendum, hoc princ. noſtro. verſ. cum quid dari fierive, &c. l. ſtipulationum.* 5. §. 1. *ff. hoc tit.* Quibus ex verbis una, eaque præcipua, ſtipulationum diviſio, à materiâ petita, cognoſcitur: quæ duplex eſt, res & factum: res dari dicitur, factum fieri. Ideoque ſtipulatio ſcitè ita dividitur: ut omnis conſiſtat vel in dando vel in faciendo. In dando conſiſtit ſtipulatio, cum ſtipulor, mihi dari centum, vel Stichum, equum, bovem, librum, &c. In faciendo, cum ſtipulor, mihi ædificari Inſulam, vel domum, &c. De ſtipulatione in dando igitur

infrà

Digitized by Google

infrà in §. *omnis.* 2. *& seqq. usque ad §. ult.* in quo de sti-
pulatione in faciendo tractatur. Et hæc stipulationis di-
visio proponitur etiam *in l. 2. ubi Donell. Mommer, &*
reliqui Interpretes. & l. stipulationes non dividuntur. 72.
ff. hoc tit. l. si quis sub conditione. 8. *ff. si quis omissa caus.*
57 *testamenti, &c. & l. sancimus.* 24. *C. de nuptiis.* Quam-
vis autem stipulatio quoque mixta, quæ in dando simul
& faciendo consistit, reperiatur. *l. cum servus.* 82. §. 1.
ff. de condit. & demonstrat. l. veteris. 13. *C. de contrah.*
& committ. stipulation. haud tamen propterea divisio ist-
58 hæc imperfecta censetur: cum sub duobus simplicibus
expressis casum etiam mixtum comprehendi in confesso
sit; ut, *post Accursium & Bartol. à se allegatos,* tradit Pe-
trus Nicol. Mozzius *in tract. de stipulat. tit. de divis. sti-*
pulationis. n. 7. & 8. pag. mihi 248.
59 Etsi porro ex stipulatione dandi præcisè quispiam ad
dandum, hoc est, dominium transferendum, regulari-
ter obligatur. *l. ubi autem.* 75. *§. ult. ff. hoc tit. l. si ita.* 25.
§. 1. *de contrah. empt. l. non videntur.* 176. *ff. de reg. jur.*
& ibi Petrus Faber n. 45. *Jason. in d. l. stipulationes non*
dividuntur. 70. *n.* 22. *& seq. ff. hoc tit.* ex faciendi ta-
men stipulatione non item: sed is, qui factum promisit,
præstatione ejus quod stipulatoris interest, factum esse,
liberatur. Hæcque sententia quantumvis eam, *post alios,*
acriter impugnent Pinelus *ad l. 1. part. 3. num.* 25. *C. de*
bon. matern. Coras. *lib. 2. Miscellan. jur. civ. cap.* 3. Cu-
jacius *ad d. l. 2. §. item si in facto. ff. hoc tit.* Clud. *de se-*
questrat. c. 5. num. 16. in fine. Borcholt. *in Comment. de*
verbor. obligat. cap. 2. num. 99. & Bronchorst. *cent.* 2.
ἐναντιοφανῶν. assert. 89. edit. 1.) dilucidè probatur ex *d.*
l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. vers. Celsus
tamen. l. si pœnam. 68. *l. quotiens* 81. *in princip. l. si in-*
sulam. 84. *l. si quis stipulatus.* 112. *§. fin. & l. si fundum.*
114. *ff. hoc tit. item l. si quis ab alio.* 13. *§. ult. ff. de re*
judicat. & l. 1. in princ. ff. de actionibus empti. Et quam-
quam dissentientes ad hos, & similes textus responde-
ant: ipsum quidem reum conveniri posse in id, quod
actoris interest: ast in actoris arbitrio esse, utrum velit,
60 factum, an interesse sibi præstari: cùm utrumque sit in
stipulatione, interesse & factum: ratio tamen & regula
juris istam opinionem plane respuit: siquidem in omni
obligatione alternativa, non stipulatoris, non credito-
ris, non actoris; sed promissoris, sed debitoris, sed rei
electio est, utrum præstare velit. *l. plerumque* 10. *in fin.*
ff. de jur. dot. l. 2. §. Scævola. 3. ff. de eo, quod certo loco.
l. penult. C. de condict. indebit. Idque fusius, *post alios,*
explicant *Duarenus & Donellus ad d. l. stipulationes non*
dividuntur. 72. *ff. hoc tit. Gæddæus in Comment. de con-*
trah. & committ. stipulat. cap. 9. *conclus.* 4. *num.* 30. *cum*
multis seqq. Schroter. d. decad. 7. *quæst.* 9. *Vasquez. libr.* 2.
quæst. 14. *& novissimè Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur.*
civ. tract. 4. quæst. 13. & in dict. resolut. ad Treutler vol. 2.
disputat. 27. th. 1. quæst. 14. pag. 70. cum seqq. & ibidem
Bachovius in suis not. ad lit. L. pag. 810. *& seq. item ad th.*
3. *lit. B. & D. pag.* 834. *& seqq.*
61 Huic sententiæ primò non adversatur, quod nulla bo-
na diversitatis ratio afferri possit, cur aliud in faciendi,
quàm dandi stipulatione seu obligatione observari debeat.
Optima namque diversitatis ratio est: quòd, si præ-
cisè ad faciendum homines liberi cogerentur; non pa-
rùm inciviliter eorum libertas violari videretur, & quan-
dam servitutis speciem pati impellerentur; contra quam
libertas definita est, *in §. 1. supr. de jure personar.* Cogi
verò homines liberos dare pecuniam, neque servile, ne-
que incivile est: cùm corpori libero hoc non incumbat,
sicuti opus manu suâ facere, sed plerumque liberalitatis
sit & officii, homine libero digni, & laudabilis, *auctore*
Duareno ad d. l. si quis ab alio. 13. *in fin. ff. de re judic.*
Sed & differentiæ ratio illa reddi solet: quod in obliga-
tione dandi, neque expresse, neque tacitè, aliud volun-
tate & intentione contrahentium inest, quam solum id,
quod dari debet: nec aliud etiam est in petitione. *l. vinum.*
22. *ff. de reb. credit. si cert. pet. l. penult. & l. ult. ff. de*
condict. triticiar. l. si pro fure 7. §. condictio. 2. & l. si
servus. 14. *§. bove. 2. & §. seq. ff. de condict. furt. l. 1.*
ibiq; glos. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, &c.

At si quid fieri convenit: non solum juris interpretatio-
ne, sed tacita etiam contrahentium voluntate inest obliga-
tio ad id, quod interest: quippe factum inest stipulationi
expressè, in id tantum, ut si intra legitimum tempus ex-
hibeatur, solutum censeatur illud, quod promissum est, ne
stipulatio in id quod interest fieri, committatur: sin mi-
nus, commissa censeatur stipulatio, ut æstimatio facti
solvatur: quia hanc potius solvere reus elegerit. *d. l. si pœ-*
nam. 68. *d. l. quotiens.* 81. *d. l. si insulam.* 84. *d. l. si fun-*
dum. 114. *l. si ita quis.* 135. *§. Seia.* 2. *in fin. vers. nec*
mulieris quicquam. & §. ea lege. 3. in fin. ff. hoc tit. d. l. 1.
& l. ex empto. 11. *§. idem ait.* 9. *ff. de actionibus empti.*
Idque latiùs discutit, D. Gæddæus d. c. 9. conclus. 4. n. 50.
& tribus seqq.
Secundò non adversatur *l. fideicommissa.* 11. *§. ult. ff.* 62
de legat. 3. ubi traditur: heredem, qui jussus erat opus
suo sumptu facere; veluti, *curiam ædificare*, vel *ludos*
publicos facere, si paratus sit pecuniam Reipublicæ dare,
ut ipsa faciat, non esse audiendum: cum testator per ip-
sum heredem hoc opus fieri voluerit. Quòd si is, qui
alterius, nempe testantis voluntate ad factum obligatus
est, tam præcisè ad præstationem facti tenetur: quantò
magis is, qui suo se ore proprio ad factum obligavit, hoc
præstare cogendus erit, *argum. §. versa vice.* 20. *infr. de*
inutilib. stipulat. l. 3. §. heres. 3. ff. commodati. Lex, *inquam,*
illa non adversatur. Quia cum illic Ulpianus Juriscon-
sultus fateatur, specialiter à Divo Marco rescriptum esse,
ut non liberetur heres offerendo pecuniam, qui opus
Republic. facere jussus est: utique simul fatetur regu-
lam esse in partem contrariam: nec in omni facto debi-
to, etiam ex testamento, ita comparatum esse. Quid
enim opus fuisset speciali Divi Marci constitutione, in
qua fundamentum decisionis suæ collocaret Ulpianus,
si regula esset, factum præcisè præstandum esse? Deinde
heredi vel legatario, ne indigni videantur honore, quo
affecti sunt, incumbit in specifica formâ adimplere vo-
luntatem testatoris: cùm nihil magis debeatur homini-
bus, quàm ut supremæ eorum voluntates, tanquam lex
alia, postquam jam aliud velle non possunt, exitum
sortiantur. *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Novell.* 22. *c.* 2.
Tertiò non adversatur *l. hereditatem.* 28. *ff. de dona-* 63
tionibus, ubi filia, cui pater hereditatem sibi relictam do-
navit, tenetur legis inductione creditoribus hereditariis
satisfacere: & ad id cogitur per actionem præscriptis ver-
bis. Cogetur ergo multò magis, si ipsamet factum pro-
misisset. Potentior quippe est obligatio hominis, expres- 64
sis verbis ab ipso constituta: quam tacite à lege introdu-
cta: cum expressa hominis provisio faciat cessare provi-
sionem legis: non verò contra. *l. 3. ubi Dd. ff. de rebus*
credit. si cert. pet. l. fin. C. de pact. inter emptor. & vendit.
l. unic. §. in primo. 3. & §. sed C. de caduc. tollend. E-
berhard. à Middelburg. in loco legali. 27. ab expresso ad ta-
citum. n. 20. & seq. Non, *inquam,* lex ista adversatur. Pa- 65
ter enim, qui hereditatem illam sibi delatam, & à se adi-
tam, filiæ donavit; unà cum suo onere & emolumento
donasse intelligitur, quia id omne hereditatis appellatio-
ne continetur: cùm juris sit nomen, sine dubio etiam dam-
nosam hereditatem significans, *l. nihil est aliud.* 24. *&*
l. hereditatis. 119. *ff. de verb. significat. l. hereditas.* 62. *ff.*
de reg. jur. Quin & patris donatoris personam hac in par-
te filia donataria sustinet: qui & ipse satisfacere, hoc est,
solvere, & se obligationibus liberare hereditariis tenere-
tur. *d. l. nihil est aliud.* 24. *ff. de verb. signific. l. heredem.*
59. *& l. omnia verè.* 192. *ff. de reg. jur. l. 1. & tot. tit. C.*
de hereditar. actionib. Præterea satisfacere creditoribus, 66
non est nudum factum, sed jus continet, & necessitatem
solvendi pecuniam habet. *l. liberationis.* 47. *ff. de verb.*
significat. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de judi-
cat. Solvet autem heres pro naturâ cujusque obligatio-
nis. *d. l. liberationis.* 47. *ff. de verb. signific. §. 1. infr. quibus*
mod. tollit. obligat. l. prout quidque. 80. *ff. de solutionibus.*
Adhæc satisfactio, si sponte à creditoribus vice solutionis
admittatur: pro solutione accepta pro pecunia est. *l. satisfact.*
52. *ff. de solut. d. l. 4. §. 3. ff. de re judic.* Non igitur sequitur:
hæres, qui hereditatem adiit, vel cui ille eam cessit dona-
vitque, juris auctoritate tenetur hereditariis creditoribus

tumque ſit in ſtipulatione: verbi gratiâ: *dabis vini Tubingenſis optimi amphoras centum?* vel, *dabis aureos decem? dabo:* certa hæc eſt ſtipulatio: quia ex eâ intelligitur, quid, quale, quantumve ſit in ſtipulationem deductum. Sic certa eſt ſtipulatio, cùm hominem Stichum ſtipulor: quia etiam hic apparet, quid, quale, quantumque in ſtipulationem deductum ſit *l. ſtipulationum quædam.* 74. §. 1. *hoc tit.* Sic quoque certa ſtipulatio eſt, ſi quis ſtipuletur vinum aut oleum, quod eſt in apothecâ, vel triticum, quod eſt in horreo, *l. ubi autem.* 75. §. *ſed qui vinum.* 5. *ff. eod.* vel pecuniam, quæ eſt in arcâ, aut ciſtâ. *l. hæc venditio.* 7. §. *hujuſmodi.* 1. *ff. de contrah. empt.* Quin & certa cenſetur ſtipulatio: ſi ſtipulatus ſim à Titio, quod mihi Sejus debet: vel quod ipſe Titius mihi ex teſtamento debet. *d. l. ubi autem.* 75. §. *qui verò.* 6. *ubi Cujacius. ff. hoc tit. Dn. Collega Bocer. claſ.* 2. *diſput.* 15. *theſ.* 108. *edit.* 2. *Borcholt. in Commentar. de verb. oblig. c.* 2. *num.*
85 217. *& ſeqq. ubi id pulchrè & dilucidè explanat.* Incerta ſtipulatio dicitur; cum non apparet, quid, quale, quantumque ſit in ſtipulatione. *d. l. ubi autem* 75. *in princip. ff. hoc tit.* veluti, cùm quis fundum ſine propria appellatione, vel hominem generaliter, ſine proprio nomine, aut vinum frumentumvè ſine qualitate dari ſibi ſtipulatus eſt. Uſque adeo ut, ſi quis ita ſtipulatus ſit; *Tritici Africi boni modios centum: vini Campani boni amphoras centum promittis?* incertum videatur ſtipulari: quia bono melius inveniri poteſt. Quæ res efficit, ut boni appellatio non ſit certæ rei ſignificativa: cùm id, quòd bono melius eſt, ipſum quoque bonum ſit. At cùm optimum quiſque ſtipulatur: id ſtipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet. Quo fit, ut ea appellatio certi ſignificativa ſit, ut loquitur Ulpianus *in d. l. ubi autem* 75. §. 2. *ff. eodem.* Eſt quoque incerta ſtipulatio, cum quis ſtipulatur fundi certi uſumfructum. *d. l.* 76. §. *fundi certi* 3. *ff. d. titul.* tametſi ſtipulatio uſusfructûs pecuniæ, certa perhibeatur. *l. tribus heredibus.* 8. *in, velut certi ff. de uſufruct. ear. rer. quæ uſu conſum.* Idcirco verò uſusfructus pecuniæ, ſive legatus ſit mihi uſusfructus pecuniæ, ſive uſumfructum pecuniæ ſim ſtipulatus, certus eſt, quia proprietas legata, & in ſtipulationem deducta videtur. *l. ſi tibi decem.* 6. *ff. d. tit. Borcholt. d. cap.* 2. *n.* 194. *& ſeqq. ubi Donellum diſſentientem abunde refutat.* Eſt item incerta ſtipulatio, ſi quis id, quod ex Arethuſa ancillâ natum erit; aut fructus, qui in fundo Tuſculano nati erunt, dari ſibi ſtipulatus ſit. *d. l. ubi autem* 75. *illud dubitationem.* 4. *ff. hoc tit.*
86 eamque ſtipulationem incertam manere, etiam poſt captos fructus, & poſt editum partum, probabile eſt. *d. l. ſi ſtipulatus.* 4. *ff. de uſur. D. Bocer. d. claſ.* 2. *diſput.* 15. *th.* 110. *lit. b.* Similiter qui illud, aut illud ſtipulatur, veluti decem aut hominem Stichum, nec ſibi electionem conſtituit: incertum in obligationem deducit. *d. l. ubi autem.* 75. §. *qui illud* 8. *ff. hoc tit.* ut & is, qui id, quod in faciendo, vel non faciendo conſiſtit, ſtipulatur, veluti foſſam fodi, domum ædificari, vacuam poſſeſſionem tradi: item, per te non fieri, quo minùs mihi per fundum tuum ire agere liceat: per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat, *ſæpe allegata l. ubi autem.* 75. §. *qui id, quod* 7. *ff. eod. late Borcholt. d.*
87 *cap.* 2. *n.* 225. *& aliquot ſeqq.* Illud valde controverſum eſt: ſi quis ſervitutem prædii, vel hereditatem ſtipuletur: certumnè, an incertum in ſtipulationem deducere intelligatur? Et (quicquid in contrarium adferat Donellus *in d. l. ſtipulationem* 74. *n.* 9. *&* 11. *ff. hoc tit.*) incerti hanc eſſe ſtipulationem, non abſque ratione ſta-
88 tuitur. Etenim ſervitus eſt jus aliquod. §. *incorporales.* 2. *&* §. *ult. ſupr. de reb. corporal. & incorporal. l.* 1. §. 1. *verſ. incorporales. ff. de diviſ. rer.* Jus autem quale, quantumque ſit, perſpici & verè cognoſci nequit: cùm tamen illud certum dicatur, quod apparet, quid, quale, quantumque ſit. *d. l. ſtipulationum.* 74. §. 1. *& l. ſeq. ff.*
89 *hoc tit.* Hereditate item venditâ, certa hereditariarum rerum quantitas vendita non exiſtimatur: niſi de ſubſtantiâ & quantitate hereditatis venditor affirmaverit. *l. qui filiifamilias.* 14. §. 1. *& l. ſeq. ff. de hereditate, vel actione vendit.* Et non eſſe rem certam ipſam hereditatem, evidenter apparet *ex l. quòd ſi nulla.* 8. *& tribus ſeqq. eod. titul.* Atque hanc, de ſtipulatione ſervitutis & hereditatis, ſententiam fuſiùs defendunt *Cujacius in d. l.* 74. *ff. hoc tit. Borcholt. d. Commentar. de verb. obligat. cap.* 2. *n.* 199. *cum ſeqq. & part.* 2. *Diſput.* 4. *de verb. obligat. propoſit.* 15. *Knipſchildt. d. exercitat.* 6. *quæſt.* 8. *pag.* 221. *cum ſeq. & D. Bocerus d. claſ.* 2. *Diſput.* 15. *theſ.* 113. Tametſi aliter hæc explicare videatur Goeddæus *d. Commentar. de contrah. & committ. ſtipulat. cap.* 6. *concluſ.* 12. *n.* 230. *& ſeqq.*

Quod porrò hic traditur: ex incertâ ſtipulatione pro- 90
ficiſci tantum actionem ex ſtipulatu: ex ſtipulatione verò certâ concedi tantum condictionem certi: ei non obſtat *l. prædia.* 28. *ff. de actionibus empt. & l. ſi pacto.* 14. *C. de pactis.* in quibus dicitur: eum qui petit pœnam ſtipulatione comprehenſam, ex ſtipulatu petere. Pœnæ 91
autem ſtipulatio certa eſt: adeò quidem, ut non valeat, niſi certa ſit. §. *ult. infr. hoc tit. l. ſi pœnam.* 68. *ff. eodem.* Non, *inquam*, hæ leges & ſimiles (*ut l. unic.* §. 1. *C. de rei uxor. act.*) obſtant. Nam intelligendæ ſunt non de actio- 92
ne, quæ vocatur ex ſtipulatu: ſed potiùs de cauſa actionis, ex quâ certum, quod in ſtipulationem deductum eſt, petitur. Siquidem *ſtipulatus* verbum ſtipulationem ſignificat. *l. pecuniæ.* 9. *in princ. ff. de uſur.* Atque hac in ſignificatione verbum *ſtipulatus*: in adductis legibus uſurpatum oſtendit; hanc eſſe earum ſententiam: pœnam ſtipulatione comprehenſam non peti quidem actione ex ſtipulatu, ſed condictione certi: ex cauſa tamen ſtipulationis, id eſt, propter ſtipulationem, quâ pœna comprehenſa eſt. Et ita ad has leges reſpondet Donellus 93
in l. ſi quis certum. 24. *ff. de reb. credit. ſi cert. pet.* Cæterùm utraque prædictarum actionum perſonalis perhibetur, perpetua, & in heredes tranſitoria. *l.* 2. §. *ex his igitur. l. in executione.* 85. *ff. hoc tit. ibique Weſenbec. in paratit. num.* 14. §. *ſub conditione.* 4. *verſ. ex conditionali. infr. eod. l. veteris.* 13. *Cod. de contrah. & committ. ſtipulat. Oldendorp. claſſ.* 4. *action.* 28. niſi ſpecies promiſſa, ante moram culpamve promiſſoris aut perempta ſit, aut in commercio hominum eſſe deſierit. *l. ſi ex legati.* 23. *l. ſi Stichus.* 33. *l. is, qui alienum.* 51. *l. nemo.* 82. §. 1. *l. mora.* 88. *l. ſi ſervum.* 91. *ubi Bartol. Bald. Jaſon. Alexand. Zaſius, Duaren. Donell. Cujac. ff. hoc tit. latiſſimè Goedd. d. Comment. de contrah. & committ. ſtipulat. cap.* 11. *concluſ.* 4. *n.* 23. *& multis ſequentibus.*

§. In hac re olim. 1.

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *Spondes? ſpondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fidejubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Utrùm autem Latinâ, an Græcâ, vel qualibet aliâ linguâ ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi uterque ſtipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec neceſſe eſt, eâdem linguâ utrumque uti; ſed ſufficit, congruenter ad interrogata reſpondere. Quin etiam duo Græci Latinâ linguâ obligationem contrahere poſſunt. Sed hæc ſolennia verba olim quidem in uſu fuerunt: poſtea autem Leonina conſtitutio lata eſt, quæ ſolennitate verborum ſublatâ, ſenſum & conſonantem intellectum ab utraque parte ſolùm deſiderat, quibuscunque tandem verbis expreſſum eſt.

SUMMARIA.

1 *Quibus verborum formulis olim ſtipulatio conciperetur.*
2 *Quatenus verborum ſolennitas hodie ſublata.*
3 *Mens & ſententia l. decreta.* 48. *ff. de re judicat.*
4 *Conciliatio hujus l.* 48. *cum l. judices.* 12. *C. de ſentent. & interlocut. omn. judic.*
5 *Ratio diverſitatis, cur ſtipulatio quacunque linguâ concipi poſſit: decreta & ſententia judicum non itém.*

In

1 IN hoc §. ostendit Imperator Justinianus: quæ verba olim in stipulatione fuerint usitata: quibus item verbis hodie eadem confici possit. Et antiquitus quidem stipulatio certis verbis sic concipiebatur: ut eodem quis verbo respondere cogeretur, quo esset interrogatus: veluti, *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fide promittis? fidepromitto. Fidesjubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Quibus verborum formulis neglectis, nihil agebatur, etiamsi verbis æquipollentibus contrahentes uterentur: adeo, ut si quis ita stipularetur, *Polliceris? polli-*
2 *ceor:* inutilis esset stipulatio. Sed hac verborum solennitate per Imperatorem Leonem sublatâ, *l. omnes.* 10. *C. de contrah. & committ. stipulat.* etiam Justiniano placuit: præter illa sex solennia verba, alia quoque apta & idonea in stipulationibus usurpari posse: ut *solves? reddes? præstabis? Romam ibis? adspiabis? polliceris? &c.* nihilque referre, iisdemne, an diversis verbis, aut quibus linguis stipulationem contrahentes utantur; si modo uterque mentem & consensum alterius, sive per se, sive per verum Interpretem, sane intelligat. Sed & ne hoc quidem necessarium est, ut uterque eadem linguâ utatur. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Græcè, vel Hebraice, vel alia quacunque linguâ; dummodò sensus idem verbis congruat: obligatio constituta est. *l.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

3 Neque his refragatur *l. decreta.* 48 *ff. de re judicat.* ubi traditur, decreta à Prætoribus Latine, & sic non Græcè, interponi debere. *Loquitur* enim Jureconsultus *in ea l.* non de stipulatione, ut cuivis patet; sed de Magistratuum decretis, & sententiis Judicum, atque ita de actu, qui juris publici est, non privati. Sententiæ namque per Judices publicè proferuntur. Et interest Reipubl. eo sermone sententiam pronunciari, quem omnes intelligere possint: qualis fuit sermo Latinus Romæ vulgaris, & imperitæ multitudini etiam communis. Etenim Judices, quos cognoscendi & pronunciandi tenet necessitas, cum noverint, omnes sententiam ferendam intellecturos, eo majori deliberatione habita illam concipient: conceptam diligentius ponderabunt, & corrigent: correctam accuratius in scriptum conferent: scriptam denique pronunciabunt cautius: ne forte plerisque, qui intererunt, ineptam tulisse sententiam videantur. Hac igitur de causa sancitum fuit apud Romanos: ut sententia ea lingua, quæ ipsis esset familiarissima, nimirum Latina, pro-
4 ferretur. Cæterum in stipulatione, qua de hic agimus, longè disparata est ratio: quia hæc non publici, sed privati tantum juris est, & conventio sive actus, qui per privatos expeditur, eorumque arbitrio subjicitur: in quo nihil refert, quo quisque idiomate utatur: modo alter alterum probè intelligat, *ut supra dictum.* Nec huic solutioni, *adeoq; dictæ l.* 48. *ff. de re judicat.* contrariatur *l. judices.* 12. *C. de sentent. & interlocutionibus omnium jud.* ubi disertè habetur; judices tam Latinâ, quàm Græca linguâ sententias proferre posse. *Nam* si mens potius, quàm sonus verborum *dict. l.* 48. spectetur: eam nequaquam *cum d. l. judices.* 12. *C. de sententiis, &c.* pugnare, sed optime cum eadem convenire, constabit. Tryphoninus enim JC. *in d. l.* 48. *ff. de re judic.* ait, sententiam Latino tantum idiomate proferri debere; propter hanc videlicet rationem: quòd eo seculo Græcum idioma non fuit apud Romanos in usu. Quocirca de Latina tantum oratione respondit Jurisconsultus: qui de Græca idem haud dubiè responsurus fuisset, si tempore Jurisconsulti etiam apud Romanos lingua Græca viguisset: quemadmodum postea Romanis ea familiaris admodum esse cœpit, cum sacri Imperii Romani sedes Byzantium transla-
5 ta fuit. Eo igitur tempore rectissime, & quidem non contra, sed secundùm sententiam & mentem Tryphonini ab Arcadio & Honorio Imperatoribus *in d. l.* 12. *C. de sentent. &c.* rescriptum est, & constitutum: sententiam non Latinis tantum, sed & Græcis verbis pronunciari posse. Ratio autem diversitatis, cur stipulatio quacunque lingua concipi possit, decreta & sententiæ Judicum non æquè, hæc est: quia stipulationes & contractus etiam cum extraneis, qui linguam Latinam, aut Græcam non callent, celebrantur & fiunt. At Magistratus & Judices Populi Romani non decebat linguam ignorare Romanam: *sicuti eleganter docet Franciscus Duarenus ad d. l.* 1. *§. ult. ff. hoc tit.*

§. Omnis stipulatio. 2.

Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè: veluti, *quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. In diem: cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit: veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti priùs, quàm dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest: quià totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is præterierit.

S U M M A R I A.

1 *Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione*
2 *Pura in jure quæ dicantur? & qua item pura stipulatio.*
3 *Quatenus in stipulatione pura promissor ad solutionem sit compellendus.*
4 *Creditor non statim cum sacco paratus debitorem adire debet.*
5 *Cedere diem, & venire diem quid significet.*
6 *Stipulatio in diem qua sit.*
7 *Explicatur l. eum, qui Calendis. 41. § 1. ff. de verb. obligat.*
8 *Explicata l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.*
9 *[illegible] procedat.*
10 *Dies in gratiam debitoris contractui adjectus putatur.*

DIvisio stipulationum talis hic proponitur: Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione, *argumento l. creditores.* 10. *ff. de verbor. significat.* 1
Pura in jure dicuntur, quæ nullam adjectionem habent: indeque pura stipulatio est, quà quid sine diei aut conditionis adjectione, promittitur: veluti, *quinque aureos dare spondes? spondeo.* Etsi autem illud, quod per stipulationem puram est promissum, confestim ex rigore juris peti potest: cum in ea cesserit & venerit dies, *hoc § nostro, ibi, idque confestim peti potest, l. eum, qui Calendis.* 41. *§.* 1. *ff. hoc tit. l. cedere diem.* 213. *in pr. vers. ubi purè. ff. de verb. significat. l. in omnib. obligationib.* 14. *ff. de reg. jur.* non tamen statim ad solutionem promissor compellendus est: sed arbitrio judicantis, humanitatis causa, modicum, tantumque temporis illi debet præfiniri, intra quod id, quod promissum est, commodè præstare & solvere possit, *argument. §. fin. instit. de inutil. stipulat. l. ratiom.* 13. *ff. de solutionibus. l.* 1. *ff. de jure deliber. l. quotiens.* 24 *ff. de operis libert. l. continuus.* 137 *§. cum ita.* 2 *ff. hoc tit.* Nec 2 3
enim importunus creditor statim cum sacco paratus promissorem sive debitorem adire debet. *l. quod dicimus.* 105 *ff. de solutionibus. Hunnius disputat.* 4. *controvers.* 4. *Andr. Gerhardi decad.* 13. *quæst.* 10. *Gophan. disputat.* 29. *ad Instit. th.* 7. *ibique Oleman. in suis notat. num.* 12. Vide fusius id & quidem diversim ide explicantes, Bachovium *Ex. num.* 1. *pag.* 744. *& in not. ad Treutler. vol.* 2. *disput.* 27. *th.* 6. *ad lit. A. & B. p.* 855. *cum seqq. & Hunn. ibidem in suis resol. quæst.* 43. *p.* 141. *& seq.* itemque Timæum Fabrum *disput.* 23. *ad Instit Imperial. th.* 2. Cedere porrò diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. *d. l. cedere.* 213. *ff. de verborum significat.* Stipulatio in diem est, quà aliquid in diem promittitur: vel, cui dies sive tempus, quo pecunia solvatur, adjicitur: veluti, *decem aureos primis Calend. Martiis dare spondes. hoc §. nostro vers. in diem, &c.* Qui decem aurei statim quidem jam debentur: peti tamen ante Calendas Martias nequeunt. *l. certi condictio.* 9. *in princ. vers. cæterùm ff. de reb. credit. si cert. pet. l. obligationum.* 44. *§.* 1. *ff. de oblig. & actionibus.* Cur statim debeantur decem isti aurei, ratio manifesta est: quia dies adjecta non eò pertinet, ut differat obligationem, sed solutionem tantùm seu executionem 4 5 6

Digitized by Google

tionem usque ad eventum diei. *l. centesimis. 46. in princ. ff. hoc tit.* Cur verò ante Calend. Martias peti nequeant, hæc est ratio: quia dies hujus stipulationis cessit quidem, sed nondum venit. *d. l. cedere. 213. ff. de verb. signific.*

7 Non obstat *d. l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. vers. verum dies adjectus. ff. hoc tit.* ubi dicitur, die adjecto pecuniam non statim deberi. *Nam* ambiguitas sive æquivocatio est in verbo *debendi*. Etenim deberi non tantum id intelligitur, quod statim peti & exigi potest: verùm etiam id, cujus exactio sive solutio differtur. Itaque *in d. l. 41.* illud verbum in priori significatione, adeòque cum pleno effectu accipitur: ut sententia sit, quod in diem promissum est, non ita deberi, ut statim, sicque ante diem exigi possit: sed potius ita, ut ejus petitio sive solutio in eventum diei adjecti prorogetur.

8 Nec quoque obstat *d. l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.* ubi scriptum est: in omnibus obligationibus præsenti die pecuniam deberi, in quibus dies non est appositus. *Eadem* siquidem responsione uti possumus. Ideo enim pecunia in diem promissa *in d. l. 14.* non statim & præsenti die deberi dicitur, quòd statim exigi nequeat: non verò, quòd obligatio ante diem contracta non censeatur. Ex hoc etenim §. nostro clare evincitur, promissorem etiam ante diem reverà esse obligatum: licèt ante diei eventum

9 ad solutionem compelli non possit. *Deinde respondetur:* quòd argumentum, ex lege illa sumptum, sit à contrario sensu. Quod etsi in jure est fortissimum, frequentissimum & utilissimum. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* non tamen procedit, ubicunque vel pravus & absurdus inde resultat intellectus, vel aliis legibus adversatur, *ut plurib. demonstrat. Nicolaus Everhard. à Middelburgo in locis suis legalibus, loc. à contrar. sens. n. 4. & seqq.* Atqui certum est, istud argumentum refragari huic nostro §. *vers. id autem, quod in diem, &c.* Planè, ne quidem eo ipso die, in quem promissa est, pecunia peti poterit, *hoc §. vers. at ne eo quidem ipso, &c. l. qui hoc anno. 42. & l. eum, qui certarum.*

10 *128. in princ. ff. h. t.* Cujus ratio evidens est: quia cum tempus sive dies contractui adjicitur; in gratiam & utilitatem debitoris seu promissoris adjectus existimatur, *hoc §. in fine. d. l. eum, qui. 41. §. 1. in fin. & l. stipulatio ista 38. §. incertum 16. ff. eod. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. Petr. Nicol. Moz. in tractat. de stipulat. titul. de stipulatione pura, &c. num. 9. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 6. num. 27.* Vide istam rem explicatius prosequentem Bachovium, *in dictis not. ad Treutler. disputat. 27. th. 6 lit. C. pag. 858 cum seq.* & Hunnium ibidem *quæst. 44. pag. 142. & seq.* itemque novissime Frantzkium *exercitat. jurid. 10. quæst. 2. pag. 292. & seqq.*

§. At si ita stipuleris. 3.

At si ita stipuleris: decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes? *& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo, pacti exceptione submovebitur.*

S U M M A R I A.

1 *Quæ'is stipulatio sit, promittis decem aureos annuos, quoad vivam.*
2 *Cur pura sit ista annua stipulatio.*
3 *Cur eadem stipulatio sit perpetua.*
4 *Tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis.*
5 *Differentia inter stipulationem annuam, & legatum annuum.*
6 *Facta sunt personalia.*
7 *Per stipulationes tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis consulere credimur.*
8 *Contractus legem ex conventione accipiunt.*

1 STipulatus est quidam decem aureos annuos, quoad vixerit: quæritur, an stipulatio hæc purè sit facta, vel in diem? Et ait hic Imperator: hanc stipulationem, etsi in diem propter tempus sive diem adjectum videri possit;

2 non esse tamen in diem, sed puram & perpetuam. Cur pura sit hæc annua stipulatio, ratio illa est: quia ex eâ stipulator confestim agere, adeòque decem initio statim cujuslibet anni petere potest. *l. eum, qui ita. 56. §. qui ita stipul. 4. ff. hoc tit.* perinde ut legatarius, post mortem testatoris, annuum legatum sibi relictum. *l. nec semel. 12. §. 1. ff. quando dies legator. vel fideicom. cedat. l. 1. C. eod.* Siquidem tempus hic non differendæ, sed potiùs multiplicandæ solutionis gratiâ, & sæpius reiterandæ puræ obligationis causâ adjicitur. *l. cum in annos. 10. & duabus ll.*

seqq. ff. d. tit. Cur verò stipulatio ista sit perpetua, sicque ad 3
heredem transitoria, elegans ratio hic in textu redditur: *quia scilicet ad tempus deberi non potest.* Ratio rationis: quia obligationes sunt juris, ut ex definitione obligationis *suprà t. de obligationibus expositâ*, apparet. Ea autem, quæ juris sunt, sui naturâ sunt perpetua, non minus, at-
que jus ipsum, *notante hic Rittershusio. pag. 462.* Et hoc 4
est, quod vulgò dicitur: tempus non esse modum inducendæ obligationis, ut nec tollendæ sive finiendæ. *l. obligationem ferè. 44. §. 1. vers. placet. ff. de oblig. & act. infr. tit. quibus mod. tollit. obligat. Mynsing. hic num. 3.*
Wesenbec. n. 6. Observandum porrò hac in re est discri- 5
men stipulationis & legati: quòd stipulatio annua sive in annos singulos, est perpetua, & ad heredes transitoria: legatum annuum non item; sed morte legatarii extinguitur. *l. si Stichum. 16. § 1. ff. hoc tit.* Ratio hujus discriminis duplex videtur: Tum quia stipulatio juris est, legatum fa-
cti. *l. penult. ff. de capite minutis.* Quæ autem juris sunt; 6
ad heredes transeunt, quæ facti, non item: facta quippe personalia sunt. *arg. l. ult. ff. de conditionibus institution. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus p. 73.* Tum quia legatum annuum, propter alimenta legatarii factum censetur: ac proinde personale intelligitur: sicque ad heredes non transmittitur. *l. 1. in fin. ff. de constitut. princ. l. idem in duobus 25. §. 1. ff. de pact. l. non solum. 8. §. tale legatum. 3. ff. de libertat. legat. l. in omnibus causis. 68.*
& l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. At per stipulationes, 7
tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis, consulere & prospicere credimur. *l. si pactum. 9. ff. de probationibus. l.*
tale pactum. 40. §. ult. ff. de pactis. Cæterùm cùm con- 8
tractus legem ex conventione accipere dignoscantur. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & l. contractus. 85. eod. tit. in 6.* hic autem inter stipulantem & promittentem non id tantum actum sit, & conventum, ut decem annua darentur: sed simul etiam hoc placuerit, ut decem annua darentur, quoad viveret stipulator. Idcirco ex eo pacto conventio ista jus accipiet: & per consequens stipulatoris heres, decem annua petens, exceptione sive pacti, *scil. quoad vivam.* sive doli mali removebitur, *hoc §. in fine. & d. l. obligat. ferè. 44. d. vers. placet. ff. de oblig. & actionib.* Verum pacto, *quoad vivam*, annuæ stipulationi non adjecto; heredem stipulatoris annuatim decem petere posse, cùm obligatio perpetuetur, dubium non est. *d. l. si Stichum. 16. §. 1. ff. hoc tit. Vide de prædictis verbosius disputantem Bachovium hic pag. 747. & seq.*

§. Sub conditione. 4.

Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur:* Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset*, cum morietur, sibi dari. *Ex conditionali stipulatione tantùm spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit,*

S U M M A R I A.

1 *Conditionalis stipulatio quid sit.*
2 *Conditionis proprius effectus.*
3 *Conditio alia casualis, alia potestativa, alia mixta.*
4 *Vera conditio quæ.*
5 *Potestativa conditio.*
6 *Mixta quæ sit.*

7. Omnis

Digitized by Google

7 *Omnis conditio vel in faciendo posita est, vel in non faciendo.*
8 *Conditionalis stipulatio in quo differat à stipulatione purâ, & in diem.*
9 *Consideratio l. usufructum 26. ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione. 42. ff. de obligat. & actionib. & l. conditionales. 54. ff. de verbor. significat.*
10 *Conditionalis stipulatio foetui in utero jam concepto comparatur.*
11 *Conditionalis creditor qualis.*
12 *Stipulatio sub conditione concepta ad heredem transmittitur: legatum sub conditione non item.*
13 *Hujus differentiæ ratio duplex.*
14 *Legata sunt facti: stipulationes, quoad obligationem juris.*
15 *Heres stipulatoris, existente conditione, quatenus post hujus mortem agere possit.*

1 CONditionalis stipulatio nihil aliud est, quàm obligatio in casum aliquem incertum & futurum suspensa, *per hunc §. nostrum.* Conditio siquidem, quam certum est exituram, vel quæ præsens respicit tempus, vera conditio non est, sed pro purâ stipulatione habetur. *§. conditiones. 6. infr. hoc tit. l. si ita stipulatus. 120. ff. eod. l. cùm ad præsens. 37. cum duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. nominatim. 34. in fine. ff. de condition. & de-*
2 *monstrat. l. si pupillus. 9. §. 1. ff. de novationib.* Proprius quippe conditionis effectus est, vim negotii differre: cùm semper in futurum concipiatur. Quare cum ita dico: *si Cæsar vivit, centum tibi do lego*; non est conditio: quia
3 in præsens tempus, & non in futurum, concepta est. Etsi verò in jure conditio interdum dividitur in casualem sive fortuitam, & in potestativam seu arbitrariam, & in mixtam *l. unic. §. sin autem aliquid sub conditione. 7. C. de*
4 *caduc. tollend.* Vera tamen conditio est ea, quæ in casum aliquem concipitur: velut, *si Titius consul factus fuerit,*
5 *centum mihi dabis?* Potestativa conditio est, cujus eventus ex personæ voluntate dependet: ut, *si domum ædifica-*
6 *vero, centum mihi dabis?* Mixta est, quæ simul pendet ex fortunâ & voluntate personæ: ut *si ab hostibus reversus fuero, dare centum spondes?* Idque paulò latiùs explicat Borcholt. *hic n. 3.* & Schneidevvin. *n. 7. & seqq.* Ex illis autem hujus §. *verbis, si aliquid factum fuerit, vel*
7 *non fuerit,* altera conditionis divisio elicitur: quod nimirum omnis conditio posita sit vel in faciendo, vel in non faciendo: ut, *si Argentinam iveris: & si Argentinam non iveris.* Inter quas divisionis partes hæc notanda est differentia: quod conditio in faciendo quandocunque impleri potest: conditio verò in non faciendo non nisi in morte impleri potest, *hoc §. nost. vers. si quis ita. in verb. perin-*
8 *de erit, ac si stipulatus esset, cum morietur.* Porrò in eo præcipue conditionalis stipulatio differt à stipulatione purâ, & in diem: quod in stipulatione purâ & jam debetur, quod promissum est, & peti potest. in stipulatione in diem debetur quidem, sed peti nequit: in conditionali nec debetur, nec peti potest, sed spes tantùm est, debitum iri, *hoc §. nost. vers. ex conditionali. & l. cedere diem. 213. ff. de verb. signific.* Quæ differentia ab effectu conditionalis stipulationis est petita. Is enim (*ut suprà monuimus n. 2.*) effectus est conditionis, ut obligationem suspendat ac differat. *d. l. cedere. 213. ff. eod.*

9 Huic sententiæ non adversatur *l. usufructus. 26. ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione. 42. ff. de oblig. & act. l. conditionales. 54. ff. de verb. signific.* In priori l. 26. stipulatio conditionalis ex præsenti vires accipere dicitur, quamvis petitio ex eâ suspensa sit. In posterioribus verò legibus creditor etiam is vocatur, cui sub conditione quid promissum est. Ex quo non obscurè colligitur; id
10 jam deberi, non tantùm spem esse, debitum iri. Istæ, *inquam,* leges non adversantur: quia respondendum est, stipulationem sub conditione factam, non prorsus nihil esse; sed foetui in utero jam concepto quodammodo comparari posse; ut concepta scilicet sit stipulatio, & conditionis eventu nata ac edita. *arg. l. 2. ff. de mort. infer.* Atque ita exaudiendum est, quod dicitur, ex præsenti vires stipulationem conditionalem accipere. *Petr. Ostermann. hic in Jus rationatib. pag. 74.* Ex quo illud quoque consequitur: ex eâ stipulatione jam cœpisse deberi, quod pro-
11 missum est. Unde & conditionalis creditor dici potest, cui ex stipulatione conditionali quid debetur. Atque hæc etiam videtur esse ratio ejus, quod Justin. *in fine hujus §.* subjicit: hanc stipulationem in heredem transmitti: quia videlicet hæc stipulatio jam concepta sit, sive aliquid jam sit, quod transferri ad heredem possit. Ideo autem Imperator *hic in fine* ait, spem transmitti: quia nimirum nondum perfectè nata sit obligatio. Sic & Ulpianus *in d. l. 54. ff. de verb. significat.* inquit: conditionales creditores esse, qui spem habent, ut competat actio. *Poterit* & hoc non incommodè ad locorum illorum conciliationem dici: eum, cui sub conditione promissum est, pendente adhuc conditione, non quidem propriè esse creditorem: dici tamen posse creditorem in spe, sive respectu spei, *arg. l. in possessionem. 6. in princ. ff. quibus ex caus. in possess. eat. l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. & l. si servitus. 23. ff. de servit. prædior. urban.* Atque ita, *post gloss. hic in verb. differtur.* sentiunt *Angelus n. 2. Nonius n. 5. Ritterhusius in vers. ex quibus sequi, &c. pag. 417. & Alciatus in d. l. conditionales. 54. ff. de verb. significat. n. 1. & 2. item; Timæus Faber disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 3. lit. b.* Quanquam verò stipulatio sub conditione con- 12
cepta ad heredem transmittitur, *hoc §. nostro. in fin. l. si quis. 57. ff. hoc tit.* id tamen in legato sub conditione relicto non obtinet. Hoc enim, legatario ante conditionis existentiam mortuo, ad heredem ipsius non transire certum est. *l. legata. 41. ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui. 42. ff. de oblig. & act. l. si cum heres. 4. & l. seq. ff quando dies legator. vel fideicommissor. cedat.* Ratio differentiæ inter 13
stipulationem & legatum vulgò hæc adfertur: quòd in stipulatione conditionali intervenit factum stipulatoris, sibi & heredibus suis cavere volentis. *l. si pactum. 9. ff. de probat. l. tale. 40. §. fin. ff. de pact.* Ast in legato conditionali nullum legatarii factum intercedit: sed à solâ testatoris voluntate pendet, qui personæ legatarii tantùm rationem habuisse, eique soli, ob meritum fortè, vel singularem amorem, non ejus heredi, prospicere voluisse intelligitur. *l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. Accurs. Bartol. Bald. Angel. Fab. Mynsinger. Schneidevv. & alii communiter in fine hujus §. nostri. Gomez. tom 2. variar. resolut. jur. civ. c. 11. n. 36. vers. cujus ratio est, &c. Donell. ad l. si quis. 57. n. 5. h. t.* Verùm ratio, quam superius attigimus, elegantior hæc videtur: quia scil. stipulatio conditionalis jam est aliquid; legatum autem conditionale planè nihil est. Cur ita? quia legata, utpote donationes, 14
sunt facti *l. penult. ff. de capite minutis.* stipulationes verò, quoad obligationem, jus in se continent, *arg. l. tit infr. de stipul. serv.* Atqui ea, quæ sunt juris, perpetua sunt; adeoque ad heredem transeunt, *arg. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* Quæ autem facti sunt, eo demum momento aliquid esse putantur, quo fiunt. *l. 1. ff. de operis serv.* & cum personâ extinguuntur, *arg. l. ult. ff. de condit. instit. & l. qui heredi. 44. in pr. ff. de condit. & demonst. Arumæus. exercitat. Justin. 13. sub th. 6. in fine.* Tametsi aliter id explicent Gœddeus *in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 8. n. 174.* Bachovius *hic pag. 750.* & Robertus *disput. 15. ad Instit. th. 5.*
Porrò quod de conditionali stipulatione traditur: here- 15
dem stipulatoris, existente istâ conditione, etiam post mortem stipulatoris agere posse; id tunc procedit: cùm aliud inter contrahentes non est actum. Nam si hoc actum fuerit inter contrahentes, ut ita demum stipulationi locus esset, si conditio existeret, vivo stipulatore, vel quo alio: voluntatem contrahentium sequemur; & existente conditione post mortem stipulatoris, non permittemus heredi, ut petere possit, quod in stipulationem eâ lege deductum erat, ut deberetur, si conditio, vivo stipulatore, existeret, *per textum singularem in l. qui Romæ. 122. §. Agerius. 4. ff. hoc tit.* Quem textum rectè (meo judicio) ita accipiunt, & eleganter declarant *Cujacius in d. l. si quis. 57. ff. eodem. Borcholt. hic n. 8. Philippus Cujlosius in Disputat. de transmissionib. axiom. 77. eumque laudans Petrus Heigius hic in vers. ex conditionali, num. 3. cum seqq. Knipschildt exercitat. Acad. 6. quæst. 14. pag. 230.* Licet vulgò Doctores aliter atque aliter sentiant, *Bartol. Jason. Angel. Alexand. Petrus de Bellapertic. Bald. Duaren. Donell. & cæteri ad d. §. Agerius. Al. lib. 1. dispunct. c. 13. Francisc. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civil. cap.*

Digitized by Google

cap. 3. *num.* 9. *Emanuel à Costa. lib.* 2. *select. interpretat. cap.* 23. *Andr. Gail. lib.* 2 *observ.* 2. *Gomez. d. tom.* 2. *var. resolut. c.* 11. *n.* 36. *vers. item adde, quod jus. ibiq; Soarez. in suis addit. ad lit. T. & Gœddeus d. cap.* 9. *conclus.* 8. *num.* 177. *& seqq.*

§. Loca etiam 5.

Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licèt purè fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur.* Hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

S U M M A R I A.

1 *Stipulatio cui locus inseritur,* [illegible]
2 *Id semper in contractu* [illegible]
3 *Quantum tempus locali stipulationi sit* [illegible]
4 *Stipulatio,* [illegible] *quod actum est, interpretationem recipit.*
5 *Omnes contractus, quoad intentionem* [illegible] *sunt bonæ fidei.*
6 *Dies in stipulatione quando* [illegible]
7 *Sententia & intellectus l. stipulationes. 72. §. ult. ff. de verb. obligat.*

1 QUanquam id, quod pure promissum est, statim & debeatur, & peti possit, *ut* [illegible] *§. omnis.* 2. *supr.* [illegible] ex natura rei, vel loci adjectione sæpe, [illegible] obligatio, [illegible] tamen sive executio differtur. Unde stipulatio ista, cui locus inseritur, formâ quidem & [illegible] pura est: cum [illegible] conditionem non habeat [illegible] sed re ipsa sive effectu, in diem censetur. [illegible] Carthagini centum dari stipulatur, cum Romæ sit, tacitè tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem possit: [illegible] etiam centum non statim peti possunt, sed post spatium temporis, quo Carthaginem Româ iri possit. *l. cum* [illegible] 60. *& l. in-*
2 *terd.* 73. *ff.* [illegible] Hæc [illegible] non obscura est: quia id semper ex [illegible] mente in contractu agi videtur, ut [illegible] eo modo, quo potest, impleatur. [illegible] 12. [illegible] *de reb. dubiis.* Impleri autem talis promissio non potest, nisi spatio ad locum solutioni destinatum proficiscendi concesso. Hoc ergo tacite conventum intelligitur. *d. l. interdum.* 73. [illegible] *& simi-*
3 *lib.* Sed quæritur, quantum tempus [illegible] Et magis est, ut totam [illegible] id est, ad virum bonum remittamus: qui æstimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit: habitâ scilicet ratione temporis, ætatis, sexûs, valetudinis promittentis. *l. continuus.* 137. §. 2. *ff. h. t. ibique Dd. late Menoch. lib.* 2. *de arbitr.* [illegible] 2. *Heigius*
4 *hic num.* 2. *& Schneidew.* [illegible] 3. Et ita obiter hîc notandum: quòd licet stipulatio stricti juris sit: eoque ultra verba non extendatur. *l. quicquid astringendæ.* 39. *ff. hoc tit.* tamen ex eo, quod actum est, ipsa interpretationem recipiat; maxime quando aliàs non sortiretur ef-
5 fectum. *l. si stipulatus.* 111. *ff. eod. tit.* Omnes enim contractus, quoad intentionem contrahentium, bonæ fidei sunt, *ut testatur Jason. in §. actionum* 28. *n.* 4. *&* 37. *instr. de actionib. eumq; referens Wesenbecius hic n.* 3.

Subjungit porrò hoc loco Imperator si quis Romæ ita stipuletur: *Hodie Carthagini dare spondes?* inutilem esse stipulationem; quia sit impossibilis. Fieri enim non potest, ut promissor, qui Romæ est, unâ die perveniat Carthaginem: adeoque illa tacitæ voluntatis contrahentium conjecturæ hic locum sibi vendicare nequit. Hæc tamen ipsa stipulatio interdum utilis est: putà si tam stipulator, quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori sive procuratori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem; ac demandarit promissor quidem suo dispensatori, ut daret; stipulator verò suo, ut acciperet. *l. ultim. §. si inter eos.* 4. *ff. hoc t.* Planè generaliter 6
sciendum: diem in stipulatione tacite subintelligi, cùm facti reivè promissæ ea est conditio, ut per rerum naturam præstari nequeat, antequam aliquod tempus prætererit. Itaque si domum vel insulam ædificare quis promittat: non statim adversus ipsum hoc nomine agi potest, quòd domum vel insulam non extruxerit: sed post aliquod temporis intervallum, intra quod insulam conficere & absolvere potuerit. *l. si ita stipulatus essem.* 14. *d. l. interdum.* 73. *& l. si insulam.* 84. *ff. eod.*

Nec his legibus repugnat Ulpianus *in l. stipulationes* 7
non dividuntur. 72. *§. ultim. ff. d. tit.* ubi tradit, in hac ipsa stipulatione, *insulam fieri* non esse expectandum, ut tantum temporis prætereat, quo insula fabricari possit: sed simulatque cœperit mora faciendæ insulæ fieri, agi posse, diemq; obligationis cedere. *Nam respondetur:* utrumque verum esse, nimirum hoc casu agi posse, & agi non posse. Agi non potest intra id tempus, quo fieri potest insula, eo nomine, quòd non sit extructa: nec potest peti id, quod interest, eam esse consummatam & perfectam *d. l.* 14. *& d. l.* 84. *ff. hoc tit.* Ratio ejus evidens est: quia stipulatio, *insulam fieri:* tempus tacitum in se complectitur, quo insula fieri possit. Eo igitur tempore nondum elapso, stipulator eo nomine, quòd insula non sit confecta, adversus promissorem agere nequit. Hanc enim actionem jus, de obligationibus in diem constitutum, impedit: quod vult, ante diei eventum, quod promissum est, peti non posse. *d. §. omnis.* 2. *supr. hoc tit. l. cedere.* 213. *ff. d. verb. significat.* Hoc tamen nomine etiam ante temporis illius decursum, adversus promissorem agi potest, quòd insulam justo tempore non inchoaverit: quia actione petitur id, quod interest, moram non fuisse factam, & insulam fuisse inchoatam. Atq; hoc voluit procul dubio Ulpianus *in prææallegatâ l. stipulationes non dividuntur.* 72. *§. fin. ff. hoc tit. Quæ lex ita videtur esse explicanda ex d. l. continuus.* 137. *§. item qui insulam.* 3. *ff. eodem.*

§. Conditiones, quæ. 6.

Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur: aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius Consul fuit*; vel *si Mævius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

S U M M A R I A.

1 *Conditio propriè quæ sit.*
2 *Conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collatæ obligationem non differunt: ejusque ratio.*
3 *Conditiones pendent ab eventu facti & naturæ.*
4 *Hominum error vel ignorantia veritati officere nequit.*
5 *Futura non solum nobis, sed etiam in rerum natura, sunt incerta.*

DIximus suprà in §. *sub conditione.* 4. *hoc tit.* condi- 1
tionem propriè esse, quæ in casum, sive tempus futurum concipitur. Ea siquidem sola est, quæ differt obligationem, atque suspendit: velut, cùm ita stipulor; *si Mævius Consul factus fuerit, centum dabis?* Igitur conditio, quæ ad præsens (ut, *si Mævius Consul est*) vel præteritum tempus (ut, *si Mævius Consul fuit*) refertur: figurâ tantum & formâ, scilicet per hanc particulam *si*, est conditio: propriè verò & quoad effectum, conditio non est. *l. si ita stipulatus fuero.* 120. *ff. hoc tit. l. cum ad præsens.* 37. *cum duabus. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet.*
Et hoc est, quod ait hic Justinianus: *ejusmodi conditio-* 2
nes aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: id est, propriè conditiones non sunt: quia obligationem non differunt. Ratio, cur conditiones ad præsens

Digitized by Google

ſecus tempus, vel in præteritum, ſecus atque in futurum, collata, obligationem non differant, hæc ab Imperatore hic aſſignatur: quia quæ per rerum naturam ſemper ſunt certa, cujusmodi ſunt facta præterita, aut præſentia: obligationem non morantur, aut differunt, licèt apud nos, &
3 quoad noſtram ſcientiam, incerta ſint. Cur ita? quia conditiones pendent ab eventu facti & naturæ, ipſaque cauſæ certitudine, non à contrahentium inſcitiâ & opinio-
4 ne, *notante Weſenbecio hic num.* 2. In præſentibus igitur vel præteritis rerum natura inſpicitur, non hominum error vel ignorantia: quæ veritati officere, ordinemque naturæ immutare nequit. *l. illicitas.* 6. §. 1. *ff. de offic. præſid.*
5 *l.* 2. §. *ſi à pupillo.* 15. *ff. pro emptore. Vult. hic num.* 2. Aſt in futuris non rerum natura, ſed noſtra inſcitia ſpectatur: imò rerum naturam intueri non poſſumus: quoniam futura, fortuita ſive contingentia non ſolùm nobis, ſed etiam in rerum natura, ſunt incerta. Neque enim, quod futurum eſt, fieri aut evenire neceſſe eſt, cùm poſſit non evenire, ex ſententiâ Ariſtotelis, Chryſippi, & Stoicorum omnium: quam noſtri Juriſconſulti, qui ferè omnes à Stoicis inſtituti ſunt, ſequuntur: *prout docet Cujac. in l. conditio* 100. *ff. hoc tit.* & *Borcholt. hic num.* 3. Proinde conditionem in tempus futurum collatam, propriè conditionem eſſe; ſtipulationemque in futurum conceptam, obligationem non ſtatim perimere: nec etiam ſtatim obligationem facere exiſtere; ſed eam differre, rectè concluditur *d. l. cùm ad præſens.* 37. & *ll. ſeqq. ff. de reb. credit.* & *d. l. ſi ita ſtipulatus.* 120. *ff. hoc tit.*

§. Non ſolùm. 7. & ult.

Non ſolùm res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta: ut ſi ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi ſtipulationibus optimum erit pœnam ſubjicere: ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit actori probare, quod ejus interſit. Itaque ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur: ita adjici pœna debet: *ſi ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes?* Sed ſi quædam fieri, quædam non fieri, unâ eademque conceptione ſtipuletur quis clauſula hujuſmodi erit adjicienda: *Si adverſus ea factum erit, ſive quid ita factum non fuerit: tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes?*

SUMMARIA.

1 *Stipulationum aliæ conſiſtunt in dando, aliæ in faciendo.*
2 *Stipulatio faciendi duplex: in faciendo, & in non faciendo.*
3 *Stipulationes dandi in quo differant à ſtipulationibus faciendi.*
4 *In ſtipulationibus in faciendo pœnam ſubjici, optimum eſt: & quare [illegible].*
5 *Qualiter pœna ſubjici debeat.*
6 *An & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in ſtipulationem deductum eſt, excedere poſſit: an item per pœnalem ſtipulationem præcedens obligatio novetur.*

1 SUpra *initio hujus tituli, & circa explicationem definitionis ſtipulationis. num.* 54. dictum eſt: ſtipulationes conſiſtere vel in dando, vel in faciendo. Idem Juſtinianus Imperator hic repetit: & cùm de iis præcipuè, quæ in dando poſitæ ſunt, hactenus diſputatum ſit: jam earum ſtipulationum, quæ in faciendo conſi-
2 ſtunt, tractatum ſubtexit. Hoc autem ſtipulationis genus, quod in facto conſiſtit, duplex eſt: videlicet aut in faciendo, aut in non faciendo. Verbi gratiâ: *Promittis mihi fodere foſſam, ædificare domum?* &c. *Promitto.* Vel, *promittis, te non facturum, quo-minus mihi per fundum tuum ire agere liceat:* vel, *te non iturum Romam?* &c. *l. ubi autem.* 75. §. *qui id, quod in faciendo.* 7. *ff. hoc titul.*
3 Atque in eo hæ ſtipulationes à ſuperioribus, in dando poſitis, diſcrepant. Affertur & alia inter eaſdem hoc loco differentia: quòd nimirum in ſtipulationibus, in quibus factum [illegible], plerumque [illegible] in ſtipulat[illegible] adjicitur. R[illegible] ſunt; & ideo per ſtipulati[illegible] modo redduntur. *d. l. ubi autem.* [illegible] Si enim factum promiſſum non [illegible] quod intereſt, certa pœna promittitur: [illegible] factum, ſed etiam id quod intereſt, [illegible] ſtat, incertum eſt. *l. quatenus.* 24. *ff.* [illegible] *ff. ſi quis in jus vocatus non ierit,* &c. [illegible] *re hic Juſtiniano*, optimum eſt, omnibus [illegible] tionibus pœnam ſubjicere: quia ſi quid vel [illegible], vel non fieri, adjectâ pœnâ, ſtipulati fuerimus: [illegible] pœna debebitur; etiamſi id factum fuiſſe, vel non fuiſſe factum, nihil noſtrâ interfuerit. In hac ſiquidem ſtipulatione tantùm quantitas ſtipulationis, non autem id, quod intereſt, ſpectatur. Neque verò timendum eſt: ne pœna probari non poſſit. Etenim ſi de ipſâ ſtipulatione conſtiterit: utique etiam de pœna huic ſtipulationi infertâ conſtabit. Quibus porrò formulis ſtipulationes pœnales 5
concipiendæ ſint, Imperator *in hoc* [illegible] exemplis quibusdam propoſitis, quæ proprio quiſque Marte intelligere poteſt, demonſtrat. Illud tamen non prætereundum: pœnam ſemper debere apponi ſub conditione contrariâ huic, quod in ſtipulationem deductum eſt. Itaque ſi ſtipuleris, *quid fieri*: pœnalis ſtipulatio ſubſequens ſub contrariâ conditione, *ſi factum non fuerit*, concipienda eſt. Et vice verſa, ſi ſtipuleris, *quid non fieri*: pœnalis ſtipulatio ſub conditione, *ſi hoc factum fuerit*, ſubnecti debet: ut haud difficulter colligere licet ex hoc textu noſtro, & *l. cùm quid.* 71. & *l. continuus.* 137. §. *penult. ff. hoc tit.* Cæterùm an & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in ſtipulationem deductum eſt, excedere poſſit? an item per pœnalem ſtipulationem præcedens obligatio novetur? latè & diverſimodè *poſt alios à ſe citatos*, exponunt *Fachinæus l.* 1. *controverſiar. jur. cap.* 5. *Gæddæus in Commentar. de contrah. & commit. ſtipulat. cap.* 5. *concluſ.* 7. *num.* 55. *cum ſeqq. Bachovius ibi. n.* 2. *pag.* 754. & *Hunnius lib.* 3. *variar. reſol. jur. civ. tract.* 4. *quæſt.* 8. & 9. Sanè quòd pœna illius duplum excedere poſſit, breviter probatur: tùm quia nullibi hoc eſt prohibitum: tum quia pactum illud non eſt contra bonos mores: tum quia *in l. unica. C. de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt, profer.* pœna conventionalis legati in eo opponitur, quod hujus certus modus ſit, illius non item: tum poſtremò, quia ſtipulator jus exinde quæſitum habet, quod ipſi auferri non debet. *l. id, quod noſtrum.* 11. *ff. de reg. jur. Juſtus Sinolt. alias Schütz exercit. juris diſput.* 14. *th.* 12. *lit. d. pag.* 217.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

TITULUS XVII.

Principium Tituli.

Et ſtipulandi & promittendi duo pluresvè rei fieri poſſunt. Stipulandi ita, ſi poſt omnium interrogationem promiſſor reſpondeat, *ſpondeo*: utputà, cùm duobus ſeparatim ſtipulantibus ita promiſſor reſpondeat: *utri ue veſtrum dare ſpondeo.* Nam ſi prius Titio ſpoponderit, deinde alii interroganti ſpondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei ſtipulandi eſſe. Duo pluresvè rei promittendi ita fiunt. *Mævi decem aureos dare ſpondes? & Sei, eoſdem decem aureos dare ſpondes?* ſi reſpondeant ſinguli ſeparatim, *ſpondeo.*

Digitized by Google

Illud enim nihil aliud arguit quàm, *me, ut jam tum spopondi, ita spondere adhuc*, testatum facio hac manu meâ seu instrumento. Et in hanc sententiam, *post Zasium, Jasonem, Bald. Corasium, & Cujac.* inclinant Gœdd. *d. c. 3. num.* 194. *Borcholt. d. Comment. de verb. obligat. c.* 1. *num.* 35. Hunnius *lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 4. *quæst.*4. Ungepaur. *d. exercit. Justin.*11. *quæst* .4. *pag.* 407. *cum seqq. edit. ult.* & D. Bocerus *hic n.* 20. *p.* 225.

48 Ulterius non obloquitur *l. non figurâ.* 38. *ff. de oblig. & act.* ubi Paulus, *Non figurâ*, inquit, *literarum, sed oratione, quam exprimunt literæ, obligamur, quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus linguâ figuratis significaretur.* Quandoquidem lex illa generalis est: nec in specie ac nominatim de stipulatione loquitur. & hoc solummodo innuit, quòd conventiones non minùs inter absentes per epistolam, quàm ore & verbis inter præsentes, celebrari possint. Quod uti verissimè dicitur de illis contractibus, qui ad sui perfectionem & substantiam non requirunt præsentiam aut verba: ita ad stipulationem, cujus essentia & forma in
49 verbis, ore prolatis, consistit, extendi minime debet. Indubitata quippe regula juris est: semper generi per speciem derogari. *l. in toto jure.*8. *ff. de reg. jur. Hunnius d. loco. Vide Locamerum quæst. juridic. fascic.* 35. *quæst.* 7.

50 Hoc ampliùs non obstat *l. sufficit.* 4. *ff. de sponsalibus.* in cujus fine Ulpianus docet, inter absentes sponsalia fieri posse. Sponsalia autem dicta sunt à spondendo: cùm moris fuerit veteribus, stipulari, & spondere sibi uxores futuras. *l.*2. *ff. eod. tit.* Nam breviter respondetur: quòd sponsalia duobus conficiantur modis: per stipulationem, & nudo consensu. *d. l.*4. *in princ. ff. de sponsalib.* per stipulationem, inter præsentes: nudo consensu, ut per epistolam, aut per nuncium, inter absentes. *l. fin. ff. d. tit. Cujac. in l.* 1. *ff. hoc t. Borcholt. d. cap.*1. *n.* 36. *& seqq.*

51 Adduntur in definitione stipulationis hæc verba *interrogatione præcedente, eamque responsione congruâ in continenti subsequente. ex l.* 1. §. 1. §.2. §.3. §. *ult. vers. dummodo congruenter respondeatur. l. inter stipulantem.* 83. §. *si stipulante.*2. *& l. continuus.*137. *ff. hoc tit. l. obligamur.* 52. §. *verbis.*2. *ff. de obligat. & actis.* §. *præterea.*5. *infr. de inutilibus stipulationib.* Nisi enim interrogatio responsioni insit & congruat, ac vice versa: aut manifestus apparet dissensus, aut vitiatur ac corrumpitur forma stipulationis: cùm non sit eadem, sed diversa verborum conceptio. Imò nisi apta sit responsio & consentanea interrogationi, ac vice versa: non potest responsio videri. Nam ut quis congruenter ad interrogata respondisse intelligatur, duo sunt spectanda: res & sententia. Etenim qui & re & sententia idem respondet: is tandem convenienter & congrue respondisse censetur: non qui alterutro tantum. *d. l.*1. §. *si quis ita.*2. §. 3. & §. *fin. vers. dummodo. ff. hoc tit. d.* §. *præterea.* 5. *infr. de inutilibus stipulat.* Idque explicatiùs pertractant. *Anton. Gomez. tom.* 2. *variar. resolut. jur. civ. cap.* 9. *num.* 4. *Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol.* 2. *Disputat.*27. *th.*1. *lit.* F. & G. *pag.*202. *ibique Hunnius in suis resolut. quæst.*8. & 9. *pag.*58. *cum seqq. D. Gœddeus d. Comment. de contrah. & commit. stipulat. c.*4.
52 *conclusione* 3. *n.* 24. *& seqq.* Cæterùm illa definitionis verba, *in continenti*, evidenter arguunt: continuam interrogationem & responsionem ad stipulationis essentiam sive substantiam requiri. *d. l.* 1. §. 1. *ubi Jason. Alexand. Alciat. & alii. d. l. continuus.* 237. *in princ. ff. hoc tit.* Id quod non Physicorum more à puncto ad punctum, sed moraliter & civiliter intelligendum: ita nimirum, ut momentum aliquod naturæ intercedat. *d. l. continuus.* 137. *in princ. ibiq; Zasius & Duarenus. ff. eod. Hackelmann. illustr. quæst. disputat.* 22. *th.* 4. *lit. a. Matth. Stephani cent.* 3. *sub quæst.* 38. Itaque si longius intervallum, quod aut actum conceptionis dividat, aut dissensum arguat; vel peregrinum negotium inter interrogationem & responsionem intervenerit: continua illa verborum conceptio impeditur. *d. l.*1. §.1. *d. l. continuus.*137. *vers. cæterùm si post. ff. hoc tit. l. duos.* 6. §. *ult. vers. modicum tamen intervallum, &c. & l. si ex duobus.* 12. *in princ. vers.*
53 *cùm actor. ff. de duobus reis constituend.* Porrò quodnam sit negotium peregrinum, vel quis actus extraneus: in facto magis, quàm jure consistit: ac proinde arbitrio judicantis permittitur. *l.* 1. §. 4. *ff. ad SC. Turpilian. Jacobus Menoch. de arbitr. judic. quæst. in præfat. quem refert Gœddeus. d. cap.* 4. *conclus.* 2. *n.* 22.

An verò is, qui alterâ die, nullo actu extraneo interveniente respondit, in continenti sive continuò respondisse censeatur, discrepantes sunt Interpretum sententiæ? 54
Non enim desunt, qui affirmativè concludunt, *Bernhardus Walther. lib.* 2. *Miscellan. cap.* 21. *& Hackelman. d. d. Disput.* 22. *th.* 4. *ad lit.* G. *Castrensem secuti.* At communis, eaque vera (utut & eam oppugnare nitatur Alciatus *lib.* 1. *paradox. cap.* 3. *& in d. l.*1. §. *num.*17. *& seqq. ff. hoc tit.*) opinio est: id tantum, quòd eodem die fit, in continenti fieri videri: & modicum esse intervallum, si manè interrogem, tu serò, eodem die, non altero, vel tertio, respondeas: dummodo neuter nostrûm ad aliud negotium diverterit, vel neuter ab altero discesserit: aut si discesserit, id tamen fecerit animo mox redeundi, ut expediat ac perficiat negotium. *d. l.* 1. §. 1. *ibique Bartol. Raphael Cumensis, Jason, & cæteri. d. l. continuus.*137. *in princ. ibi, quamvis eadem die spopondisset. ff. hoc titul. d. l. duos.* 6. §. *ult. & d. l. si ex duobus.* 12. *in princ. ff. de duobus reis constituend.* Eodem confert non parùm. §. *item verborum.* 11. *circa finem. infr. de inutilib. stipulat. & l. penult. in fin. C. de contrah. & committ. stipulat.* ubi Justinianus constituit: si in instrumento aliquo scriptum sit, *spopondisse*: censeri omnia solenniter & in continenti facta: nisi doceatur; eâ die alterum eo loco non adfuisse: quippe, quòd tum in continenti vel respondisse, vel interrogasse videri non possint. Et his rationibus motus hanc quoque sententiam amplectitur. *D. Gœdd. d. Comment. de contrah. & com. stipul. c.* 4. *conclusion.* 2. *n.* 15. *&* 17. *item Paulus Berens Disputat.* 10. *ad institut. them.* 1. *quæst.* 4.

Cui non obstat *d. l. si ex duobus* 12. *ff. de duobus reis* 55
constit. cujus ex principio dissentientes colligunt: quòd posterâ die facta responsio subsistat inter eos, qui ad aliud negotium non discesserunt: adeòque textum istum non modò non confirmare communem opinionem, sed etiam infirmare. *Nam* nequaquam hoc rectè ex isto textu colligitur. Alioquin enim ipsemet Venulejus JC. sibi in eodem de stipulatione tractatu contradiceret, nempe *in d. l. continuus.* 137. *in princ. vers. cæterùm ff. hoc tit.* ubi Venulejus ideo negat valere stipulationem, tametsi eadem die responsum esset; quia contrahentes transiissent ad alia negotia. Ergò (argumento à contrario sensu sumpto) si aliud negotium alter eorum non accepisset, stipulatio eadem die (non item, posterâ die) celebrata valuisset. Præterea *in d. l. si ex duobus.* 12. *vers. cùm act.* non proponitur pars decisionis, sed ratio decisionis, *in vers. ac ne oblig.* præmissæ, ac si dixisset Venulejus: hoc modo non solum non fieri duos reos debendi, sed nec alterâ die respondentem ex stipulatione istâ obligari: cùm ne quidem tum obligatus fuisset, si, cùm actor aut promissor ad aliud negotium se contulisset, eoque peracto, eâdem licèt die, respondisset: nedum si die posterâ. Quis enim non intelligit, conceptionem hanc interrogationis ac responsionis in plures actus dividi, si hodie liceat interrogare, cras verò, vel post biduum respondere? quamvis utrique interim dormitemus, vel cogitabundi coràm mutuò nos intueamur? *Ita eleganter hoc explicat Gœddeus. d. cap.* 4. *n.* 18. *ubi & aliis Adversariorum argumentis abundè satisfacit.* Adde Bachovium *in dictis not. ad Treutler. vol.* 2. *disputat.* 27. *th.* 1. *lit.* H. *pag.* 806. & ibidem Hunnium *in suis resolut. quæst.* 13. *p.* 69.

Postremò in stipulationis definitione subjiciuntur hæc verba: *ad aliquid dandum, vel faciendum, hoc princ. nostro. vers. cum quid dari fierivè, &c. l. stipulationum.* §. 56
§. 1. *ff. hoc tit.* Quibus ex verbis una, eaque præcipua, stipulationum divisio, à materiâ petita, cognoscitur: quæ duplex est, res & factum: res dari dicitur, factum fieri. Ideoque stipulatio scitè ita dividitur: ut omnis consistat vel in dando vel in faciendo. In dando consistit stipulatio, cùm stipulor, mihi dari centum, vel Stichum, equum, bovem, librum, &c. In faciendo, cùm stipulor, mihi ædificari Insulam, vel domum, &c. De stipulatione in dando igitur infrà

Digitized by Google

infrà in §. omnis. 2. & seqq. usque ad §. ult. in quo de sti-
pulatione in faciendo tractatur. Et hæc stipulationis di-
visio proponitur etiam in l. 2. ubi Donell. Mornac, &
reliqui Interpretes. & l. stipulationes non dividuntur. 72.
ff. hoc tit. l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis omissa caus.
57 testamenti, &c. & l. sancimus. 24. C. de nuptiis. Quam-
vis autem stipulatio quoque mixta, quæ in dando simul
& faciendo consistit, reperiatur. l. cùm servus. 82. §. 1.
ff. de condit. & demonstrat. l. veteris. 13. C. de contrah.
& committ. stipulation. haud tamen propterea divisio ist-
58 hæc imperfecta censetur: cùm sub duobus simplicibus
expressis casum etiam mixtum comprehendi in confesso
sit; ut, post Accursium & Bartol. a se allegatos, tradit Pe-
trus Nicol. Mozzius in tract. de stipulat. tit. de divis. sti-
pulationum. n. 7. & 8. pag. mihi 248.
59 Etsi porrò ex stipulatione dandi præcisè quispiam ad
dandum, hoc est, dominium transferendum, regulari-
ter obligatur. l. ubi autem. 75. §. ult. ff. hoc tit. l. si ita. 25.
§. 1. de contrah. empt. l. non videntur. 176. ff. de reg. jur.
& ibi Petrus Faber n. 45. Jason. in d. l. stipulationes non
dividuntur. 70. n. 22. & seq. ff. hoc tit. ex faciendi ta-
men stipulatione non item: sed is, qui factum promisit,
præstatione ejus quod stipulatoris interest, factum esse,
liberatur. Hæcque sententia quantumvis eam, post alios,
acriter impugnent Pinelus ad l. 1. part. 3. num. 25 C. de
bon. matern. Coras. lib. 2. Miscellan. jur. civ. cap. 3. Cu-
jacius ad d. l. 2. §. item si in facto. ff. hoc tit. Clud. de se-
questrat. c. 5. num. 16. in fine. Borcholt. in Comment. de
verbor. obligat. cap. 2. num. 99. & Bronchorst. cent. 2.
ἐναντιοφ. assert. 89. edit. 1.) dilucide probatur ex d.
l. stipulationes non dividuntur. 72. in princip. vers. Celsus
tamen. l. si pœnam. 68. l. quotiens 81. in princip. l. si in-
sulam. 84. l. si quis stipulatus. 112. §. fin. & l. si fundum.
114. ff. hoc tit. item l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re
judicat. & l. 1. in princ. ff. de actionibus empti. Et quan-
quam dissentientes ad hos, & similes textus responde-
ant: ipsum quidem reum conveniri posse in id, quod
actoris interest: alt in actoris arbitrio esse, utrum velit,
60 factum, an interesse sibi præstari: cum utrumque sit in
stipulatione, interesse & factum: ratio tamen & regula
juris istam opinionem planè respuit: siquidem in omni
obligatione alternativa, non stipulatoris, non credito-
ris, non actoris; sed promissoris, sed debitoris, sed rei
electio est, utrum præstare velit. l. plerunque 10. in fin.
ff. de jur. dot. l. 2. §. Scævola. 3. ff. de eo, quod certo loco.
l. penult. C. de condict. indebit. Idque fusius, post alios,
explicant Duarenus & Donellus ad d. l. stipulationes non
dividuntur. 72. ff. hoc tit. Geddeus in Comment. de con-
trah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 4. num. 30. cum
multis seqq. Schröter. d. decad. 7. quæst. 9. Vand. libr. 2.
quæst. 14. & novissimè Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur.
civ. tract. 4. quæst. 13. & in dict. resolut. ad Treutler vol. 2.
disputat. 27. th. 1. quæst. 14. pag. 70. cum seqq. & ibidem
Bachovius in suis not. ad lit. L. pag. 810. & seq. item ad th.
3. lit. B. & D. pag. 834. & seqq.
61 Huic sententiæ primò non adversatur, quod nulla bo-
na diversitatis ratio afferri possit, cur aliud in faciendi,
quàm dandi stipulatione seu obligatione observari debeat.
Optima namque diversitatis ratio est: quòd, si præ-
cisè ad faciendum homines liberi cogerentur; non pa-
rùm inciviliter eorum libertas violari videretur, & quan-
dam servitutis speciem pati impellerentur; contra quam
libertas definita est, in §. 1. supr. de jure personar. Cogi
verò homines liberos dare pecuniam, neque servile, ne-
que incivile est: cùm corpori libero hoc non incumbat,
sicuti opus manu suâ facere, sed plerunque liberalitatis
sit & officii, homine libero digni, & laudabilis, auctore
Duareno ad d. l. si quis ab alio. 13. in fin. ff. de re judic.
Sed & differentiæ ratio illa reddi solet: quod in obliga-
tione dandi, neque expresse, neque tacitè, aliud volun-
tate & intentione contrahentium inest, quam solum id,
quod dari debet: nec aliud etiam est in petitione. l. vinum.
22. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. penult. & l. ult. ff. de
condict. triticiar. l. si pro fure 7. §. condictio. 2. & l. si
servus. 14. §. bove. 2. & §. seq. ff. de condict. furt. l. 1.
ibiq; glos. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, &c.

At si quid fieri convenit: non solum juris interpretatio-
ne, sed tacitâ etiam contrahentium voluntate inest obliga-
tio ad id, quod interest: quippe factum inest stipulationi
expressè, in id tantum, ut si intra legitimum tempus ex-
hibeatur, solutum censeatur illud, quod promissum est, ne
stipulatio in id quod interest fieri, committatur: sin mi-
nus, commissa censeatur stipulatio, ut æstimatio facti
solvatur: quia hanc potius solvere reus elegerit. d. l. si pœ-
nam. 68. d. l. quotiens. 81. d. l. si insulam. 84. d. l. si fun-
dum. 114. l. si ita quis. 135. §. Seja. 2. in fin. vers. nec
mulieris quicquam. & §. ea lege. 3. in fin. ff. hoc tit. d. l. 1.
& l. ex empto. 11. §. idem ait. 9. ff. de actionibus empti.
Idque latius discutit, D. Geddeus d. c. 9. conclus. 4. n. 50.
& tribus seqq.
Secundò non adversatur l. fideicommissa. 11. §. ult. ff. 62
de legat. 3. ubi traditur: heredem, qui jussus erat opus
suo sumptu facere; veluti, curiam ædificare, vel ludos
publicos facere, si paratus sit pecuniam Reipublicæ dare,
ut ipsa faciat, non esse audiendum: cum testator per ip-
sum heredem hoc opus fieri voluerit. Quòd si is, qui
alterius, nempe testantis voluntate ad factum obligatus
est, tam præcisè ad præstationem facti tenetur: quantò
magis is, qui suo se ore proprio ad factum obligavit, hoc
præstare cogendus erit, argum. §. versa vice. 20. infr. de
inutilib. stipulat. l. 3. §. heres 3. ff. commodati. Lex, inquam,
illa non adversatur. Quia cùm illic Ulpianus Juriscon-
sultus fateatur, specialiter à Divo Marco rescriptum esse,
ut non liberetur heres offerendo pecuniam, qui opus
Reipublic. facere jussus est: utique simul fatetur regu-
lam esse in partem contrariam: nec in omni facto debi-
to, etiam ex testamento, ita comparatum esse. Quid
enim opus fuisset speciali Divi Marci constitutione, in
qua fundamentum decisionis suæ collocaret Ulpianus,
si regula esset, factum præcisè præstandum esse? Deinde
heredi vel legatario, ne indigni videantur honore, quo
affecti sunt, incumbit in specifica formâ adimplere vo-
luntatem testatoris: cùm nihil magis debeatur homini-
bus, quàm ut supremæ eorum voluntates, tanquam lex
alia, postquam jam aliud velle non possunt, exitum
sortiantur. l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Novell. 22. c. 2.
Tertiò non adversatur l. hereditatem. 28. ff. de dona- 63
tionibus, ubi filia, cui pater hereditatem sibi relictam do-
navit, tenetur legis inductione creditoribus hereditariis
satisfacere: & ad id cogitur per actionem præscriptis ver-
bis. Cogetur ergo multò magis, si ipsamet factum pro-
misisset. Potentior quippe est obligatio hominis, expres- 64
sis verbis ab ipso constituta: quam tacite a lege introdu-
cta: cum expressa hominis provisio faciat cessare provi-
sionem legis: non verò contra. l. 3. ubi Dd. ff. de rebus
credit. si cert. pet. l. fin. C. de pact. inter emptor. & vendit.
l. unic. §. in primo. 3. & §. sed C. de caduc. tollend. E-
berhard. a Middelburg. in loco legali. 27. ab expresso ad ta-
citum. n. 20. & seq. Non, inquam, lex ista adversatur. Pa- 65
ter enim, qui hereditatem illam sibi delatam, & a se adi-
tam, filiæ donavit; unà cum suo onere & emolumento
donasse intelligitur, quia id omne hereditatis appellatio-
ne continetur: cum juris sit nomen, sine dubio etiam dam-
nosam hereditatem significans, l. nihil est aliud. 24. &
l. hereditatis. 119. ff. de verb. significat. l. hereditas. 62. ff.
de reg. jur. Quin & patris donatoris personam hac in par-
te filia donataria sustinet: qui & ipse satisfacere, hoc est,
solvere, & se obligationibus liberare hereditariis tenere-
tur. d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. signific. l. heredem.
59. & l. omnia verè. 192. ff. de reg. jur. l. 1. & tot. tit. C.
de hereditar. actionib. Præterea satisfacere creditoribus, 66
non est nudum factum, sed jus continet, & necessitatem
solvendi pecuniam habet. l. liberationis. 47. ff. de verb.
significat. l. si se non obtulit. 4. §. aut prætor. 3. ff. de judi-
cat. Solvet autem heres pro natura cujusque obligatio-
nis. d. l. liberationis. 47. ff. de verb. signific. §. 1. infr. quibus
mod. tollit. obligat. l. prout quidque. 80. ff. de solutionibus.
Adhæc satisfactio, si sponte à creditoribus vice solutionis
admittatur: pro solutione reputata pro pecunia est. l. satisfact.
52. ff. de solut. d. l. 4. §. 3. ff. de re judic. Non igitur sequitur:
hæres, qui hereditatem adiit, vel cui ille eam cessit dona-
vitque, juris auctoritate tenetur hereditariis creditoribus

satis-

Digitized by Google

satisfacere, hoc est, solvere, & illud præstare, quod defunctus daresfacere obligatus fuisset: ergò tenetur etiam præcise facere, qui factum ipsemet promisit. *Quia* aut de tali facto, putà satisfactione, hoc exaudiatur, quod nudum non est, sed pecuniæ præstationem habet; aut quòd eodem modo, quo defunctus, satisfacere teneatur. Atqui defunctus mera facta præcise præstare non esset cogendus, si foret superstes. Ergo nec heres, nec cui heres cessit hereditatem præcisè cogetur. *l. 2. §. ex his. 2. vers. non enim ex persona. ff. hoc tit.* Et ita illud declarat Gœddeus *d. Comment. de contrah. & commit. stipul. c. 9. conclus. 4. num. 56. cum seqq.* quem sequitur (ejus tamen nomine suppresso) Hunnius *prædicto libr. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 4. quæst. 13. pag.* 1009.

67 Quartò non adversatur, quòd illud solùm, quod promissum est, præstari debeat, atque in obligatione contineatur. *l. quidquid adstringendæ. 99. ff. hoc tit.* cùm aliud pro alio, invito creditori solvi non possit. *l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* At stipulatione faciendi factum solum promissum fuit, non item interesse. Proinde factum, & non interesse in obligatione versatur, & præstari debet. Hoc, *inquam*, non adversatur. Quia etsi factum ab initio solum, si verba spectentur, in stipulatione ac promissione versabatur; nec ideo liceat, aliud factum pro alio, invito præstare: tacitè tamen, & sententià contrahentium continebatur etiam id, quod interest, ita ut in conditione stipulationis committendæ esset factum; in commissa verò solum id, quod interest. *l. ult. ff. si quis in jus vocat. non ierit. d. l. si pœnam. 68. d. l. stipulationes. 72. & d. l. quotiens. 81. ff. hoc tit. cum similibus.* Itaque non potest videri hic aliud peti vel solvi, quàm debetur. *Gædd. d. c. 9 num. 58. in fine. latius Donell. ad d. l. 26. n. 26. & seqq.*

68 Quintò non adversatur, quòd multum intersit, factum à quo alio, an verò ab ipso promissore impleatur: cum inter artifices longa sit differentia. *l. inter artifices. 31. ff. de solutionibus. l. nemo est. 5. ff. de duobus reis constituend.* Ideoque stipulatori facti non intelligetur satisfactum, quando non factum ipsum, quod stipulatus erat, sed ejus loco pecunia fuerit soluta, qui ab alio factum istud sibi fieri curet. Id, *inquam*, non adversatur. Siquidem non est quæstio; utrum factum, quod promiseras, ipse præstare debeas, nec per alium possis: sed an præcise tenearis ad faciendum. Versatur itaque extra propositum hoc argumentum, nec scopum quæstionis attingit. *docente Hunnio d. quæst. 13. vers. ad decimum respondetur, &c. pag.* 1009.

69 Sextò non adversatur, quòd moram & frustrationem non facientis impunitam esse non oporteat: nihilque illa commodi adferre debeat moratori sive reo: ne ex morà & delicto suo commodum aliquod sentiat. *l. in fideicommissi. 3. §. fin. ff. de usur. l. itaq. 12. §. 1. l. eum, qui, 14. §. is autem. 3. ff. de furtis.* Atqui in proposito, si promissor facti non teneretur ad faciendum, sed præstatione ejus, quod interest, liberaretur; consequens foret delictum seu moram promissoris hactenus ei prodesse, ut cum prius ad factum præcisè obligatus fuerit, nunc non sit ad faciendum obligatus, sed liberetur præstatio-
70 ne ejus, quod interest. Hoc non adversatur, *inquam*. Quamvis enim mora cuivis nocere debeat: haud tamen ultra id, quod in obligatione est, nocere potest: cùm obligationem tantum perpetuet, & ad ea pertineat, quæ in obligatione versantur. Postquam autem factum non est, quod fieri promissum est: ex prædictis patet, factum non amplius in obligatione esse, sed interesse: ac proinde moram à debitore factam efficere neutiquam posse, ut is præcisè ad faciendum teneatur. *Hunn. dicto loco.*

71 Septimo non adversatur, quòd in promissoris ac debitoris arbitrio esse non debet, utrum & quomodo obligatus esse velit, *arg. tot. l. sub hac conditione. 8. ff. de act. & obligat. l. continuus. 46 in fin. & l. à Titio. 108. §. ultim. ff. hoc tit.* Jam verò, si electio daretur reo, utrum factum, an id, quod interest, præstare malit: tum esset in ejus arbitrio, an deberet, & quomodo deberet id, quod promisit, nempe factum. Non, *inquam*, illud adversatur. Tum quia consequentia huic argumento nulla inest: cùm factum non ampliùs sit in obligatione, *ut paulò ante dictum.* Tum quia quod traditur; in arbitrio debitoris non oportere situm esse, utrùm & quomodo obligatus esse velit: id verum quidem est, si de initio obligationis, ejusque statu constituendo quæratur. *d. l. à Titio. 108. in fin. ff. hoc tit. cum similibus modò adductis.* At prohibitum non est, ejus arbitrio committere tacite vel exprefsè, utrùm ex iis, quæ in stipulationem constitutam deducta sunt, solvere malit, nec-ne: cùm in alternativis non utrumque simul, sed alterutrum debeatur; ut nec omnes generis promissi species debentur; sed una, vel altera, prout elegerit ille, cui vel lege contractûs, vel juris auctoritate electio data est. *l. plerunq; 10. in fin. ff. de jur. dot. §. si generalit. 2. supr. de legatis. l. si stipul. 76. l. si quis stipulatus. 112. & l. fin. in princip. ff. hoc tit. l. qui hominem. 34. in princip. ff. de solutionib. l. penult. C. de condict. indebit. c. in alternativ. 70. ubi Dynus & Petrus Peckius de reg. jur. in 6. Idq; pleniùs persequitur Gædd. d. c. 9. n. 58. pag. 991. & seq. edit. 2.*

Octavò non adversatur *l. actionum. 25. in princ. vers. personam. ff. de obligat. & actionib.* ubi diserte Ulpianus respondit: personali actione nos agere cum eo, qui nobis obligatus est ad faciendum aliquid. Atqui aliunde ad faciendum agi non potest, quàm ex stipulatione faciendi. Ideoque præcisè ad factum tenetur, qui factum promisit. Lex, *inquam*, ista non adversatur. Quoniam non sequitur: agitur cum eo, qui ad faciendum obligatus est: ergo præcise ad faciendum agitur: cum etiam ad interesse agi possit cum eo, qui ad faciendum obligatus fuit. *Deinde* eo tempore, quo actio instituitur, & in judicium deducitur, factum in obligatione & præstatione est: sed postquam lis contestata est, desinit factum in obligatione & præstatione esse, & loco ipsius interesse sive pecunia debetur. *d. l. si insulam. 84. & similibus. ff. h. t. Hunn. d. q. 13. vers. ad quartum facilis, &c. p.* 1008. 72

Nonò non adversatur *l. obligationum. 3. ff. de obligat. & actionib.* cujus in principio Paulus exprefsè ait: obligationum substantiam non in eo consistere, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. *Licèt* enim faciendi stipulatione quispiam ad factum obligetur: inde tamen non consequitur, quòd etiam ad factum agi possit, ita ut in factum promissor condemnetur. Quatenus præterea quisque ad factum obligetur, & quatenus ad interesse, jam exploratum est. Etenim quòd reverà ad interesse obligatus sit facti promissor, ex eo manifestum evadit, quod in stipulationem venire dicitur id, quod interest, *d. l. si quis stipulatus. 112. §. 1. ff. hoc tit.* item stipulatione contineri id, quod interest. *d. l. quotiens. 81. in princip. ff. eod.* quodque ex faciendi stipulatione promissor in interesse, & non in factum condemnari dicitur. *d. l. si quis ab alio. 13. in fin. ff. de re judicat.* At quisque ad id obligatus censetur, quod in stipulationem venit, quod stipulatione continetur, & in quod ex stipulatione condemnatur. *Hunn. loco supra notato.* 73

Decimò non adversatur *l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.* ubi is, qui rem restituere tenetur, præcisè restituere cogitur, si modò ejus rei restituendæ facultatem habeat: sic ut si non restituat, ei res manu militari auferatur. Restituere autem aliquid, factum denotat. *l. prætor ait. 20. in princip. & §. ait prætor. 3. ff. de operis novi nunciat. l. cum prætor. 81. ff. de verb. signif.* Non, *inquam*, lex illa 68. adversatur. *Tum* quia in ea agitur de rei vindicatione, quæ in rem est, non in personam: nec obligationem, sed jus in re præsupponit. *§. 1. infr. de actionib.* ut ita à nostræ quæstionis scopo planè aliena existimetur. *Tum* quia magna diversitatis ratio subest. Nisi enim per rei vindicationem cogeretur reus omnino & præcisè rem restituere: res omnium indignissima induceretur: siquidem res suo domino auferretur, ut apud prædonem maneret. Atqui malitiis ejusmodi minimè indulgendum est. *l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat.* Neque verò, cùm Magistratus, aut Judex rem auferet possessori, & domino restituet; periculum est, 74 75

ne

Digitized by Google

ne videatur facere, quòd ei jure non licet. Hæc quippe translatio nihil juris in dominum transfert; ut quis dicat, non potuisse id jus ab eo transferri, qui ipse non habuit: sed transfert solum detentionem, itaque, ut qui prius rem non tenebat, nunc teneat. Et tametsi hæc executio in privato vis, & injuria est: in Magistratu tamen, officium suum exequente, jus est, quoniam vim infert jure honoris, & potestatis, quam sustinet. *l. continet* 3. § 1. *ff. de eo, quod met. caus. gest. erit.* Nihil simile reperitur in actionibus in personam, quibus agitur adversus eos, qui nobis obligati sunt. In his namque agitur de re aliena, id est, ea, quæ debitoris est, non actoris: alioqui frustra intenderet actor, sibi dari oportere. §. *si itaq. dig. vetis.* 14. *instr. de act.* Adde, quòd in proposita quæstione, commissâ stipulatione, non petitur factum, nec id in condemnationem deducitur; sed id, quod interest, dare facere, & petitur & condemnatur. Cæterùm quod attinet ad restitutionem ejus operis, quod adversus nunciationem factum est, non mirum, si Prætor id jubet destrui, idque ipsum exequitur extra ordinem. Nam illud pertinet ad vindicandam auctoritatem & imperium Magistratûs. Constat enim, quod adversus nunciationem factum est, contra interdictum prætoris factum videri, ut scribit Ulpianus *in d.l. prætor ait.* 20 §. 1. *ff. de operis novi nunciat.* & notat Donellus ad *d. l. stipulationes non dividuntur.* 72. *n* 49 *ff. h. tit.*

76 Undecimò non adversatur *l. [illegible] per imo.* 35. §. *ultim. ff. de procurat.* ubi Jurisconsultus [illegible] procuratorem, qui promisit defendere, [illegible] compelli judicium accipere, nec sufficere stipulationem committi. *Tum* quia procurator illic nihil promisit. Nos autem hoc loco de faciendi obligationibus [illegible] quia non cogitur procurator, ne in hac quidem [illegible], præcise dominum defendere. Nam pœna non defendentis procuratoris hæc tantùm est, ut ei denegetur actio, *auctore Paulo in l. mutus.* 43. *ff. eod.* ut proinde consequens sit, illum non agendo evitare necessitatem defensionis. *Donell. dicto n.* 49. *pag.* 178.

77 Duodecimò non adversatur, quòd maritus & uxor cogi possint simul cohabitare, nec præstando interesse liberentur, *per notata Panormitani in c.* 1 *in ultim. notab. num.* 6. *ext. de sponsalib.* cùm tamen cohabitare factum sit, ac quidem merum factum, sicuti fossam fodere, insulam ædificare, Romam ire, &c. *Etenim* natura matrimonii suadet, jus & conventio postulant, honestas jubet, publicaque utilitas dictat & præcipit: ut is, qui stipulatione matrimonium spopondit, præcisè ad illud ineundum & consummandum compellatur. Neq; tale factum est, quòd æstimationem recipiat, ullo modo in commercium veniat. Quis enim maritale obsequium ære honestè venderet, aut æstimaret? Dispar ergo ratio cohabitationis est, & cæterorum factorum. *D. Gæddæus prædicto c.* 9. *num.* 63.

78 Decimo tertiò & ultimò non adversatur *l. final. C. de novationib.* ubi cautum est, ut nulla hodie novatio fiat, nisi hoc disertè agatur à contrahentibus. Jam verò si facti promissor moram faciens, non ad factum præcisè, sed ad id, quod interest, tantùm esset obligatio, & ita obligatio dandi succederet in vicem obligationis faciendi, citra expressam conventionem, aliqua adhuc hodie novatio fieret, de qua nihil nominatim actum. Quòd cùm dictæ l. finali repugnet, ne cogitandum quidem est. Non, *inquam*, lex illa adversatur. Quandoquidem commissâ faciendi stipulatione, non fit propriè, sed quasi novatio. *l. obligationum ferè.* 44. *in fine. ff. de obligat. & actionib.* sicuti etiam per eventum conditionis non novatur id, quod erat in conditione, sed revera nunc quid debeatur, ostendit. Atqui *in d. l. fin. C. de novation.* tractatur de veris novationibus, & de iis actibus, in quibus veteres novationem factam esse, diversimodè interpretabantur.

79 *Gædd. d. c.* 9. *num.* 69. Porrò an & quatenus ille, qui tradere promisit, ad tradendum teneatur, cognosci poterit ex iis, quæ annotavimus *ad principium tit. infr. de empt. & vendit. num.* 32. *& seqq.* Quid item, & quotuplex sit stipulatio dandi vel faciendi dividua, & individua, post Carolum Molinæum, *in extricat. labyrinth. divid. & individ.* aliosque nonnullos, latè & accuratè explicat Frantzkius *exercit. jurid.* 10. *quæst.* 4. & 5. *p.* 300. & *seqq.*

80 Verborum obligationem ex stipulatione, tanquam effectum ex sua causa, scaturire & enasci tralatitium est, *hoc principio nostro. ibique Dd. l.* 1. §. 3. *ff. de stipulat. servor.* Sed an verborum obligatio non ex stipulatione tantum, verùm aliis etiam ex causis proficiscatur & ebulliat, non æquè expeditum est? Et Donellus quidem *in rubr. ff. hoc tit. n.* 7. *cum seqq. & lib.* 14. *Commentar. de jur. civ. c.* 36. *pag.* 352. *num.* 20. eumque secuti Forsterus *lib.* 3. *disput.* 17. *th.* 1. Hœnon. *disputat.* 14. *ad Institut. controvers.* 2. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotid. c.* 3. *num.* 55. *cum seqq.* Riemer. *decad.* 10. *quæst. illustr.* 2. Knipschildt *exercit. Acad.* 6. *quæst.* 17. *pag.* 237. *cum seq.* & Hunnius *d. l.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 4. *quæst* 3. autumant: solam stipulationem, eamque unicam, causam esse verborum obligationis. At contrà Cujacius *ad l.* 1. *ff. hoc tit.* Gæddeus *d. Commentar. de contrah. & commit. stipulat. in prolegomen num.* 10. *cum seqq.* Borcholt. *hic n.* 3. Hackelman. *disput. illustr.* 22. *th.* 2. *ad lit. C.* Bachov. *in prædictis not. ad Treutler. vol.* 2 *disput.* 27 *th.* 1. *lit. I. pag.* 807. *cum seq.* & Arumæus *exercitat. Justin.* 13. *th.* 3. contendunt: verborum obligationem ex aliis etiam caussis oriri, *per §. sunt & alia. & §. seq. l.* 2. *Institut. Caij. tit.* 9. *de obligat.* ex quibus evidenter apparet, & ex dictione dotis, (*ut si mulier, sive sponsa uxor futura, sive jam marito dotem dicat*) & jurejurando liberti (*si videlicet libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit*) prodire verborum obligationem. Accedit, quòd Ulpianus disertè dicit: verius esse, obligationem liberti jurejurando constitutam, per acceptilationem tolli. *l. & per jusjurandum.* 13. *in princip. ff. de acceptilat.* Ast acceptilatio eam tollit obligationem, quæ verbis contracta est. *l. an inutilis.* 8. §. 3. *ff. eod.* Ergo jurejurando verborum obligatio contrahitur, *argumento l. nihil tam naturale.* 35. *l. omnia, quæ.* 110. *& l. ferè quibuscunque* 153. *de reg. jur.*

81 Cui assertioni non obstat, quod *hic & in l.* 1. §. *verbis.* 7. *l. obligamur.* 52. §. 2. *ff. de obligat. & actionib. item l.* 2. §. *fin. ff. de reb. credit. si cert. pet.* nulla omnino fit mentio dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti: sed absolutè & simpliciter traditur: verbis obligationem contrahi ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur. *Nam* ex eo, quòd allegatis modò in locis nulla fiat dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti mentio, firmiter concludi nequit: verborum obligationem non nasci ex dictione dotis, aut jurejurando liberti: siquidem Triboniano & cæteris Pandectarum compilatoribus non fuerit propositum, istis in locis de omni verborum obligatione tractare, sed tantùm de ea, quæ ex stipulatione proficiscitur. 82 *Dein* haud omnis propositio simpliciter facta habet vim exclusionis: vel (*ut vulgo ajunt*) non omnis inclusio unius, est exclusio alterius: nisi illud res subjecta necessariò suadeat, aut de mente quid agentium constet: alioqui verba tantùm pro re subjectâ ita accipiuntur, ut rei præsenti quidem inserviant, aliis verò minime quid detrahant. Sed videatur D. Gædd. *in dictis prolegom. num.* 21. *& seqq.* ubi reliqua dissentientium argumenta sufficienter & exquisite refutat.

83 Annectit tandem hoc loco Justinianus: ex stipulationis obligatione duas actiones nasci: condictionem certi, & actionem ex stipulatu; quæ interdum plenius, actio incerti ex stipulatu dicitur *l. si stipulatus.* 4. *in princip. ff. de usur.* Illa locum habet, cùm certum quid in stipulationem est deductum. *l. si quis certum.* 24. *ff. de rebus credit. si cert. pet.* Hæc verò datur, cùm stipulatio est incerta, sive quando incertum quid promissum est, *hoc principio nostro, ibique Nonius num.* 3. *Heigius num.* 11. *Mynsinger. num.* 18. *& alii Interpp. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de stipulat. col.* 6. *tit. quæ actio oritur ex stipulat. Rofred. Beneven. in tractat. de ordine iudic. part.* 4. *rubr. de act. ex stipulat. & rubr. de certi condict. ex stipul.* Treutler. *vol.* 2. *disputat.* 27. *th.* 8. *ibique in suis not.* Bachovius *pag.* 872. [illegible] *in suis resolut. pag.* 154. *& seqq.*

84 Certum autem est, sive certa est stipulatio, cùm ex ipsa pronunciatione apparet, quid, quale, quan-

Digitized by Google

tumque sit in stipulatione: verbi gratiâ: *dabis vini Tubingensis optimi amphoras centum?* vel, *dabis aureos decem? dabo:* certa hæc est stipulatio: quia ex eâ intelligitur, quid, quale, quantumvè sit in stipulationem deductum. Sic certa est stipulatio, cùm hominem Stichum stipuler: quia etiam hic apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulationem deductum sit *l. stipulationum quædam.* 74. *§.* 1. *hoc tit.* Sic quoque certa stipulatio est, si quis stipuletur vinum aut oleum, quod est in apothecâ, vel triticum, quod est in horreo, *l. ubi autem.* 75. *§. sed qui vinum.* 5. *ff. eod.* vel pecuniam, quæ est in arcâ, aut cistâ. *l. hæc venditio.* 7. *§. hujusmodi.* 1. *ff. de contrah. empt.* Quin & certa censetur stipulatio: si stipulatus sim à Titio, quod mihi Sejus debet: vel quod ipse Titius mihi ex testamento debet. *d. l. ubi autem.* 75. *§. qui verò.* 6. *ubi Cujacius. ff. hoc tit. Dn. Collega Bocer. class.* 2. *disput.* 15. *thes.* 108. *edit.* 2. *Borcholt. in Commentar. de verb. oblig. c.* 2. *num.*
85 217. *& seqq. ubi id pulchre & dilucidè explanat.* Incerta stipulatio dicitur, cùm non apparet, quid, quale, quantumque sit in stipulatione. *d. l. ubi autem* 75. *in princip. ff. hoc tit.* veluti, cùm quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter, sine proprio nomine, aut vinum frumentumvè sine qualitate dari sibi stipulatus est. Usque adeò: ut, si quis ita stipulatus sit; *Tritici Africi boni modios centum: vini Campani boni amphoras centum promittis?* incertum videtur stipulari: quia bono melius inveniri potest. Quæ res efficit, ut boni appellatio non sit certæ rei significativa: cùm id, quòd bono melius est, ipsum quoque bonum sit. At cùm optimum quisque stipulatur id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet. Quo fit, ut ea appellatio certi significativa sit, ut loquitur Ulpianus *in d. l. ubi autem* 75. *§.* 2. *ff. eodem.* Est quoque incerta stipulatio, cum quis stipulatur fundi certi usumfructum. *d. l.* 76. *§. fundi certi.* 3. *ff. d. titul.* tametsi stipulatio ususfructus pecuniæ, certa perhibeatur. *l. tribus heredibus.* 8. *ibi, velut certi ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consum.* Idcirco verò ususfructus pecuniæ, sive legatus sit mihi ususfructus pecuniæ, sive usumfructum pecuniæ sim stipulatus, certus est, quia proprietas legata, & in stipulationem deducta videtur. *l. si tibi decem.* 6. *ff. d. tit. Borcholt. d. cap.* 2. *n.* 194. *& seqq. ubi Donellum dissentientem abunde refutat.* Est item incerta stipulatio, si quis id, quod ex Arethusâ ancillâ natum erit; aut fructus, qui in fundo Tusculano nati erunt, dari sibi stipulatus sit. *d. l. ubi autem* 75. *illud dubitationem.* 4. *ff. hoc tit.*
85 eamque stipulationem incertam manere, etiam post captos fructus, & post editum partum, probabile est. *d. l. si stipulatus.* 4. *ff. de usur. D. Bocer. d. class.* 2. *disput.* 15. *th.* 110. *lit. b.* Similiter qui illud, aut illud stipulatur, veluti decem aut hominem Stichum, nec sibi electionem constituit: incertum in obligationem deducit. *d. l. ubi autem.* 75. *§. qui illud* 8. *ff. hoc tit.* ut & is, qui id, quod in faciendo, vel non faciendo consistit, stipulatur, veluti fossam fodi, domum ædificari, vacuam possessionem tradi: item, per te non fieri, quo minùs mihi per fundum tuum ire agere liceat: per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat, *sæpe allegata l. ubi autem.* 75. *§. qui id, quod* 7. *ff. eod. late Borcholt. d.*
87 *cap.* 2. *n.* 225. *& aliquot seqq.* Illud valde controversum est: si quis servitutem prædii, vel hereditatem stipuletur: certumnè, an incertum in stipulationem deducere intelligatur? Et (quicquid in contrarium adferat Donellus *in d. l. stipulationum.* 74. *n.* 9. *&* 11. *ff. hoc tit.*) incerti hanc esse stipulationem, non absque ratione sta-
88 tuitur. Etenim servitus est jus aliquod. *§. incorporales.* 2. *& §. ult. supr. de reb. corporal. & incorporal. l.* 1. *§.* 1. *vers. incorporales. ff. de divis. rer.* Jus autem quale, quantumque sit, perspici & verè cognosci nequit: cùm tamen illud certum dicatur, quod apparet, quid, quale, quantumque sit. *d. l. stipulationum.* 74. *§.* 1. *& l. seq. ff.*
89 *hoc tit.* Hereditate item venditâ, certa hereditariarum rerum quantitas vendita non existimatur: nisi de substantiâ & quantitate hereditatis venditor affirmaverit. *l. qui filiifamilias.* 14. *§.* 1. *& l. seq. ff. de hereditate, vel actione vendit.* Et non esse rem certam ipsam hereditatem, evidenter apparet *ex l. quod si nulla.* 8. *& tribus seqq. eod. titul.* Atque hanc, de stipulatione servitutis & hereditatis, sententiam fusiùs defendunt *Cujacius in d. l.* 74. *ff. hoc tit. Borcholt. d. Commentar. de verb. obligat. cap.* 2. *n.* 199. *cum seqq. & part.* 2. *Disput.* 4. *de verb. obligat. proposit.* 15. *Knipschildt. d. exercitat.* 6. *quæst.* 8. *pag.* 221. *cum seq. & D. Bocerus d. class.* 2. *Disput.* 15. *thes.* 113. Tametsi aliter hæc explicare videatur Goeddeus *d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 6. *conclus.* 12. *n.* 230. *& seqq.*

Quod porrò hîc traditur: ex incertâ stipulatione pro- 90
ficisci tantùm actionem ex stipulatu: ex stipulatione verò certâ concedi tantùm condictionem certi: ei non obstat *l. prædia.* 28. *ff. de actionibus empt. & l. si pacto.* 14. *C. de pactis.* in quibus dicitur: eum qui petit pœnam stipulatione comprehensam, ex stipulatu petere. Pœnæ 91
autem stipulatio certa est: adeò quidem, ut non valeat, nisi certa sit. *§. ult. infr. hoc tit. l. si pœnam.* 68. *ff. eodem.* Non, *inquam,* hæ leges & similes (*ut l. unic. §.* 1. *C. de rei uxor. act.*) obstant. Nam intelligendæ sunt non de actio- 92
ne, quæ vocatur ex stipulatu: sed potiùs de causa actionis, ex quâ certum, quod in stipulationem deductum est, petitur. Siquidem *stipulatus* verbum stipulationem significat. *l. pecuniæ.* 9. *in princ. ff. de usur.* Atque hac in significatione verbum *stipulatus*: in adductis legibus usurpatum ostendit; hanc esse earum sententiam: pœnam stipulatione comprehensam non peti quidem actione ex stipulatu, sed condictione certi: ex causa tamen stipulationis, id est, propter stipulationem, quâ pœna comprehensa est. Et ita ad has leges respondet Donellus 93
in l. si quis certum. 24. *ff. de reb. credit. si cert. pet.* Cæterùm utraque prædictarum actionum personalis perhibetur, perpetua, & in heredes transitoria. *l.* 2. *§. ex his igitur. l. in executione.* 85. *ff. hoc tit. ibique Wesenbec. in paratit. num.* 14. *§. sub conditione.* 4. *vers. ex conditionali. infr. eod. l. veteris.* 13. *Cod. de contrah. & committ. stipulat. Oldendorp. class.* 4. *action.* 28. nisi species promissa, ante moram culpamve promissoris aut perempta sit, aut in commercio hominum esse desierit. *l. si ex legati.* 23. *l. si Stichus.* 33. *l. is, qui alienum.* 51. *l. nemo.* 82. *§.* 1. *l. mora.* 88. *l. si servum.* 91. *ubi Bartol. Bald. Jason. Alexand. Zasius, Duaren. Donell. Cuiac. ff. hoc tit. latissime Gaill. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 11. *conclus.* 4. *n.* 23. *& multis sequentibus.*

§. In hac re olim. 1.

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto, Fidejubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Utrùm autem Latinâ, an Græcâ, vel qualibet aliâ linguâ stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipupulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est, eâdem linguâ utrumque uti; sed sufficit, congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Græci Latinâ linguâ obligationem contrahere possunt. Sed hæc solennia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, quæ solennitate verborum sublatâ, sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solùm desiderat, quibuscunque tandem verbis expressum est.

SUMMARIA.

1 *Quibus verborum formulis olim stipulatio conciperetur,*
2 *Quatenus verborum solennitas hodie sublata.*
3 *Mens & sententia l. decreta.* 48. *ff. de re judicat.*
4 *Conciliatio hujus l.* 48. *cum l. judices.* 12. *C. de sentent. & interlocut. om. judic.*
5 *Ratio diversitatis, cur stipulatio quacunque linguâ concipi possit: decreta & sententia judicum non item.*

In

Digitized by Google

1 IN hac §. oſtendit Imperator Juſtinianus: quæ verba
olim in ſtipulatione fuerint uſitata: quibus item verbis
hodie eadem confici poſſit. Et antiquitus quidem ſtipu-
latio certis verbis ſic concipiebatur: ut eodem quis verbo
reſpondere cogeretur, quo eſſet interrogatus: veluti,
*Spondes? ſpondeo. Promittis? promitto. Fide promittis?
fidepromitto. Fideſiubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies?
faciam.* Quibus verborum formulis neglectis, nihil age-
batur, etiamſi verbis æquipollentibus contrahentes ute-
rentur: adeo, ut ſi quis ita ſtipularetur, *Polliceris? polli-
2 ceor:* inutilis eſſet ſtipulatio. Sed hac verborum ſolenni-
tate per Imperatorem Leonem ſublatâ, *l. omnes.* 10. *C.
de contrah. & committ. ſtipulat.* etiam Juſtiniano placuit:
præter illa ſex ſolennia verba, alia quoque apta & idonea
in ſtipulationibus uſurpari poſſe: ut *ſolves? reddes? præ
ſtabis? Romam ibis? ædificabis? polliceris? &c.* nihilque
referre, iiſdemne, an diverſis verbis, aut quibus linguis
ſtipulationem contrahentes utantur; ſi modo uterque
mentem & conſenſum alterius, ſive per ſe, ſive per verum
Interpretem, ſanè intelligat. Sed & ne hoc quidem neceſ-
ſarium eſt, ut uterque eadem linguâ utatur. Proinde
ſi quis Latinè interrogaverit, reſpondeatur ei Græcè, vel
Hebraicè, vel alia quacunque linguâ; dummodò ſenſus
ſibi item verbis congruat: obligatio conſtituta eſt. *l.* 1. §.
ult. ff. hoc tit.

3 Neque his refragatur *l. decreta.* 48. *ff. de re judicat.*
ubi traditur, decreta à Prætoribus Latinè, & ſic non Græ-
cè, interponi debere. *Loquitur* enim Juriſconſultus *in ea
l.* non de ſtipulatione, ut cuivis patet; ſed de Magiſtra-
tuum decretis, & ſententiis Judicum, atque ita de actu,
qui juris publici eſt, non privati. Sententiæ namque per
Judices publicè proferuntur. Et intereſt Reipubl. eo
ſermone ſententiam pronunciari, quem omnes intellige-
re poſſint: qualis fuit ſermo Latinus Romæ vulgaris, &
imperitæ multitudini etiam communis. Etenim Judi-
ces, quos cognoſcendi & pronunciandi tenet neceſſitas,
cum noverint, omnes ſententiam ferendam intellecturos,
eo majori deliberatione habitâ illam concipient: conce-
ptam diligentius ponderabunt, & corrigent: correctam
accuratius in ſcriptum conferent: ſcriptam denique pro-
nunciabunt cautiùs: ne fortè pleriſque, qui intererunt,
iniquam tuliſſe ſententiam videantur. Hac igitur de
cauſa ſancitum fuit apud Romanos: ut ſententia ea lin-
gua, quæ ipſis eſſet familiariſſima, nimirum Latina, pro-
4 ferretur. Cæterum in ſtipulatione, qua de hic agimus,
longè ſeparata eſt ratio: quia hæc non publici, ſed pri-
vati tantùm juris eſt, & conventio ſive actus, qui per
privatos expeditur, eorumque arbitrio ſubjicitur: in quo
nihil refert, quo quiſque idiomate utatur: modo alter al-
terum probè intelligat, *ut ſupra dictum.* Nec huic ſolu-
tioni, *adeoq; dictæ l.* 48. *ff. de re judicat.* contrariatur
l. judices. 12. *C. de ſentent. & interlocutionib. omnium
jud.* ubi disertè habetur; judices tam Latinâ, quam Græ-
ca linguâ ſententias proferre poſſe. *Nam* ſi mens potius,
quam ſonus verborum *dict. l.* 48. ſpectetur: eam nequa-
quam *cum d. l. judices.* 12. *C. de ſententiis, &c.* pugnare,
ſed optimè cum eadem convenire, conſtabit. Trypho-
ninus enim JC. *in d. l.* 48. *ff. de re judic.* ait, ſententiam
Latino tantùm idiomate proferri debere; propter hanc
videlicet rationem: quòd eo ſeculo Græcum idioma non
fuit apud Romanos in uſu. Quocirca de Latina tantum
oratione reſpondit Juriſconſultus: qui de Græca idem
haud dubiè reſponſurus fuiſſet, ſi tempore Juriſconſulti
etiam apud Romanos lingua Græca viguiſſet: quemad-
modum poſtea Romanis ea familiaris admodum eſſe cœ-
pit, cum ſacri Imperii Romani ſedes Byzantium transla-
5 ta fuit. Eo igitur tempore rectiſſime, & quidem non
contra, ſed ſecundùm ſententiam & mentem Tryphoni-
ni ab Arcadio & Honorio Imperatoribus *in d. l.* 12. *C. de
ſentent. &c.* reſcriptum eſt, & conſtitutum: ſententiam
non Latinis tantùm, ſed & Græcis verbis pronunciari
poſſe. Rationis autem diverſitatis, cur ſtipulatio quacun-
que linguâ concipi poſſit, decreta & ſententiæ Judicum
non æquè, hæc eſt: quia ſtipulationes & contractus etiam
cum extraneis, qui linguam Latinam, aut Græcam non
callent, celebrantur & fiunt. At Magiſtratus & Judices
Populi Romani non decebat linguam ignorare Roma-
nam: *ſicuti eleganter docet Franciſcus Duarenus ad d. l.* 1.
§. ult. ff. hoc tit.

§. Omnis ſtipulatio. 2.

Omnis ſtipulatio aut purè, aut in diem, aut ſub conditione fit. Purè: veluti, *quinque aureos dare ſpondes?* Idque confeſtim peti poteſt. In diem: cum adjecto die, quo pecunia ſolvatur, ſtipulatio fit: veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare ſpondes?* Id autem, quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur: ſed peti priùs, quàm dies venerit, non poteſt. At ne eo quidem ipſo die in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt: quià totus is dies arbitrio ſolventis tribui debet. Neque enim certum eſt eo die, in quem promiſſum eſt, datum non eſſe, priuſquam is prætererit.

SUMMARIA.

1 *Omnis ſtipulatio aut purè fit, aut in diem, aut ſub conditione.*
2 *Pura in jure quæ dicantur: & quæ item pura ſtipulatio.*
3 *Quatenus in ſtipulatione pura promiſſor ad ſolutionem ſit compellendus.*
4 *Creditor non ſtatim cum ſacco paratus debitorem adire debet.*
5 *Cedere diem, & venire diem quid ſignificet.*
6 *Stipulatio in diem quæ ſit.*
7 *Intellectus l. eum, qui Calendis.* 41. § 1. *ff. de verb. obligat.*
8 *Item dictæ l. in omnibus.* 14. *ff. de reg. jur.*
9 *Argumentum à contrario ſenſu quatenus procedat.*
10 *Dies in gratiam debitoris contractui adjectus putatur.*

DIviſio ſtipulationum talis hic proponitur: Omnis 1
ſtipulatio aut purè fit, aut in diem, aut ſub condi-
tione, *argumento l. creditores.* 10. *ff. de verbor. ſignificat.*
Pura in jure dicuntur, quæ nullam adjectionem habent: 2
indeque pura ſtipulatio eſt, quâ quid ſine diei aut condi-
tionis adjectione, promittitur: veluti, *quinque aureos dare
ſpondes? ſpondeo.* Etſi autem illud, quod per ſtipulationem 3
puram eſt promiſſum, confeſtim ex rigore juris peti po-
teſt: cum in ea ceſſerit & venerit dies, *hoc §. noſtro, ibi, id-
que confeſtim peti poteſt, l. eum, qui Calendis.* 41. *§.* 1. *ff.
hoc tit. l. cedere diem.* 213. *in pr. verſ. ubi purè. ff. de verb.
ſignificat. l. in omnib. obligationib.* 14. *ff. de reg. jur.* non ta-
men ſtatim ad ſolutionem promiſſor compellendus eſt:
ſed arbitrio judicantis, humanitatis cauſa, modicum,
tantumque temporis illi debet præfiniri, intra quod id,
quod promiſſum eſt, commodè præſtare & ſolvere poſſit,
argument. §. fin. infr. de inutil. ſtipulat. l. ratum. 13. *ff. de
ſolutionibus. l.* 1. *ff. de jure deliber. l. quotiens.* 24 *ff. de
operis libert. l. continuus.* 137. *§. cum ita.* 2 *ff. hoc tit.* Nec 4
enim importunus creditor ſtatim cum ſacco paratus pro-
miſſorem ſive debitorem adire debet. *l. quod dicimus.*
105. *ff. de ſolutionibus. Hanonius diſputat.* 4. *controverſ.*
4. *Andr. Gerhardi decad.* 13. *quæſt.* 10. *Giphan. diſputat.*
29. *ad Inſtit. th.* 7. *ibique Oleman. in ſuis notat. num.* 12.
Vide fuſius id & quidem diverſim idè explicantes, Bacho-
vium *hic num.* 1. *pag.* 744. *& in not. ad Treutler. vol.* 2.
diſput. 27. *th.* 6. *ad lit. A. & B. p.* 855. *cum ſeqq. & Hunn.
ibidem in ſuis reſol. quæſt.* 43. *p.* 141. *& ſeq.* itemque Ti-
mæum Fabrum *diſput.* 23. *ad Inſtit. Imperial. th.* 2. Ce- 5
dere porrò diem ſignificat, incipere deberi pecuniam: ve-
nire diem ſignificat, eum diem veniſſe, quo pecunia
peti poſſit. *d. l. cedere.* 213. *ff. de verborum ſignificat.*
Stipulatio in diem eſt, quâ aliquid in diem promittitur: 6
vel, cui dies ſive tempus, quo pecunia ſolvatur, adjicitur:
veluti, *decem aureos primis Calend. Martiis dare ſpondes.
hoc §. noſtro verſ. in diem, &c.* Qui decem aurei ſtatim
quidem jam debentur: peti tamen ante Calendas Martias
nequeunt. *l. certi condictio.* 9. *in princ. verſ. cæterum ff.
de reb. credit. ſi cert. pet. l. obligationum.* 44 *§.* 1. *ff. de oblig.
& actionibus.* Cur ſtatim debeantur decem illi aurei, ra-
tio manifeſta eſt: quia dies adjecta non eò pertinet, ut
differat obligationem, ſed ſolutionem tantùm ſeu execu-
tionem

Digitized by Google

tionem usque ad eventum diei. *l. centesimus. 46. in princ. ff. hoc tit.* Cur verò ante Calend. Martias peti nequeant, hæc est ratio: quia dies hujus stipulationis cessit quidem, sed nondum venit. *d. l. cedere. 213. ff. de verb. signific.*

7 Non obstat *d. l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. vers. verùm dies adjectus. ff. hoc tit.* ubi dicitur, die adjecto pecuniam non statim deberi. *Nam* ambiguitas sive æquivocatio est in verbo *debendi.* Etenim deberi non tantum id intelligitur, quod statim peti & exigi potest: verùm etiam id, cujus exactio sive solutio differtur. Itaque *in d. l. 41.* illud verbum in priori significatione, adeòque cum pleno effectu accipitur: ut sententia sit, quod in diem promissum est, non ita deberi, ut statim, sicque ante diem exigi possit: sed potius ita, ut ejus petitio sive solutio in eventum diei adjecti prorogetur.

8 Nec quoque obstat *d. l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.* ubi scriptum est: in omnibus obligationibus præsenti die pecuniam deberi, in quibus dies non est appositus. *Eadem* siquidem responsione uti possumus. Ideo enim pecunia in diem promissa *in d. l. 14.* non statim & præsenti die deberi dicitur, quòd statim exigi nequeat: non verò, quod obligatio ante diem contracta non censeatur. Ex hoc etenim §. nostro claré evincitur promissorem etiam ante diem reverâ esse obligatum: licèt ante diei eventum

9 ad solutionem compelli non possit. *Deinde respondetur:* quòd argumentum, ex l. illâ sumptum, sit à contrario sensu. Quod etsi in jure est fortissimum, frequentissimum & utilissimum. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* non tamen procedit, ubicunque vel pravus & absonus inde resultat intellectus, vel aliis legibus adversatur, *ut plurib. demonstrat. Nicolaus Everhard. à Midelburgo in locis suis legalibus, loc. à contrar. sens. n. 4. & seqq.* Atqui certum est, istud argumentum refragari huic nostro §. *vers. id autem, quod in diem, &c.* Planè, ne quidem eo ipso die, in quem promissa est, pecunia peti poterit, *hoc §. vers. at ne eo quidem ipso, &c. l. qui hoc anno. 42. & l. eum, qui certarum.*

10 *138. in princip. ff. h. t.* Cujus ratio evidens est: quia cùm tempus sive dies contractui adjicitur; in gratiam & utilitatem debitoris seu promissoris adjectus existimatur, *hoc §. in fine. d. l. eum, qui. 41. §. 1. in fin. & l. stipulatio ista 38. §. incertam 16. ff. eod. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. Petr. Nicol. Mozz. in tractat. de stipulat. titul. de stipulatione purâ, &c. num. 9. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 6. num. 27.* Vide istam rem explicatius prosequentem Bachovium, *in dictis not. ad Treutler. disputat. 27. th. 6. lit. C. pag. 858 cum seq.* & Hunnium ibidem *quæst. 44. pag. 142. & seq.* itemque novissimè Frantzkium *exercitat. jurid. 10. quæst. 2. pag. 292. & seqq.*

§. At si ita stipuleris. 3.

At si ita stipuleris: **decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes?** ***& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo, pacti exceptione submovebitur.***

SUMMARIA.

1 *Qualis stipulatio sit, promittis decem aureos annuos, quoad vivam.*
2 *Cur pura sit ista annua stipulatio.*
3 *Cur eadem stipulatio sit perpetua.*
4 *Tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis.*
5 *Differentia inter stipulationem annuam, & legatum annuum.*
6 *Facta sunt personalia.*
7 *Per stipulationes tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis consulere credimur.*
8 *Contractus legem ex conventione accipiunt.*

1 Stipulatus est quidam decem aureos annuos, quoad vixerit: quæritur, an stipulatio hæc purè sit facta, vel in diem? Et ait hic Imperator: hanc stipulationem, etsi in diem propter tempus sive diem adjectum videri possit;

2 non esse tamen in diem, sed puram & perpetuam. Cur pura sit hæc annua stipulatio, ratio illa est: quia ex eâ stipulator confestim agere, adeòque decem initio statim cujuslibet anni petere potest. *l. eum, qui ita. 56. §. qui ita stipul. 4. ff. hoc tit.* perinde ut legatarius, post mortem testatoris, annuum legatum sibi relictum. *l. nec semel. 12. §. 1. ff. quando dies legator. vel fideicom. cedat. l. 1. C. eod.* Siquidem tempus hic non differendæ, sed potius multiplicandæ solutionis gratiâ, & sæpius reiterandæ puræ obligationis causâ adjicitur. *l. cum in annos. 10. & duabus ll.*
seqq. ff. d. tit. Cur verò stipulatio ista sit perpetua, sicque ad 3
heredem transitoria, elegans ratio hic in textu redditur: *quia scilicet ad tempus deberi non potest.* Ratio rationis: quia obligationes sunt juris, ut ex definitione obligationis *suprà t. de obligationibus expositâ*, apparet. Ea autem, quæ juris sunt, sui naturâ sunt perpetua, non minus, at-
que jus ipsum, *notante hic Rittershusio. pag. 462.* Et hoc 4
est, quod vulgò dicitur: tempus non esse modum inducendæ obligationis, ut nec tollendæ sive finiendæ. *l. obligationem ferè. 44. §. 1. vers. placet. ff. de oblig. & act. infr. tit. quibus mod. tollit. obligat. Mynsing. hic num. 3.*
Wesenbec. n. 6. Observandum porrò hac in re est discri- 5
men stipulationis & legati: quòd stipulatio annua sive in annos singulos, est perpetua, & ad heredes transitoria: legatum annuum non item; sed morte legatarii extinguitur. *l. si Stichum. 16. §. 1. ff. hoc tit.* Ratio hujus discriminis duplex videtur: Tum quia stipulatio juris est, legatum fa-
cti. *l. penult. ff. de capite minutis.* Quæ autem juris sunt; 6
ad heredes transeunt, quæ facti, non item: facta quippe personalia sunt. *arg. l. ult. ff. de conditionibus institution. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus p. 73.* Tum quia legatum annuum, propter alimenta legatarii factum censetur: ac proinde personale intelligitur: sicque ad heredes non transmittitur. *l. 1. in fin. ff. de constitut. princ. l. idem in duobus 25. §. 1. ff. de pact. l. non solùm. 8. §. tale legatum. 3. ff. de libertat. legat. l. in omnibus causis. 68.*
& l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. At per stipulationes, 7
tam heredibus nostris, quàm nobismetipsis, consulere & prospicere credimur. *l. si pactum. 9. ff. de probationibus. l.*
tale pactum. 40. §. ult. ff. de pactis. Cæterùm cùm con- 8
tractus legem ex conventione accipere dignoscantur. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & l. contractus. 85. eod. tit. in 6.* hic autem inter stipulantem & promittentem non id tantum actum sit, & conventum, ut decem annua darentur: sed simul etiam hoc placuerit, ut decem annua darentur, quoad viveret stipulator. Idcirco ex eo pacto conventio ista jus accipiet: & per consequens stipulatoris heres, decem annua petens, exceptione sive pacti, *sc. quoad vivam.* sive doli mali removebitur, *hoc §. in fine. & d. l. obligat. ferè. 44. d. vers. placet. ff. de oblig. & actionib.* Verum pacto, *quoad vivam*, annuæ stipulationi non adjecto; heredem stipulatoris annuatim decem petere posse, cùm obligatio perpetuetur, dubium non est. *d. l. si Stichum. 16. §. 1. ff. hoc tit. Vide de prædictis verbosius disputantem Bachovium hic pag. 747. & seq.*

§. Sub conditione. 4

Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur:* Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset,* cùm morietur, sibi dari. *Ex conditionali stipulatione tantùm spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit,*

SUMMARIA.

1 *Conditionalis stipulatio quid sit.*
2 *Conditionis proprius effectus.*
3 *Conditio alia casualis, alia potestativa, alia mixta.*
4 *Vera conditio quæ.*
5 *Potestativa conditio.*
6 *Mixta quæ sit.*

7. Omnis

Digitized by Google

7 *Omnis conditio vel in faciendo posita est, vel in non faciendo.*
8 *Conditionalis stipulatio in quo differat à stipulatione purâ, & in diem.*
9 *Consideratio l. usufructus 26. ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione. 42. ff. de obligat. & actionibus. & l. conditionales. 54. ff. de verbor. significat.*
10 *Conditionalis stipulatio foetui in utero jam concepto comparatur.*
11 *Conditionalis creditor qualis.*
12 *Stipulatio sub conditione concepta ad heredem transmittitur: legatum sub conditione non item.*
13 *Hujus differentiæ ratio duplex.*
14 *Legata sunt facti: stipulationes, quoad obligationem juris.*
15 *Heres stipulatoris, existente conditione, quatenus post hujus mortem agere possit.*

1 CONditionalis stipulatio nihil aliud est, quàm obligatio in casum aliquem incertum & futurum suspensa, *per hunc §. nostrum.* Conditio siquidem, quam certum est exituram, vel quæ præsens respicit tempus, vera conditio non est, sed pro purâ stipulatione habetur. *§. conditiones. 6. infr. hoc tit. l. si ita stipulatus. 120. ff. eod. l. cùm ad præsens. 37. cum duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. nominatim. 34. in fine. ff. de condition. & de-*
2 *monstrat. l. si pupillus. 9. § 1. ff. de novationib.* Proprius quippe conditionis effectus est, vim negotii differre: cùm semper in futurum concipiatur. Quare cum ita dico: *si Cæsar vivit, centum tibi do lego*; non est conditio: quia
3 in præsens tempus, & non in futurum, concepta est. Etsi verò in jure conditio interdum dividitur in casualem sive fortuitam, & in potestativam seu arbitrariam, & in mixtam *l. unic. §. sin autem aliquid sub conditione. 7. C. de*
4 *caduc. tollend.* Vera tamen conditio est ea, quæ in casum aliquem concipitur: velut, *si Titius consul factus fuerit,*
5 *centum mihi dabis?* Potestativa conditio est, cujus eventus ex personæ voluntate dependet: ut, *si domum ædificavero,*
6 *vero, centum mihi dabis?* Mixta est, quæ simul pendet ex fortunâ & voluntate personæ: ut *si ab hostibus reversus fuero, dare centum spondes?* Idque paulò latiùs explicat Borcholt. *hic n. 3.* & Schneidevvin. *n. 7. & seqq.* Ex illis autem hujus §. verbis, *si aliquid factum fuerit, vel*
7 *non fuerit*, altera conditionis divisio elicitur: quod nimirum omnis conditio posita sit vel in faciendo, vel in non faciendo: ut, *si Argentinam iveris: &, si Argentinam non iveris.* Inter quas divisionis partes hæc notanda est differentia: quod conditio in faciendo quandocunque impleri potest: conditio verò in non faciendo non nisi in morte impleri potest, *hoc §. nost. vers. si quis ita. in verb. pertin-*
8 *de erit, ac si stipulatus esset, cum morietur.* Porrò in eo præcipuè conditionalis stipulatio differt à stipulatione purâ, & in diem; quod in stipulatione purâ & jam debetur, quod promissum est, & peti potest. in stipulatione in diem debetur quidem, sed peti nequit: in conditionali nec debetur, nec peti potest, sed spes tantùm est, debitum iri, *hoc §. nost. vers. ex conditionali. & l. cedere diem. 213. ff. de verb. signific.* Quæ differentia ab effectu conditionalis stipulationis est petita. Is enim (*ut supra monitum n. 2.*) effectus est conditionis, ut obligationem suspendat ac differat. *d. l. cedere. 213. ff. eod.*

9 Huic sententiæ non adversatur *l. usufructus. 26. ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione. 42. ff. de oblig. & act. l. conditionales. 54. ff. de verb. signific.* In priori l. 26. stipulatio conditionalis ex præsenti vires accipere dicitur, quamvis petitio ex eâ suspensa sit. In posterioribus verò legibus creditor etiam is vocatur, cui sub conditione quid promissum est. Ex quo non obscurè colligitur; id
10 jam deberi, nec tantum spem esse, debitum iri. Illæ, *inquam*, leges non adversantur. quia respondendum est, stipulationem sub conditione factam, non prorsus nihil esse; sed foetui in utero jam concepto quodammodo comparari posse; ut concepta scilicet sit stipulatio, & conditionis eventu nata ac edita. *arg. l. 2. ff. de mort. infer.* Atque ita exaudiendum est, quod dicitur, ex præsenti vires stipulationem conditionalem accipere. *Petr. Oslerman. hic in suis rationalibus pag. 74.* Ex quo illud quoque consequitur: ex eâ stipulatione jam cœpisse deberi, quod pro-
11 missum est. Unde & conditionalis creditor dici potest, cui ex stipulatione conditionali quid debetur. Atque hæc etiam videtur esse ratio ejus, quod Justin. *in fine hujus §.* subjicit: hanc stipulationem in heredem transmitti: quia videlicet hæc stipulatio jam concepta sit, sive aliquid jam sit, quod transferri ad heredem possit. Ideo autem Imperator *hic in fine* ait, spem transmitti: quia nimirum nondum perfectè nata sit obligatio. Sic & Ulpianus *in d. l. 54. ff. de verb. significat.* inquit: conditionales creditores esse, qui spem habent, ut competat actio. *Poterit* & hoc non incommode ad locorum illorum conciliationem dici: eum, cui sub conditione promissum est, pendente adhuc conditione, non quidem propriè esse creditorem: dici tamen posse creditorem in spe, sive respectu spei, *arg. l. in possessionem. 6. in princ. ff. quibus ex caus. in possess. eat. l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. & l. si servitus. 23. ff. de servit. prædior. urban.* Atque ita, *post gloss. hic in verb. differtur.* sentiunt *Angelus n. 2. Nonius n. 5. Ritterhusius in vers. ex quibus sequi, &c. pag. 417. & Alciatus in d. l. conditionales. 54. ff. de verb. significat. n. 1. & 2. itemq; Timæus Faber diss. 23. ad Instit. Imperial. th.*
3. lit. b. Quanquam verò stipulatio sub conditione con- 12
cepta ad heredem transmittitur, *hoc §. nostro. in fin. l. si quis. 57. ff. hoc tit.* id tamen in legato sub conditione relicto non obtinet. Hoc enim, legatario ante conditionis existentiam mortuo, ad heredem ipsius non transire certum est. *l. legata. 41. ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui. 42. ff. de oblig. & act. l. si cum heres. 4. & l. seq. ff. quando dies*
legator. vel fideicommissor. cedat. Ratio differentiæ inter 13
stipulationem & legatum vulgò hæc adfertur: quòd in stipulatione conditionali intervenit factum stipulatoris, sibi & heredibus suis cavere volentis. *l. si pactum. 9. ff. de probat. l. tale. 40. §. fin. ff. de pact.* At in legato conditionali nullum legatarii factum intercedit: sed à solâ testatoris voluntate pendet, qui personæ legatarii tantùm rationem habuisse, eique soli, ob meritum fortè, vel singularem amorem, non ejus heredi, prospicere voluisse intelligitur. *l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. Accurs. Bartol. Bald. Angel. Fab. Mynsinger. Schneidevv. & alii communiter in fine hujus §. nostri. Gomez. tom. 2. variar. resolut. jur. civ. c. 11. n. 36. vers. cujus ratio est, &c. Donell. ad l. si quis. 57. n. 5. h. t.* Verùm ratio, quam superius attigimus, elegantior hæc videtur: quia scil. stipulatio conditionalis jam est aliquid; legatum autem conditionale
planè nihil est. Cur ita? quia legata, utpote donationes, 14
sunt facti *l. penult. ff. de capite minutis.* stipulationes verò, quoad obligationem, jus in se continent, *arg. 1. tit. infr. de stipul. serv.* Atqui ea, quæ sunt juris, perpetua sunt; adeoque ad heredem transeunt, *arg. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* Quæ autem facti sunt, eo demum momento aliquid esse putantur, quo fiunt. *l. 1. ff. de operis serv.* & cum personâ extinguuntur, *arg. l. ult. ff. de condit. instit. & l. qui heredi. 44. in pr. ff. de condit. & demonst. Arumæus. exercitat. Justin. 13. sub th. 6. in fine.* Tametsi aliter id explicent Gœddeus *in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 8. n. 174.* Bachovius *hic pag. 750.* & Roberus *disput. 15. ad Instit. th. 5.*
Porrò quod de conditionali stipulatione traditur: here- 15
dem stipulatoris, existente istâ conditione, etiam post mortem stipulatoris agere posse; id tunc procedit: cùm aliud inter contrahentes non est actum. Nam si hoc actum fuerit inter contrahentes, ut ita demum stipulationi locus esset, si conditio existeret, vivo stipulatore, vel quo alio: voluntatem contrahentium sequemur; & existente conditione post mortem stipulatoris, non permittemus heredi, ut petere possit, quod in stipulationem eâ lege deductum erat, ut deberetur, si conditio, vivo stipulatore, existeret, *per textum singularem in l. qui Romæ. 122. §. Agerius. 4. ff. hoc tit.* Quem textum rectè (meo judicio) ita accipiunt, & eleganter declarant *Cujacius in d. l. si quis. 57. ff. eodem. Borcholt. hic n. 8. Philippus Cujosius in Disputat. de transmiss. omb. axiom. 77. eumque laudans Petrus Heigius hic in vers. ex conditionali. num. 3. cum seqq. Knipschildt exercitat. Acad. 6 quæst. 14. pag. 230.* Licet vulgò Doctores aliter atque aliter sentiant, *Bartol. Jason. Angel. Alexand. Petrus de Bellapertic. Bald. Duaren. Donell. & cæteri ad d. §. Agerius Al. lib. 1. disputat. c. 13. Francisc. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civil.*
cap.

cap. 3. num. 9. Emanuel à Costa. lib. 2. select. interpretat. cap. 23. Andr. Gail. lib. 2. observ. 2. Gomez. d. item. 2. var. resolut. c. 11. n. 36. vers. item adde, quod ius. ibiq; Suarez. in suis addit. ad lit. T. & Caedlem d. cap. 9. conclus. 8. num. 177. & seqq.

§. Loca etiam 5.

Loca etiam inseri stipulationi solent: veluti, Carthagini dare spondes? *Quae stipulatio licèt purè fieri videatur: tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romae ita stipuletur.* Hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

SUMMARIA.

1 *Stipulatio cui locus inseritur, [illegible] in diem censetur.*
2 *Id semper in contractu [illegible], quo potest, [illegible].*
3 *Quantum tempus locali [illegible], judicis arbitrio [illegible].*
4 *Stipulatio, [illegible] ex eo, quod actum est, interpretationem recipit.*
5 *Omnes contractus, quoad intentionem contrahentium, sunt bonae fidei.*
6 *Dies in stipulatione [illegible].*
7 *Sententia [illegible] l. [illegible] 72. §. ult. ff. de verb. oblig.*

1 QUamquam id, quod purè promissum est, statim & debeatur, & peti possit, *ut dictum in §. omnis. 2. supr. hoc tit.* attamen ex natura rei, vel loci adjectione saepe, [illegible] obligatio, petitio tamen sive executio differtur. Unde stipulatio illa, cui locus inseritur, formâ quidem & conceptione pura est: cum diem aut conditionem non hab[illegible]: sed re ipsa sive effectu, in diem censetur. *Etenim*, qui Carthagini centum dari stipulatur, cum Romae sit, tacite tempus complecti videtur, quo pervenire Carthaginem possit: proinde etiam centum non statim peti poterunt, sed post spatium temporis, quo Carthaginem Româ iri possit. *l. item erit. 60. & l. inter-*
2 *terd. 73. ff. hoc tit.* [illegible] non obscura est: quia id semper ex [illegible] mente in contractu agi videtur, ut [illegible] eo modo, quo potest, impleatur. *l. [illegible] 12. [illegible] reb. dubiis.* Impleri autem talis promissio non potest, nisi spacio ad locum solutioni destinatum proficiscendi concesso. Hoc ergo tacite conventum intelligitur. *d. l. interdum. 73. [illegible] & simi-*
3 *lib.* Sed quaeritur, quantum tempus [illegible]? Et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus: qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit: habita scilicet ratione temporis, aetatis, sexûs, valetudinis promittentis. *l. [illegible] 137. §. 2. ff. h. t. itaque Dd. late Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. q. cent. 1. cas. 2. Heigius*
4 *hic num. 2. & Schneid. [illegible] num. 3.* Et ita obiter hic notandum: quòd licet stipulatio stricti juris sit: eoque ultra verba non extendatur. *l. quidquid astringendae. 39. ff. hoc tit.* tamen ex eo, quod actum est, ipsa interpretationem recipiat; maxime quando alias non sortiretur ef-
5 fectum. *l. si stipulatus. 111. ff. eod. tit.* Omnes enim contractus, quoad intentionem contrahentium, bonae fidei sunt, *ut testatur Jason. in §. actionum 28. n. 4. & 37. infr. de actionib. eumq; referens Wesenbecius h. t. n. 3.*

Subjungit porrò hoc loco Imperator si quis Romae ita stipuletur: *Hodie Carthagini dare spondes?* inutilem esse stipulationem; quia sit impossibilis. Fieri enim non potest, ut promissor, qui Romae est, una die perveniat Carthaginem: adeoque illa tacita voluntas contrahentium conjectura hic locum sibi vendicare nequit. Haec tamen ipsa stipulatio interdum utilis est: putà si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori sive procuratori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem; ac demandarit promissor quidem suo dispensatori, ut daret; stipulator verò suo, ut acciperet. *l. ultim. §. si inter eos. 4. ff. hoc t.* Planè generaliter 6
sciendum: diem in stipulatione tacitè subintelligi, cùm facti reive promissae ea est conditio, ut per rerum naturam praestari nequeat, antequam aliquod tempus praeterierit. Itaque si domum vel insulam aedificare quis promittat: non statim adversus ipsum hoc nomine agi potest, quòd domum vel insulam non extruxerit: sed post aliquod temporis intervallum, intra quod insulam conficere & absolvere potuerit. *l. si ita stipulatus essem. 14. d. l. interdum. 73. & l. si insulam. 84. ff. eod.*

Nec his legibus repugnat Ulpianus in *l. stipulationes non dividuntur. 72. §. ultim. ff. d. tit.* ubi tradit, in hac 7
ipsa stipulatione, *insulam fieri* non esse expectandum, ut tantum temporis praetereat, quo insula fabricari possit: sed simulatque coeperit mora faciendae insulae fieri, agi posse, diemq; obligationis cedere. *Nam respondetur:* utrumque verum esse, nimirum hoc casu agi posse, & agi non posse. Agi non potest intra id tempus, quo fieri potest insula, eo nomine, quòd non sit extructa: nec potest peti id, quod interest, eam esse consummatam & perfectam *d. l. 14. & d. l. 84. ff. hoc tit.* Ratio ejus evidens est: quia stipulatio, *insulam fieri:* tempus tacitum in se complectitur, quo insula fieri possit. Eo igitur tempore nondum elapso, stipulator eo nomine, quòd insula non sit confecta, adversus promissorem agere nequit. Hanc enim actionem jus, de obligationibus in diem constitutum, impedit: quod vult, ante diei eventum, quod promissum est, peti non posse. *d. §. omnis. 2. supr. hoc tit. l. cedere. 213. ff. de verb. significat.* Hoc tamen nomine etiam ante temporis illius decursum, adversus promissorem agi potest, quòd insulam justo tempore non inchoaverit: quia actione petitur id, quod interest, moram non fuisse factam, & insulam fuisse inchoatam. Atq; hoc voluit procul dubio Ulpianus *in praeallegat. l. stipulationes non dividuntur. 72. §. fin. ff. hoc tit. Quae lex ita videtur esse explicanda ex d. l. continuus. 137. §. item qui insulam. 3. ff. eodem.*

§. Conditiones, quae. 6.

Conditiones, quae ad praesens vel praeteritum tempus referuntur: aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius Consul fuit*; vel *si Maevius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

SUMMARIA.

1 *Conditio propriè quae sit.*
2 *Conditiones ad praesens tempus, vel in praeteritum, secus atque in futurum, collatae obligationem non differunt: ejusque ratio.*
3 *Conditiones pendent ab eventu facti & naturae.*
4 *[illegible] error vel ignorantia veritati officere nequit.*
5 *[illegible] non solum mihi, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta.*

DIximus suprà *in §. sub conditione. 4. hoc tit.* conditionem propriè esse, quae in casum, sive tempus 1
futurum concipitur. Ea siquidem sola est, quae differt obligationem, atque suspendit: velut, cùm ita stipulor: *si Maevius Consul factus fuerit, centum dabis?* Igitur conditio, quae ad praesens (ut, *si Maevius Consul est*), vel praeteritum tempus (ut, *si Maevius Consul fuit*) refertur: figurâ tantùm & formâ, scilicet per hanc particulam *si*, est conditio: propriè verò & quoad effectum, conditio non est. *l. si ita stipulatus fuero. 120. ff. hoc tit. l. cum ad praesens. 37. cum duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Et hoc est, quod ait hic Justinianus: *ejusmodi conditiones aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt:* id est, propriè conditiones non sunt: quia obli- 2
gationem non differunt. Ratio, cur conditiones ad prae-
sens

Digitized by Google

sens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collatæ, obligationem non differant, hæc ab Imperatore hic assignatur: quia quæ per rerum naturam semper sunt certa, cujusmodi sunt facta præterita, aut præsentia: obligationem non morantur, aut differunt, licet apud nos, &
3 quoad nostram scientiam, incerta sint. Cur ita? quia conditiones pendent ab eventu facti & naturæ, ipsaque causæ certitudine, non à contrahentium inscitiâ & opinio-
4 ne, *mutante Wesenbecio hic num.* 2. In præsentibus igitur vel præteritis rerum natura inspicitur, non hominum error vel ignorantia: quæ veritati officere, ordinemque naturæ immutare nequit. *l. illicitas.* 6. §. 1. *ff. de offic. præsid.*
5 *l.* 2. §. *si à pupillo.* 15. *ff. pro emptore. Vult. hic num.* 2. Ast in futuris non rerum natura, sed nostra inscitia spectatur: imò rerum naturam intueri non possumus: quoniam futura, fortuita sive contingentia non solùm nobis, sed etiam in rerum natura, sunt incerta. Neque enim, quod futurum est, fieri aut evenire necesse est, cùm possit non evenire, ex sententia Aristotelis, Chrysippi, & Stoicorum omnium: quam nostri Jurisconsulti, qui ferè omnes à Stoicis instituti sunt, sequuntur: *prout docet Cujac. in l. conditio* 100. *ff. hoc tit. & Borcholt. hic num.* 3. Proinde conditionem in tempus futurum collatam, propriè conditionem esse; stipulationemque in futurum conceptam, obligationem non statim perimere: nec etiam statim obligationem facere existere; sed eam differre, rectè concluditur *d. l. cùm ad præsens.* 37. *& ll. seqq. ff. de reb. credit. & d. l. si ita stipulatus.* 120. *ff. hoc tit.*

§. Non solùm. 7. & ult.

Non solùm res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere: ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur: ita adjici pœna debet: *Si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?* Sed si quædam fieri, quædam non fieri, unà eademque conceptione stipuletur quis clausula hujusmodi erit adjicienda: *Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit: tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?*

SUMMARIA.

1 *Stipulationum aliæ consistunt in dando, aliæ in faciendo.*
2 *Stipulatio faciendi duplex: in faciendo, & in non faciendo.*
3 *Stipulationes dandi in quo differant à stipulationibus faciendi.*
4 *In stipulationibus factorum pœnam subjici, optimum est: eaque ratio.*
5 *Qualiter pœna subjici debeat.*
6 *An & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit: an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur.*

1 Supra *initio hujus tituli, & circa explicationem definitionis stipulationis. num.* 54. dictum est: stipulationes consistere vel in dando, vel in faciendo. Idem Justinianus Imperator hic repetit: & cum de iis præcipuè, quæ in dando positæ sunt, hactenus disputatum sit: jam earum stipulationum, quæ in faciendo consi-
2 stunt, tractatum subrexit. Hoc autem stipulationis genus, quod in facto consistit, duplex est: videlicet aut in faciendo, aut in non faciendo. Verbi gratia: *Promittis mihi fodere fossam, ædificare domum?* &c. *Promitto.* Vel, *promittis, te non facturum, quò minus mihi per fundum tuum ire agere liceat:* vel, *te non iturum Romam?* &c. *l. ubi autem.* 75. §. *qui id, quod in faciendo.* 7. *ff. hoc titul.*
3 Atque in eo hæ stipulationes à superioribus, in dando positis, discrepant. Affertur & alia inter easdem hoc loco differentia: quòd nimirum in stipulationibus. in quibus factum versatur, plerumque adjicitur stipulatio pœnalis: in stipulationibus vero dandi rarius pœnalis stipulatio adjicitur. Ratio differentiæ hæc est: quia facta incerta sunt; & ideo per stipulationem pœnalem certa quodammodo redduntur. *d. l. ubi autem.* 75. §. *qui id. ff. eod.* Si enim factum promissum non præstetur: loco ejus, quod interest, certa pœna promittitur. Nam non solùm factum, sed etiam id quod interest, cùm in facto consistat, incertum est. *l. quatenus.* 24. *ff. de reg. jur. l. fin. ff. si quis in jus vocatus non ierit,* &c. Ac ideo, *auctore hic Justiniano,* optimum est, omnibus faciendi stipula- 4
tionibus pœnam subjicere: quia si quid vel fieri, vel non fieri, adjectâ pœnâ, stipulati fuerimus: nobis pœna debebitur; etiamsi id factum fuisse, vel non fuisse factum, nihil nostrâ interfuerit. In hac siquidem stipulatione tantùm quantitas stipulationis, non autem id, quod interest, spectatur. Neque verò timendum est: ne pœna probari non possit. Etenim si de ipsa stipulatione constiterit: utique etiam de pœna huic stipulationi insertâ constabit. Quibus porrò formulis stipulationes pœnales 5
concipiendæ sint, Imperator *in hoc* §. exemplis quibusdam propositis, quæ proprio quisque Marte intelligere potest, demonstrat. Illud tamen non prætereundum: pœnam semper debere apponi sub conditione contraria huic, quod in stipulationem deductum est. Itaque si stipuleris, *quid fieri*: pœnalis stipulatio subsequens sub contrariâ conditione, *si factum non fuerit*, concipienda est. Et vice versa, si stipuleris, *quid non fieri*: pœnalis stipulatio sub conditione, *si hoc factum fuerit*, subnecti debet: ut haud difficulter colligere licet ex hoc textu nostro, *& l. cùm quid.* 71. *& l. continuus.* 137. §. *penult. ff. hoc tit.* Cæterum an & quatenus pœna conventionalis 6
duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit? an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur? latè & diversimodè *post alios à se citatos*, exponunt *Fachinæus l. 1. controversiar. jur. cap.* 5. *Gædæus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 5. *conclus.* 7. *num.* 55. *cum seqq. Bachovius hic n.* 2. *pag.* 754. *& Hunnius lib.* 3. *variar. resol. juris civ. tract.* 4. *quæst.* 8. *&* 9. Sanè quòd pœna illa duplum excedere possit, breviter probatur; tùm quia nullibi hoc est prohibitum: tum quia pactum istud non est contra bonos mores: tum quia *in l. unica. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest, profer.* pœna conventionalis legati in eo opponitur, quòd hujus certus modus sit, illius non item: tum postremò, quia stipulator jus exinde quæsitum habet, quod ipsi auferri non debet. *l. id, quod nostrum.* 11. *ff. de reg. jur. Justus Smolt. alias Schitz exercit. juris disput.* 14. *th.* 12. *lit. d. pag.* 217.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

TITULUS XVII.

Principium Tituli.

1 Et stipulandi & promittendi duo pluresvè rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, *spondeo*: utputà, cùm duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utri vestrum dare spondeo.* Nam si prius Titio spoponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresvè rei promittendi ita fiunt. *Mævi decem aureos dare spondes? & Sei, eosdem decem aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim, *spondeo.*

Digitized by Google

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Rei unde, & qui dicantur.*
3 *Rei credendi & debendi qui.*
4 *Rei ſtipulandi & promittendi qui.*
5 *Ut duo pluresve rei ſtipulandi & promittendi fiant, quæ requirantur.*
6 *Plures ſtipulandi & promittendi rei conſtituuntur vel expreſſè, vel tacitè.*
7 *An alter ex correis ſtipulandi novare obligationem poſſit.*
8 *Acceptilatio eſt loco ſolutionis.*

1 SUperiori titulo expoſitum eſt de ſtipulatione ſingulorum: jam hoc titulo agitur de ſtipulatione duorum aut plurium: qui vulgò correi, à veteribus verò duo rei 2 appellantur. Rei autem à re nominati ſunt: & dicuntur non ſolùm ii, qui arguuntur ſive accuſantur & conveniuntur. *l. hoc accuſare.* 12. §. 1. & 2. *ff. de accuſationib. l. ſi confeſſus.* 5. *de cuſtod. reor. l. favorabiliores.* 125. *ff. de reg. jur. l. properandum.* 13. §. 2. & 3. *C. de judic.* ſed omnes omnino, quo-3 rum de re diſceptatur, *teſte Cicerone lib. 2. de Orat.* Hinc quibus ex aliis etiam contractibus, quam ſtipulationibus, putà mutuo, emptione, locatione, depoſito, &c. vel ex teſtamento, eadem res debetur, hi rei credendi; & qui eandem rem debent, rei debendi vocantur *l. ſi duo rei.* 34. *ff. de re-*4 *cept. arbitr. l. eandem rem.* 9. *ff. de duob. reis conſtituend.* Sic rei ſtipulandi (*de quibus hoc tit.*) nuncupantur, quibus unius rei promiſſio ſimul facta eſt: rei promittendi, qui rem eandem pariter & in ſolidum ſinguli promiſerunt. *l.* 1. & 2. *ff. d. t. Weſenbec. hic n.* 1. Vide Althuſium *l.* 1. *dicæo-*5 *log. cap.* 85. *num.* 13 & *ſeqq pag.* 299. & *ſeqq.* Ut igitur ſtipulatione duo pluresve rei ſtipulandi & promittendi fiant: primò requiritur, ut ſuper unâ eademque re conjunctim ſeu copulativâ oratione & ſtipulatio fiat, & promiſſio. Diſtinctæ enim promiſſiones ſive reſponſiones ſingulis interrogationibus redditæ, diverſas quoque & ſeparatas ſtipulationes efficiunt. Deinde neceſſe eſt, ut & ſtipulatio & promiſſio fiat in ſolidum, non quidem expreſ-6 sè & nominatim, ſed tamen ut id agatur. Exempli gratiâ: ſi Mævius à Titio centum aureos ſtipuletur, & in continenti eoſdem centum aureos ab eodem Titio ſtipuletur Sempronius: eiſque; Titius ſtatim reſpondeat, *promitto*: vel *utrique veſtrûm dare ſpondeo*: duo rei ſtipulandi erunt. Contra ſi Titius à Mævio & Sempronio eoſdem centum aureos ſtipuletur: & utrique reſpondeant ſinguli ſeparatim, *ſpondeo*, vel omnes, *ſpondemus*: duo rei erunt promittendi. *l. duo rei* 4. *ff. de duob. reis conſtituend.* Quamobrem ſi Titius ſtipuletur à Mævio centum aureos: & mox à Sempronio ſimiliter centum aureos: cui uterque reus illico reſpondeat, *ſpondeo*: duo rei promittendi non erunt. Ratio eſt: quia in hac ſtipulatione Titius non dixit, *eoſdem centum aureos dare ſpondes?* Uterque tamen Titio tenebitur in aureos centum, ſi diverſa ſtipulatio & promiſſio fuerit. Quid autem, ſi Titius ſtipulatus ſit decem aureos à Mævio & Sempronio: eique illi repromiſerint? Et ne hoc quidem caſu duo rei debendi erunt: ſed ſinguli partes viriles, id eſt, quinque debebunt, ex hac ratione: quia ut in ſolidum eſſent obligati, non ſunt cautum. *l. reos promittendi.* 11. §. 1. *ff. de duob. reis conſt.* Cæterùm quæ ad conſtitutionem reorum ſtipulandi & promittendi requirantur, plenius explicant, poſt alios, Mynſingerus *hic num.* 4. *cum ſeqq.* Schneidewin. *num* 4. *cum ſeqq.* Heigius *hic in verſ. nam ſi prius num.* 3. *cum ſeqq.* Kniпſchildt *exercit. Acad.* 6 *q* 15. *p.* 234. & *ſeq.* nec non Locamer. *quæ-*7 *ſtionum juridicarum faſcic.* 36. *quæſt.* 1. Porrò novationem rectè ab uno correorum ſtipulandi fieri poſſe, oſtendit manifeſte Venulejus *in l. ſi rem aliquam.* 31. §. 1. *ff. de novationib.* hiſce maxime rationibus adductus: Tum quia unus petens judicium, totam rem in litem deducere poteſt. *d. l.* 31. §. 1. *verſ. & unum judicium, &c.* Tum quia acceptilatione unius, utriuſque ſive tota obligatio perimitur. *d. l.* 31. §. 1. *verſ. item unius, &c. l.* 2. *ff. de duob. reis conſtituend. l. & per jusjurandum.* 13. §. *fin.* & *l. ſi ex pluribus.* 16. *in princ. ff. de acceptilat.* Eſt enim ac-8 ceptilatio loco ſolutionis. *l. in diem.* 5. *d. l. ſi ex pluribus.* 16. *in fine principii ff. eod. tit. l. non ſolùm.* 7. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Solvi verò uni ſine dubio poteſt. *d. l. ſi rem.* 31. §. 1. *ff. de novationibus.* Tum denique quia perinde duo rei ſtipulandi ſibi quæſiverunt, ac ſi ſolus ſtipulatus eſſet. *d. l.* 31. §. 1. *verſ. ex quibus colligitur, &c.* At quin ſolus ſtipulatus, ſolus etiam novare poſſit, minimè dubitatur. Hiſce quamvis graviſſime & è diametro adverſari nonnulli putent *l. ſi unus.* 27. *in princ. ff. de pact.* (quam mirifice explicando, in hunc atque illum verſum Interpretes torſerunt, *Ant. Faber. lib.* 11. *conject. cap.* 18. *Robert. lib.* 1. *ſententiar. jur. cap.* 25. *Accurſ. Cujacius, Gothofred. & alii ad d. l. ſi unus.* 27. *in princ. ff. de pact. Borcholt. in Comment. de pact. cap.* 2. *num.* 18. & *ſeq.*) attamen nihil accommodatius eſſe *poſt d. l.* 31. §. 1. *ff. de novationib.*) quo novatio duorum correorum ſtipulandi probetur, quàm illam ipſam *l. ſi unus.* 27. *in princ. ff. de pact.* exiſtimat, atque ingenioſè evincit noviſſimè Valentinus Riemer. *decad.* 10. *quæſt. illuſtr.* 6. ad quem, utpote in omnium manibus verſantem, benevolum Lectorem remitto. Adde Chriſtoph. Philippum Richterum *in tract. de contractib. diſput.* 7. *th.* 2. *ſub lit. I. pag.* 178. & *ſeq.*

§. Ex hujuſmodi. 1.

Ex hujuſmodi obligationibus & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur: & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

SUMMARIA.

1 *Effectus conſtitutionis duorum reorum.*
2 *Cur obligatio in duobus reis, ſit in ſolidum.*
3 *Uno correorum promittendi ſolvente, & cæteri liberantur.*
4 *Intellectus auth. hoc ita C. hoc tit. & Novell.* 99. *cap.* 1.

HIc de effectu hujus ſtipulationis, ſive conſtitutionis duorum reorum tractatur. Nam ubi duo rei ſtipulandi ſeu credendi conſtituti ſunt, ſingulis in ſolidum debetur: contra ubi duo rei ſunt promittendi ſive debendi, ſinguli in ſolidum tenentur. Aſt ubi non ſunt correi 1 ſive duo rei, non in ſolidum, ſed in partes viriles obligati ſunt. *l.* 1. & 2. *C. hoc tit.* Cur autem obligatio in duo- 2 bus reis in ſolidum ſit, ratio hæc eſt: quia licet unius tantùm rei ſit obligatio: nominatim tamen, aut tacitè ſaltem id actum cenſetur, ut eadem utrique, vel ab utroque debeatur. Aut (*ut apertius dicam*) licet una & eadem ſit obligatio in genere conſiderata: illa tamen in plurium perſonis multiplicata creditur. Quemadmodum enim uno vinculo plures ligantur: ita plures perſonæ una obligatione adſtringuntur: quarum reſpectu plures quidem & multiplicatæ dicuntur obligationes; re tamen una ſubſtantia, & unius rei in obligationem deducta, una obligatio intelligitur. Hincque fit, quòd ſi unus ex duobus 3 reis promittendi ſolverit: non ſolùm ipſe, ſed & alter promittendi reus liberetur, totaque obligatio perimatur, *hoc §. noſtro. l.* 2 & 3. §. 1. *ff. de duob. reis conſtituend.* Vide Timæum Fabrum *diſput.* 23. *ad Inſtitut. Imperial. th.* 4. *lit. a.*

Quod porrò traditur, duos pluresvè promittendi ſive 4 debendi reos in ſolidum teneri. *hic & d. l.* 2. *d. l.* 3. §. 1. *l. eandem.* 9. §. *ultim.* & *l. fin. ff. d. tit. d. l.* 1. & 2. *C. hoc tit.* ei non adverſatur *Authent. hoc ita. C. eod.* & *Novell.* 99. *c.* 1. ex quibus textibus Interpretes communiter concludunt, quòd jure noviſſimo correi debendi in ſolidum non teneantur; ſed habeant beneficium diviſionis, ſi omnes ſolvendo ſive idonei & præſto ſint: *Ferrarius, Cantiuncula, Baro, Limus, Dynſinger. Schneidewin. Giphanius, Borcholt. Kittershuſius, & alii in hoc §. Weſenbecius in Paratit. ff. de duob. reis conſtit. num.* 7. *Hænon. diſput.* 14. *controverſ.* 10. *Gædd. in Comment. de contrah. & committ. ſtipulationib. cap.* 9. *concluſ.* 5. *num.* 127. *Timæus Faber d. l. theſ.* 4. *ad lit. b.* Etenim textus iſtos tantum de duobus reis, qui vice mutuâ fidejuſſerunt, tractare, docent *Cujacius* & *Antonius Matthæus*

Matthæus hic in ſuis not. Coſtalius in l. vir uxori. 17. ff. ad SC. Vellejan. Donellus in d. Auth. hoc ita. C. hoc tit. Bronchorſt. cent. 2. ἐναντιοφανῶν *aſſert. 90. ed. 1. Balduin. in Juſtin. ſuo pag. 531. D. Collega Bocerus claſſ. 2. diſputat. 15. th. 79. ed. 2. & in hoc §. num. 3. & 4. pag. 250. Ronchegall. in d. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis conſtit. num. 99. & ſeqq. Arumæus Exercit. Juſtin. 13. th. 9. Schegk. in delibatis jur. diſput. 16. th. 8. & Hugon. in hoc §. noſtr. n. 3. & ſeqq.* Eandem rem explanatius exequuntur Bachovius *in not. ad Treutl. vol. 2. diſp. 27. th. 9. lit. E. p. 881. cum ſeq.* Hunnius *ibidem in reſolut. quæſt. 54. pag. 163. & ſeq.* Frantzkius *exercitat. jurid. 10. quæſt. illuſtr. 7.* Rittershuſius *in expoſit. d. Nov. 99. part. 3. cap. 6. per tot. pag. 162. & ſeqq.* itemque Locamer. *quæſtion. jurid. faſcic. 36. quæſt.* 3. & 4.

§. Ex duobus. 2. & ult.

Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel ſub conditione obligari poteſt: nec impedimento erit dies aut conditio, quo-minùs ab eo, qui pure obligatus eſt, petatur.

S U M M A R I A.

1 *Plures rei promittendi qualiter obligari poſſint.*
2 *Conſideratio l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis conſtituendis.*
3 *Fidejuſſor aliter, quam principalis reus, obligari nequit.*

1 AIt in hoc §. Imperator; ex duobus ſive pluribus reis promittendi, unum puré, alium in diem, vel ſub conditione obligari; & pure obligatum, quamvis alter correi obligati ſint, ſtatim conveniri poſſe. Idem ait Florentinus *in l. ex duobus. 7. ff. de duob. reis conſtituend.* Cui non repugnat Papinianus, dum aſſerit: duos reos debendi non eſſe, à quibus impar ſuſcepta eſt obligatio. *l.*
2 *eandem. 9. §. 1. ff. d. tit.* Nam quicquid hic eſt imparitatis ſive diſſimilitudinis, facile ad paritatem reduci poteſt. Advenienſte etenim conditione, vel die, ambo æqualiter tenentur. Conditio ſiquidem, cùm ſemel extitit, perinde habetur, ac ſi illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, ſine conditione ſtipulatio inita eſſet. *l. potior eſt. 11. §. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* Verum ſi eſſet diſſimilitudo & imparitas, quæ tolli, aut ad paritatem reduci nequeat, hæc certe obligationem duorum reorum impedire poſſet: ut, ſi quis ſtipuletur, ab altero dolum præſtari, ab altero culpam tantum. Neque enim fieri poteſt, ut hi parem cauſam ſuſcepiſſe videantur: ac proinde duo rei eſſe non poſſunt, à quibus tam impar ſuſcepta eſt obligatio. Et ita accipienda eſt *d. l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis conſtituend. Myſinger. hic num. 3. & Oſterman. in ſuis rationalib. pag. 79.*
3 Cæterùm quod hic dicitur: ex duobus reis unum puré, alterum ſub conditione adſtringi poſſe: id in reo & fidejuſſore non obtinet. Fidejuſſor namque, cùm ejus obligatio ſit acceſſoria, & formam ex principali ſumat, aliter, quàm principalis reus obligari non poteſt, hoc eſt, ſi reus obligatus ſit ſub conditione, fidejuſſor purè obligari nequit. *§. fidejuſſores ita. 5. verſ. item ſi ille. infr. de fidejuſſorib. l. Græcè. 8. §. illud commune. 7. ff. eodem. & notat Weſenbecius hic num. 2.*

DE STIPULATIONE SERVORUM.

T I T U L U S XVIII.

Principium Tituli.

Servus ex perſona domini jus ſtipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque perſonæ defuncti vicem ſuſtinet. Ideoque quod ſervus hereditarius ante aditam hereditatem ſtipulatur, acquirit hereditati: ac per hoc etiam heredi poſtea facto acquiritur.

S U M M A R I A.

1 *Continuatio hujus tituli.*
2 *Ejusdem continuationis contra Bocerum defenſio.*
3 *Inſtitutiones Juſtiniani non leges.*
4 *Juriſconſultis de jure reſpondendi, non jus impugnandi, poteſtas conceſſa.*
5 *Cur de ſtipulatione, & non promiſſione ſervorum, hic quæratur.*
6 *Res noſtra per ſervum melior fieri poteſt, deterior non item.*
7 *Servus [illegible] non capax.*
8 *Conſideratio l. conſilio. 7. §. ult. ff. de curatoribus furioſo, &c.*
9 *Servus ex perſona domini caput habet.*
10 *Hereditas perſonæ defuncti vicem ſuſtinet.*
11 *In quibusdam hereditas pro perſona non habetur.*
12 *Servus hereditarius uſumfructum ſtipulari non poteſt.*
13 *Furtum [illegible] fieri dicitur.*

INdicatum eſt hactenus, quomodo ſtipulatio per homi- 1
nes liberos fiat: nunc conſequenter oſtenditur, quo-
modo per ſervos eadem fieri queat. Cæterum Dn. Col- 2
legæ Bocero hic *num. 1. & duob. ſeqq. pag. 254.* diſpli-
cet non ſolùm hæc communiſſima continuatio: ſed &
Methodus Juſtinianea. Sanè juſtam abſolutamque me-
thodum in univerſis libris Juſtinianeis non ubique rectè
obſervatam eſſe, ultrò fatemur: & eſſet [illegible] optandum
(*ſcilicet*) ut tempore Juſtiniani pro Triboniano Bocerus
vixiſſet, qui forſitan accuratiorem methodi rationem ſe-
quutus fuiſſet, ſi potuiſſet. Verùm quoniam ad hunc
uſque diem non eſt prodita ab ullo talis methodus, qua
omnes eſſent contenti; & ipſi quoque Bocero nova me-
thodus tentata non ita feliciter ſucceſſit, ut in pluribus
non peccârit, quàm ipſe Tribonianus, nihil in lapſus in
tam vario multorum aliorum niſu, & operatione multi-
plici extat, non ſolùm quod Scriptis Juſtiniani anteferri,
ſed ne conferri quidem hoc in genere rectè poſſit: omni-
no ſtudioſæ juris juventuti ſuadeo, ne ſe cujuſquam conſi-
lio ab hiſce Juſtiniani libris in alia omnia traduci patia-
tur; maximè, cùm iis etiam vis legum attributa ſit: 3
quam uſu multorum ſeculorum confirmatam videmus.
*§. quas ex omnibus. 6. ſupra in proœm. harum Inſtitutio-
num.* Valeant ergo arrogantes iſti Cenſores, & infelices
novatores, qui faſtidioſo & inſolenti conatu contra ipſum
Divum Imperatorem Juſtinianum inſurgere, ejusque
methodum pervertere & evertere non verentur. Quid
enim, quæſo, futurum putamus, admiſsâ hac interpre-
tandi licentiâ? An certi aliquid in jure noſtro relinque-
tur? An non quidlibet ex quolibet poterit effingi? Ma-
neamus igitur intra terminos: nec nimium ſapere ve-
limus. Reſpondendi de jure nobis poteſtas permiſſa eſt, 4
non impugnandi jus, aut abrogandi facultas conceſſa.
Quid (malum!) Imperatoris officium uſurpare temera-
rio ac nefario auſu cupimus? *contra l. diſputare. 3. C. de
crim. ſacrilegii. & l. ult. §. 1. C. de legib.* Ideò autem hic 5
de ſtipulatione, & non de promiſſione ſervorum quæri-
tur: quia licet ſervus ob communem utilitatem ſtipu-
lari poſſit: tamen jure civili, quo nullam planè perſo-
nam habet, cujusque particeps non eſſe cenſetur, neque
ipſe promittendo, obligatur: neque dominum obligare
poteſt. *§. item inut. 6. infr. de inut. ſtip. l. quod ſi ſervum
3. in princ. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim. l. liberos.
3. in fine. ff. de capite minutis. l. qui teſtamento. 20. §. ſerv.
7. ff. qui teſtam. fac. poſſunt. l. quod attinet. 32. ff. de reg.
jur.* Tametſi jure prætorio dominus per ſervum peculio-
tenus obligetur. *l. 1. & tot. tit. ff. de peculio. l. ei, qui
ſervo. 7. l. cum ancilla. 11. & duab. ll. ſeqq. C. quod cum
eo, qui in aliena poteſtate eſt, &c. §. præterea. 4. infr. d.
tit.* Ratio, cur promittendo ſervus dominum obligare 6
nequeat, eſt perſpicua: quia res noſtra per ſervos me-
lior fieri poteſt: deterior fieri non poteſt. *l. melior con-
ditio. 133. ff. de reg. jur. l. per quos. 59. ff. de pact. l. ult.
circa fin. C. de acquir. & retin. poſſeſſ.* Ac ſanè ſervum ex
perſonâ domini jus ſtipulandi habere, eique ſtipulando
acquirere, non ambigitur. *hic princip. noſtr. l. 1. & tot. tit.
ff. hoc tit.* Ratio, cur ex perſonâ domini ſervus jus ſtipulan-
di habeat, nota eſt: quoniam per ſe nec ſtipulari, nec ul-
lam obligationem contrahere poteſt. *l. obligari. 43. in
fin. ff. de oblig. & act. l. in perſonam ſervilem. 22. ff. de
reg. jur.* Quid ita? quia ſervus juris civilis eſt expers. 7
d. l. qui teſtamento. 20. §. ſervus. 7. ff. qui teſtament.

Digitized by Google

*fec. poss. d.l. quod attinet.*32 *ff.de reg.jur.* Atqui obligatio
est juris vinculum, ut supr. *ad princip.tit.de obligationib.*
dictum.
8 Non obstat *l. consilio.*7. §. *ultim.ff.de curatoribus furio-
si*, *&c.* ex quâ lege probatur; contractus, adeoque etiam
stipulationem, esse facti. Ea autem, quæ facti sunt, in
ipsius servi personam cadunt: cùm naturalia sint. §. *sed
cùm factum.*2 *infr. hoc tit.* Non, *inquam*, obstat. Nam
respondetur: stipulationem & contractus partim facti esse,
ratione scilicet ipsius conventionis ac negotii, quod geri-
tur: partim juris, ratione obligationis inde natæ: quem-
admodum ex illa ipsâ l. 7. in contrarium adductâ, evin-
citur. Dum enim Julianus JC. ait, contractus facti ma-
gis esse, quàm juris; eo satis aperte innuit, contractus
non planè facti esse, sed etiam jus aliquod complecti.
Id quòd clarius confirmatur *ex l. si unus.* 27. §. 2. *ff. de
pactis.* ubi expresse, in stipulationibus jus contineri, tra-
9 ditur. Quod si verò dominus, ex cujus personâ servus
caput habet, mortuus est: hereditati, aut heredi futuro
servus; quod ante aditam hereditatem indefinite & gene-
raliter (Aliter namque se res habet, si nominatim certo
alicui heredi stipuletur, qui nondum hereditatem adiit:
quo casu nihil agitur. *l. servus.* 35. *ff. hoc tit.* Hujus-
que ratio est: quia stipulationis tempore, quo vires ac-
cipit stipulatio, heres illius servi dominus non fuit: pro-
indeque extraneo stipulari videtur: quod jure est prohi-
bitum. §. *alteri.* 18. *infr. de inutilib. stipulat.*) stipulatus
10 est, acquirit. Et ratio est: quia, *inquit hic Justinianus.* he-
reditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. Ra-
tio rationis: quia tametsi hereditas strictè res est, & non
persona. §. 1. *supr. de reb. corporalibus. & incorporal.* uti-
litatis tamen causâ receptum est, ut locum defuncti ob-
tineat, adeoque pro personâ habeatur: ne videlicet post
defuncti mortem, dum hereditas jacet, commoda eo-
rum, quæ in hereditate sunt, puta fructus, fœtus, par-
tus, &c. pereant. *Vide eâ de re jul. as dissertantes, Ba-
chovium in suis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th.
2. lit. A. pag.*815. *& Hunnium ibidem in suis resolutioni-
11 bus. quæst. 16. pag. 81. & seq.* Rectè autem ait hic Im-
perator, *in plerisque*, & Hermogenianus dicit: *in multis
partibus juris hereditas pro domino habetur. l. hereditas.*
61 *ff. de acquir. rer. domin.* Quia excipiuntur quædam,
in quibus hereditas pro domino, sive pro personâ non
habetur: ut est ususfructus, furtum, aditio hereditatis,
omnes denique causæ, in quibus vivens & vera, non fi-
12 cta persona, requiritur. Igitur servus hereditarius,
id est, hereditatis, quæ nondum adita est, usumfru-
ctum stipulari non potest: cum ususfructus sine vera
personâ esse nequeat. *l. usufruct.* 26. *ff. hoc tit.* Sic quo-
que hereditati furtum non fieri dicitur. *l.* 1. § *Scævola.
ff. si is, qui testamento liber esse jussus erit*, *&c. l. heredita-
13 tis.* 68. *ff. de furtis.* Siquidem furtum flagitat perso-
nam veram, cui fiat: cùm invito domino fieri debeat.
§. *furtum autem.* 6. *infr. de obligationibus quæ ex delicto
nasc. l. qui jumenta.* 40. *ff. de furtis.*

§. Sive autem. 1.

Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo,
sive impersonaliter servus stipuletur: domino acqui-
rit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate pa-
tris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

SUMMARIA.

1 *Quadruplex stipulationum servilium forma.*
2 *Servus domino & ignoranti & invito acquirit: ejusque ratio.*
3 *Servus & filiusfamilias in quibus æquiparentur: in quibus item
differant.*
4 *Servus ex domini personâ potestatem stipulandi habet.*

1 QUadruplex hic forma stipulationum servilium affer-
tur. Aut enim servus domino, aut sibi, aut con-
servo suo, aut impersonaliter stipulatur. *l.*1. *in prin. &
2 l. sive mihi.*15. *ff. h. t.* Sed quocunque modo stipuletur:
domino & ignoranti & invito acquirit. §. 1. *supr. de his*,
qui sui vel alieni juris sunt. l. acquiritur. 10. §. 1. *& l.
etiam invitis.* 32. *ff. de acquir. rer. domin. l. servus.*62. *ff.
de verbor. obligat. l. placet.* 79. *ff. de acquir. vel omitt. he-
redit.* Ejusque ratio est: quia ipse servus, cùm in po-
testate alterius sit, nihil suum habere potest. §. *item vobis
acquiritur.* 3. *vers. ipse enim servus supr. per quas person.
cuique acquiritur. l. homo liber.* 54. §. *quidquid.* 4. *ff. de
acquir. rer. domin. l. ait prætor.* 23. §. 1. *ff. ex quibus
caus.major. &c. l. qui in serv.*118. *ff. de reg. jur.* Idem ju- 3
ris & in filiosfamilias esse Imperator hic affirmat: ut ni-
mirum, quemadmodum dominus per servum, tanquam
instrumentum, acquirit, & ipse stipulatus esse fingitur:
ita & pater per filium, potestati suæ subjectum, acquirere
censeatur. §. *si quis alii.* 4. *vers. et verò, qui infr. de inuti-
libus stipulat. l. quodcunque.* 45. *ff. de verbor. obligation.*
Quamvis autem hoc loco servus & filiusfamilias, quoad
acquisitionem, æquiparentur: in eo tamen differunt,
quòd servus indistinctè quærat domino: at filiusfamilias
in peculio profectitio tantum, & adventitio, quoad usum-
fructum, patri acquirat. §. 1. *supr. per quas person. cuiq.
acquir. l. cùm oportet.*6. *C. de bon. quæ liberis*, *&c.* Et hoc
est, quòd ait hic Imperator in fine, *ex quib. causis ac-
quirere possint.* Potest & alia inter filiumfamilias & ser- 4
vum notari differentia: quòd servus ex personâ domini
(propriam enim non habet) vim ac potestatem stipulan-
di capit, *ut suprà initio hujus tituli dictum.* Filius autem
familias non ex personâ patris, sed ex suâ jus stipulandi
habet: quia est civis Romanus, ac liber. *l. filiusfamilias.*
39. *l. obligari.*43. *de obligat. & actionibus. l. cum filiusfami-
lias.*49. *ff. de de verb. obligat. l. si dubitet.*10. §. *filiusfamilias.*
2. *ff. de fidejussoribus.*

§. Sed cùm factum. 2.

*Sed cum factum in stipulatione continebitur: om-
nimodo persona stipulantis continetur: veluti si ser-
vus stipuletur*, ut sibi ire agere liceat. *Ipse enim
tantum prohiberi non debet*, *non etiam dominus
ejus.*

SUMMARIA.

1 *Servus stipulando acquirit domino ea, quæ sunt juris: & sibi
ipsi, quæ sunt facti.*
2 *Ratio hujus differentiæ.*

DIctum est *in proximè præcedente* §. servum omnia 1
quæcunque sive sibi, sive domino, sive sine adjectio-
ne aliqua stipuletur, domino suo acquirere. Ejus hæc ex-
ceptio affertur. Nam cùm factum est deductum in sti-
pulationem: tunc stipulatio nequaquam domino acqui-
ritur, sed in personâ servi tantùm consistit: veluti si ser-
vus stipuletur, *ut sibi ire agere liceat.* Ipse enim servus
tantùm prohiberi non debet, non etiam ejus dominus.
Aliud verò est si stipuletur servus, *ut domino ire agere li-
ceat.* Hoc enim casu domino stipulatio acquiritur: a-
deoque dominus ipse ex eâ ire agere poterit. *l. stipulatio
ista.*38. § *hi, qui sunt.*6. *& seq. ff. de verbor. obligation.*
Multùm igitur hac in re jus differt à facto. Servus namque
stipulans ea, quæ juris sunt, sive sibi, sive domino stipu-
letur, semper domino ignoranti & invito acquirit, ut
est dominium, aut stipulatio *dabis?* §. *item vobis.*3. *supr.
per quas person. cuique acquirit. l. serv. vetante.* 62. *ff. de
verbor. obligat.* Ea autem quæ sunt facti, servus stipulans,
si quidem domino, acquirit domino: si sibi, acquirit
sibi, *d.l. stipulatio ista.*38. §. *hi, qui sunt.* 6. *ff. eod.* Ratio 2
hujus differentiæ inter jus & factum illa reddi potest:
quia facta & naturalia sunt, quorum capax est servus, &
personalia, eòque in dominum non transeunt. *l. qui he-
redi.*44. *in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si statu libe-
ra.*6. §. *ult. ff. de statu liber. l. cùm proponas.*3. *C. de heredib.
instituend. & notat. hic Gybanus & Rittershusius pag.* 434.
At ea, quæ sunt juris, prorsus in personam servilem non
cadunt. *d.l. stipulatio ista.*38. §. *hi, qui sunt.*6. *ff. de verb. obligat.
l. quod attinet.*32. *ff. de reg. jur.*

§. Sed

Digitized by Google

§. Servus communis. 3. & ult.

Servus communis stipulando, unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est. Tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti, si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

SUMMARIA.

1 *Servus communis acquirit dominis suis pro parte dominica.*
2 *Qui plus in societatem contulit, etiam plus lucri ferre debet.*
3 *[illegible]*
4 *[illegible]*
5 *[illegible]*

1 SErvus communis, id est, qui duorum aut plurium est dominorum, dominis suis non in solidum, neque pro virilibus, & æqualibus partibus, sed pro portione dominicâ, hoc est, quantum quilque eorum juris in servum habet, stipulando regulariter acquirit. *l. servus communis. 5. ff. hoc tit.* Sed exemplo res fit illustrior. Pone ergo: Ego & tu emimus servum communem triginta florenis: quorum ego viginti, tu decem expendisti. Habeo itaque duas portiones in servo, tu tertiam. Jam si servus stipuletur trecentos florenos: non acquiretur tibi centum quinquaginta, id est, portio virilis sive æqualis; sed centum duntaxat: reliqui vero ducenti mihi
2 acquirentur. Ratio & æquitas hujus rei est perspicua: Tum quia is, qui plus in societatem contulit, plus lucri ut ferat, æquum est. *arg. l. [illegible]. 29. in princ.*
3 *ff. pro socio.* Tum quia acquisitionis unica atque sola causa est dominium. Qui ergo plures partes habet dominii, ei etiam plus acquiretur, *[illegible] Hunnio [illegible] & Rit-*
4 *tershusio p. 435.* Cæterum à prædicta regula tres excipiuntur casus, quibus non cuique dominorum, sed uni tantum in solidum acquiritur. Primus est: si servus ille jussu unius dominorum stipuletur. *d. l. 5. & duabus ll. seqq. ff. eod.* Jussum etenim prævalet, etiamsi alteri domino servus stipuletur, *per textum elegantem in l. ultim. C. per quas person. nob. acquiritur.* ubi Justinianus hanc rationem assignat: *Quia [illegible] indulgendum non est, ut liceat ei, domini jussione contempta, sua libidine facere stipulationem, & ad alium dominum, qui [illegible] forsitan corrupit, alienum lucrum transferre.* Secundus est: si servus communis uni ex dominis nominatim stipuletur; putà; *Sempronio aut Titio, hero meo dare spondes? d. l. servus communis. 5. vers. licet autem. l. proinde. 7. §. 1. l. si ex re. 28. §. [illegible]. 3 ff. hoc tit.* Tertius est: si rem talem simpliciter stipuletur, quæ alteri ex dominis acquiri non possit: veluti, si domum, quæ jam est alterius dominorum, alteri stipuletur. Hac enim stipulatione ei, cujus jam est domus, nihil acquiritur. *d.*
5 *l. proinde. 7. §. 1. l. si communis. 17. ff. eod.* cum nemini res sua acquiri queat. §. *idem juris. 2. infr. de inutilib. stipulat. §. sed si rem. 10. supr. de leg. §. si itaq. 14. infr. de actionib. l. [illegible] 4. C. de contrah. empt. & vendit. & latius hæc explicat Rittershus. pag. 435.*

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

TITULUS XIX.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tàm prætoriæ, quàm judiciales.

§. 1. Judiciales sunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti, de dolo cautio, vel, de persequendo servo, qui in fugâ est, restituendove pretio.

§. 2. Prætoriæ sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur: veluti, damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his etiam contineantur ædilitiæ. Nam & hæ à jurisdictione prætoris veniunt.

§. 3. Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur: hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium: quarum totidem genera sunt, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.

§. 4. Communes sunt, veluti, rem salvam fore pupillo. Nam & prætor jubet, rem salvam fore pupillo, caveri: & interdum judex; si aliter hæc res expediri non potest, vel de rato stipulatio.

SUMMARIA.

1 *[illegible]*
2 *Quadrimembris stipulationum [illegible]*
3 *[illegible]*
4 *[illegible]*
5 *Satius est, [illegible] causam [illegible]*
6 *[illegible]*
7 *[illegible] continean-tur.*
8 *[illegible] §. 2. [illegible] & c. [illegible]*
9 *[illegible]*
10 *[illegible] conventionales quæ sint.*
11 *Earum quot genera.*
12 *[illegible] quid hic importet.*
13 *[illegible] stipulationes earumque exempla.*
14 *Stipulatio, rem pupilli salvam fore.*
15 *Stipulatio de rato.*

1 POsteaquam suprà *ad principium num. 54. & §. omnis. 2 [illegible] tit. de verb. oblig.* aliqua stipulationum divisiones sunt propositæ: hoc loco alia divisio, eaque
2 quadrimembris, à causa efficiente sumpta, exponitur. Nam stipulationum aliæ sunt judiciales: aliæ prætoriæ:
3 aliæ conventionales: aliæ communes, tam prætoriæ quam judiciales. *[illegible] disp. 23. ad Instit. Imperiales. th. 5.* Judiciales stipulationes *[illegible] in l. stipulationum. 5. ff. de verb. oblig.* [illegible] dicuntur, quæ à mero sive solo judicis officio, id est, jussu & interlocutione, proficiscuntur: hoc est, quarum auctor est judex à prætore datus, non vero prætor ipse, non partes inter se [illegible], *ut rectè explicat Cujacius in d. l. 5. in princ. ff. d. tit. [illegible] Borcholt. num. 2.* Verbi gratia: *cautio de dolo*, est judicialis stipulatio. Etenim illa plerumque in judiciis, jubente judice, præstari solet: ut, si Sempronius rem à fure, aut quovis alio vindicet, & metuat, ne pendente judicio res à fure corrumpatur; reus cavere, *de dolo abfuturo in re restituendâ*, per judicem, cogitur. *l. præterea. 20. l. si homo. 54. ff. de rei vindicat. l. creditor. 15. ff. de pignorat. act. Gipban. [illegible] in vers. veluti de dolo cautio, &c.* Sic quoque judicialis est stipulatio, *cautio de persequendo servo, qui in fuga est.* Hanc siquidem cautionem sæpe judex interponi curat: veluti, si legatarius servum sibi legatum ab herede petat: heresque eum in sua potestate esse, ut qui sit in fuga, neget: heres à judice servum suis sumptibus requirere, & legatario restituere, aut pretium ejus præstare jubetur. *l. [illegible]. 39. l. servo legato. 69. §. [illegible] de leg. 1. l. item si 14. §. quod si homo ff. quod [illegible]. l. si [illegible]. 25. §. si qui dotalem ff. soluto matrimonio.* Idem & de alia qualibet re absente inquirendâ, exhibendâ, & restituendâ sentiendum est, *argument. l. [illegible] ff. ad exhiben.* Præter istas cautiones sive stipulationes judiciales, sunt & quædam aliæ: ut cautio indemnitatis. *l. ipsi quoq. 19. l. à quo serv. 58. ff. de rei vindic.* ut cautio de refundendo,

Digitized by Google

deque ſolvendo certo loco, vel tempore, &c. *l. ſed ſi damnum. 9. §. fin. l. ex facto. 52. in fin. ff. de pecul. l. quod ſi Epheſi. 4. §. 1. ff. de eo, quod certo loco, &c.*

4 Prætoriæ ſtipulationes ſunt, quæ à mero prætoris officio proficiſcuntur: hoc eſt, quarum auctor eſt ipſe prætor: ſive, quæ non apud ſpecialem judicem ſed apud Magiſtratum petuntur, & ejus auctoritate, juſſu, atque imperio interponuntur: cujuſmodi eſt ſtipulatio damni infecti, & legatorum. *§. 2. hoc tit. d. l. ſtipulationum. 5. in princ. ff. de verb. obligat.* Priore quis periculum arborum, loci, operis, ædiumvè vicinarum, ruinam minantium, evitare poteſt, *tot. tit. ff. de damno infect.* Alterâ utuntur legatarii ſtipulantes ab herede, cujus de fide dubitant, de legatis aut fideicommiſſis rectè præſtandis. *l. filiusfamilias. 114. §. iidem Principes. 12. ff. de legat. 1. &*
5 *tot. tit. ff. ut legator. nom. caveat.* Melius enim, & ſatius eſt, ante tempus occurrere, quàm poſt cauſam vulneratam, id eſt, damnum acceptum, vel legatum ab herede conſumptum, remedium quærere. *l. ult. Cod. in quibus caus. in integr. reſt. neceſſar. non eſt.* Cæterum plures ſtipulationes ſeu cautiones prætoriæ cognoſci poterunt *ex tit. ff. de prætoriis ſtipulat. & tribus tit. ſequentibus* item *ex tit. uſufructuarius quemadmod. caveat. & titul. ſi cui plus, quam per leg. Falcid. licuerit. legatum eſſe dicetur. cum ſimilibus.* Vide Riemerum *decad. 10. quæſt. illuſtr.* 3. Planè prætoriis ſtipulationibus & ædilitiæ annumeran-
6 tur. *d. §. 2. verſ. prætorias. hoc tit.* Nam jus ædilitium juris prætorii portio eſt. *§. prætorum. 7. verſ. proponebant. ſupr. de jur. nat. gent. & civil.* Sunt autem ædilitiæ cautiones, quæ de morbis, aut vitiis venalium rerum interponuntur: quarum præcipua eſt, *cautio* ſive *ſtipulatio dupli*, de qua *in tit. ff. de evictionibus & dupl. ſtipulat.* Verbi gratia: ſi vendo mancipium, vel equum, & emptori repromitto, ſi quid occulti vitii in equo vendito inventum fuerit, aut ſi evincatur, me duplum ſoluturum. Venditor enim non ſolum ſi quid vitii inſit, clarè prædicere; ſed eo etiam nomine cavere debet. *l. ſi venditor. 28. & l. itaque. 32. ff. de ædilit. l. emptori. 37. ff. de evi-*
7 *ctionibus.* Cur verò nomine prætoriarum ſtipulationum etiam ædilitiæ contineantur, Juſtinianus hic *in d. §. 2. ad finem.* hanc rationem ſubjungit: *quia* (inquit) *& hæ ædi-*
8 *litiæ à juriſdictione prætoris veniunt.* Ubi admonendi ſumus: Jacobum Cujacium *in prællegatâ l. ſtipulationum. 5. ff. de verb. obligat.* ibique Donellum *num. 15.* Franciſc. Hotomanum *hic enunciat. 5.* Johannem Borcholten *num. 8.* Auſſardum, Baronem, Bachovium *pag. 760.* itemque Tumingium *pag. 575.* & Petrum Heigium *num. 14. cum ſeqq.* & alios nonnullos Interpretes neotericos putare: verbum, *prætorii* hic expungendum eſſe: tum quia neque *in d. l. 5. ff. de verb. obligat.* neque in Theophilo extet: tum quia ædilitiæ a juriſdictione, non prætoris, ſed ædilium veniant. *l. 1. in princ. d. l. ſi vendi-*
9 *tor. 28. & l. ædiles. 38. ff. de ædilit. edict.* Verùm nihil hoc loco delendum, aut corrigendum eſſe videtur: cum quia omnis correctio odioſa, ac ea propter vitanda eſt. *c. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.* tum quia jus ædilitium pars eſt, & quaſi ſupplementum juris prætorii. *d. §. prætorum. 7. verſ. proponebant. ſupr. de jure nat. gent. & c.* Et ita quoque, *poſt Giphanium à ſe citatum*, non obſcure ſenſit D. Rittershuſius *hic pag. 438. circa finem.* Sed vide vacillantem D. Bocerum *hic num. 14. pag. 260.*

10 Conventionales ſtipulationes dicuntur, quæ neque prætoris, neque judicis auctoritate, ſed ipſorum reorum, id eſt, partium inter ſe contrahentium voluntate interponuntur: & ex earum pacto & placito ſive conventione (quæ legem dat contractui. *l. contractus. 23. & l. nec ex prætorio. 27. ff. de reg. jur. C. contract. 85. cod. in 6.*) ſubſtantiam capiunt, *§. conventionales. 3. hoc tit. d. l. ſtipulationum. 5. in princ. verſ. conventionales. ff. de verb. obligat.* Licet enim prætoriæ quoque & judiciales ſtipulationes aliquam voluntatem ac conventionem habeant: cùm nulla ſtipulatio ſine conventione & conſenſu contrahatur. *l. in omnib. 55. ff. de obligat. & action.* quia tamen in judicialibus ac prætoriis voluntas & conſenſus non eſt ſpontaneus; ſed ad prætoris juſſum interponitur, adeòque neceſſarius cenſetur: rectè nomen conventionalium ſtipulationum prætoriis & judicialibus non imponitur. Et 11
harum conventionalium ſtipulationum tot genera ſunt, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum, id eſt, obligationum ſeu negotiorum, quæ contrahi poſſint: hoc eſt, ſunt infinita atque innumerabilia. Nam & negotiorum & pactionum, quibus confirmandis ſtipulationes frequentiſſimè adhibentur, innumerabilia ſunt genera. *d. l. 5. in princ. ff. de verb. obligat. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. ſi ſtipulatus. 4. ff. de uſur. l. 1. § & ſciendum. 4. ff. de ſtipulat. prætoriis. Paul. lib. 5. ſentent. tit. 7.* Atque iſthæc infinitas ſive multitudo rerum contrahendarum in cauſa eſſe videtur, cur conventionalium harum ſtipulationum exempla nulla hic ponantur: cùm tamen priorum exempla ſint adducta: quia ſcilicet planè non eſt neceſſe. Nemo quippe tam imperitus eſt, qui non aliquos ſaltem, ſi non omnes, quibus obligatio contrahitur, modos teneat. Ex his quiſque, ſi velit, exemplum ſibi ſumat: & quodcunque genus obligationis contrahendæ adhibuerit, non erraverit. *Idque uberiùs explicat Donellus ad d. l. ſtipulationum. 5. num. 16. & ſeqq. ff. de verb. obligat.*

Porrò autem cum Imperatore hic *in §. 3. & Pomponio* 12
in d. l. 5. in princip. verſ. conventionales. ff. d. tit. cautè addimus clauſulam iſtam, *penè dixerim.* Iſthæc quippe clauſula eò pertinet, ut intelligamus: quaſdam eſſe res, de quibus contrahi poſſit, & quæ tamen in ſtipulatum deduci nequeant: uti res ſacræ, religioſæ, liberi homines, &c. quandoque vendi poſſunt. *l. & liberi. 4. l. liberi hominis. 70. ff. de contrah. empt.* aſt in ſtipulationem venire haud poſſunt. *§. idem juris. 2. infr. tit. proximo, & tradit Rittershuſius in d. §. conventionales. 3. hoc titul. pag. 439.*

Communes denique ſtipulationes dicuntur: quæ, re- 13
bus ita exigentibus, modò jubente prætore, modò jubente judice interponuntur: cujuſmodi ſtipulatio eſt, rem 14
pupilli ſalvam fore. *§. ult. hoc tit. d. l. 5. in princ. verſ. communes ſunt. ff. d. tit.* Nam hæc interdum ex juſſu prætoris interponitur, interdum ex juſſu judicis. Ex juſſu ſeu officio prætoris interponitur: cum pupillus, vel alius pupilli nomine hanc cautionem, nullo judicio ſuſcepto, per tutorem præſtari ultro deſiderat, quo res pupillares per eam ſalvæ remaneant, & in tuto conſtituantur. Ad quam cautionem præſtandam à prætore tantùm vel alio magiſtratu, non verò à judice tutor compelli poteſt. Quoties enim eam tutoribus prætor injungit: non judicis, ſed magiſtratûs officio fungitur. Nullo namque judicio adverſus tutorem pendente, nullâ etiam cauſæ cognitione adhibitâ: cautio iſta per prætorem decernitur. A judicis autem juſſu & officio hæc cautio ſive ſtipulatio proficiſcitur: cum lis jam conteſtata eſt, & judicium ſuſceptum: ut, ſi tutor cum pupillo litem inſtituerit, & ei pupillus objecerit, nondum ab eo cautionem eſſe præſtitam. Hoc caſu tutor juſſu judicis cogetur, aut illam præſtare, aut nomen & officium tutoris omittere, *argum. l. ſi impuberi. 13. in princ. ff. de tutorib. & curatoribus datis ab his, &c. l. 3. & l. ultim. C. de tutore vel curatore, qui ſatis non dedit.* Sic quoque ſtipulatio ſeu cautio *de rato*, 15
ſive *rem ratam haberi*, eſt communis. *§. ultim. in fine. hoc tit.* Nam ad eam præſtandam, procurator alieno nomine agens, etſi ut plurimum per prætorem; interdum tamen etiam per judicem compellitur. Si ante litem conteſtatam cautio iſta exigitur: citra controverſiam prætoria eſt: cum à prætore injungatur. Si verò poſt litem demum conteſtatam petitur: eſt judicialis. Judex ſiquidem hoc caſu illam ex officio ſuo decernit. Cæterum hanc rem, *poſt Interpretes hic*, latiſſime perſequuntur *Alciatus & Donellus ad d. l. 5. num. 19. & ſeqq. ff. de verbor. obligation. Gæddeus in Commentar. de contrah. & committ. ſtipulat. cap. 5. concluſ. 22. num. 302. cum aliquot ſeqq. & Detlevus Langebeckius in ſuis annotationibus ad leges aliquot perdifficiles. cap. 6.*

DE

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

TITULUS XX.

Princip. Tit. cum §. 1. *&* 2.

Omnis res, quæ dominio noſtro ſubjicitur, in ſtipulationem deduci poteſt: ſive mobilis ſit, ſive ſoli.

§. 1. At ſi quis rem, quæ in rerum naturá non eſt, aut eſſe non poteſt, dari ſtipulatus fuerit: veluti, Stichum qui mortuus ſit, quem vivere credebat: aut hippocentaurum, qui eſſe non poſſit: inutilis erit ſtipulatio.

§. 2. Idem juris eſt, ſi rem ſacram aut religioſam, quam humani juris eſſe credebat: vel rem publicam, quæ uſibus populi perpetuò expoſita ſit, ut forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem ſervum eſſe credebat, vel cujus commercium non habuerit; vel rem ſuam dari quis ſtipuletur. Nec in pendenti erit ſtipulatio ob id, quod publica res in privatam deduci, & ex libero ſervus fieri poteſt, & commercium adipiſci ſtipulator poteſt, & res ſua ſtipulatoris eſſe deſinere poteſt: ſed protinus inutilis eſt. Item contrà licet initió utiliter res in ſtipulationem deducta ſit: ſi tamen poſtea in aliquam eorum cauſam, de quibus ſuprà dictum eſt, ſine facto promiſſoris devenerit: extinguitur ſtipulatio. At nec ſtatim ab initio talis ſtipulatio valebit: *Lucium Titium, cum ſervus erit, dare ſpondes?* & ſimilis. Quæ enim naturá ſui dominio noſtro exempta ſunt: in obligationem deduci nullo modo poſſunt.

SUMMARIA.

1 *Ordinis ratio.*
2 *Contraria juxta ſe poſita magis eluceſcunt.*
3 *Inutiles ſtipulationes quæ dicantur.*
4 *Quæ res in ſtipulationem deduci poſſint, vel non poſſint.*
5 *Impoſſibilium nulla obligatio.*
6 *Ubi res ipſa non debetur, ibi nec debetur ejus æſtimatio.*
7 *Ratio diverſitatis, cur liber homo, res ſacræ, religioſæ, &c. in ſtipulationem deduci nequeant: emptio vero & venditio earum rerum ſubſiſtat.*
8 *Quædam res commercio non in univerſum, ſed reſpectu aliquarum ſolummodo perſonarum ſunt exempta.*
9 *Judæus ſervum Chriſtianum inutiliter ſtipulatur: ut & præſes provinciæ rem provincialem.*
10 *Nemo poteſt ſibi rem ſuam ſtipulari: hujuſque ratio.*
11 *Si res commercio hominum exempta, &c. promiſſa eum in ſtatum perveniat, à quo incipere potuiſſet ſtipulatio, ubi continuo inutilis cenſetur.*
12 *Stipulatio non ſecundum jus futuri, ſed præſentis temporis æſtimari debet.*
13 *Quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis non convaleſcit.*
14 *Quando rei ſuæ ſtipulatio valeat.*
15 *Stipulatio rei ſuæ differt à ſtipulatione rei ſacræ, &c.*
16 *Ratio hujus differentiæ duplex.*
17 *Si res incidat in eum caſum, à quo non poteſt incipere, vitiatur ſtipulatio: quando [illegible]*
18 *Mens & ſententia l. ſi grege legato. 22. ff. de legat. 1.*

1 HUc uſque abundè oſtenſum eſt, quomodo ſtipulationes rectè ac utiliter concipiantur; quomodo item
2 dividantur: nunc, quia contraria juxta ſe poſita ſive conjuncta magis eluceſcunt, ſeque invicem illuſtrant, *argument. princ. tit. ſupr. de tutel. & princ. tit. ſupr. de his, qui ſunt ſui vel alieni jur. l. 1. ff. eod. l. Pomponius* 40. §. *ſed & iis. ff. de procuratoribus l. & ſi contra.* 35. *in fine ff. de vulg. & pupill. ſubſtitution. & ſimilium.* explicandum eſt, quomodo inutiliter ſive nulliter contrahan-
3 tur. Inutiles autem cenſentur ſtipulationes, vel ob materiam, reſque, quæ in ſtipulationem deducuntur, cum deduci non poſſint, *ut in* §. 1. *&* 2. *&* 21. vel ob cauſæ efficientis defectum, puta diſſenſum. §. 22. defectumvè perſonarum, quæ obligari nequeunt, *ut in* § 3. 4. 6 *&* 4. *ſeqq.* vel ob vitium formæ & acceſſionum, quæ ſtipulationi inutiliter adjiciuntur, *ut in* §. 5. 11. *cæteris.* Omnes 4 porrò res, quæ dominio noſtro ſubjiciuntur, hoc eſt, quæ propriæ noſtræ fieri poſſunt (dominium quippe nihil aliud eſt, quàm proprietas. *l. ſi procurator.* 13. *in princip. ff. de acquir. rer. domin.*) in ſtipulationem rectè poſſunt deduci; ſive mobiles ſint, ſive ſoli, hoc eſt, immobiles, *auctore hic Juſtiniano.* Cùm enim acquirendarum rerum cauſâ ſtipulationes inſtitutæ ſint: conſentaneum eſt, ut ad omnes quoque omnium rerum acquirendarum modos accommodari poſſint, *docente Hotomano hic enunciat.* 1. Res igitur, quæ in rerum naturá non ſunt, ut res extinctæ; & in rerum naturá eſſe non poſſunt, ut Hippocentaurus, Sphinx, Pegaſius, Chimera, &c. (de quibus, & ſimilibus fabuloſis monſtris, videantur, *poſt Interpretes hic variè ſentientes Plinius lib.* 7. *cap.* 3. *& lib.* 10. *cap.* 49. *Claud. Galen. lib. de uſu. part.* 3. *Coraſius lib.* 5. *miſcellan. jur. civ. cap.* 2. *Covarruv. lib.* 4. *var. reſolut. cap.* 2. *Alciatus lib.* 9. *parerg. cap.* 13. *Natalis Comes Mytholog. lib.* 6. *cap.* 16. *& lib.* 7. *cap.* 4. *hoſque laudans Henricus Salmuth. in Not. ad lib.* 1. *rer. memorabil. Guidonis Pancirolli tit. de equis. pag.* 466. *& ſeqq.*) item res ſacræ, religioſæ, publicæ & liber homo, cum dominio noſtro ſubjici, & proprietatis jure nobis acquiri non poſſint; ſtipulatione comprehendi nequeunt. Quicunque ergo res ejuſcemodi ſibi dari ſtipulatur: palam eſt, inutilem eſſe ſtipulationem. §. 1. *&* 2. *hoc tit.* §. *ſacræ.* 8. *ſupr. de rer. diviſ. l.* 1. §. *ſi id, quod* 9. *ff. de oblig. & actionib. l. ſi ſtipulor.* 35. *in princip. l. ſi homo.* 69. *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram.* 5. *& l. liber homo.* 130. *ff. de verb. obligat.* Hujuſmodi ſiquidem res, vel per rerum naturam, vel per juris impoſſibilitatem præſtari non poſſunt; ita ut meritò ſtipulatio earum nullius momenti cenſeatur. Im- 5 poſſibilium enim nulla eſt obligatio. *l. impoſſibilium.* 185. *ff. de reg. jur.* §. *ſi impoſſibilis.* 11. *infr. hoc tit. l. Mævius.* 55. *ff. de condit. & demonſtrat. l. cum heres.* 4. §. 1. *ff. de ſtatu lib. l. non ſolum.* 31. *ff. de obligat. & action. l. impoſſibilis.* 7. *& l. ſi ſtipulor.* 35. *in princip. ff. de verb. obligat.* Sed quæritur: an ſtipulatio hactenus ſaltem valeat, ut æſtimatio iſtarum rerum in ſtipulationem deductarum debeatur? Et ne æſtimationem quidem ex ea ſtipulatione deberi, non ſine ratione ſtatuitur. Tum quia ubi res ipſa 6 omnino non debetur, ibi nec ejus deberi æſtimationem, certum eſt. §. *non ſolum.* 4. *ſupr. de leg. l. cum ſervus.* 39. §. *ult ff. de legat.* 1. Tum quia nihil ex ſtipulatione debetur, niſi quod ſtipulatione eſt comprehenſum, *l. quicquid adſtringendæ.* 99. *ff. de verb. obligat.* At verò hic res tantùm ſunt promiſſæ, non æſtimatio rerum. Ideoque indubitatum eſt, ne quidem æſtimationem illarum rerum, quæ vel per rerum naturam, vel per juris impoſſibilitatem præſtari non poſſunt, ex ſtipulatione iſthac deberi. *Quod paulò fuſius, contra Porcium diſſentientem, probat Bachovius hic num.* 1. *pag.* 763. Hucque referri poterunt quæ annotavimus *ad d.* §. *non ſolum.* 4. *ſupr. de legat. num.* 13. *& ſeqq.* Enim verò res futuræ, licet in rerum naturá adhuc non ſint, velut id, quod in utero eſt, aut fructus futuri; quia tamen eſſe poſſunt, & futuræ ſperantur: in ſtipulationem deduci poſſunt. *l. interdum.* 73. *in pr. ff. de verb. obligat.* Quamvis autem liber homo, res ſacræ, religioſæ, &c. in ſtipulationem prorſus deduci nequeant: emptionem tamen & venditionem earum rerum bona fide factam conſtare, haud incogniti juris eſt. *l. & liberi.* 4. *& duab. ll. ſeqq. ff. de contrah. empt.* Ratio 7 diverſitatis inter ſtipulationem & emptionem hæc reddi poteſt: quia in ſtipulatione id agitur, ut dominium omnimodo transferatur. *l. ubi autem.* 75. §. *ult. ff. de verb. obligat.* in emptione non item. Neque enim venditor cogitur dare, aut emptorem facere dominum, ſed tantùm rem tradere, & evictionem præſtare. *d. l.* 4. *ff. de contrah. empt. l. ex empto* 11. §. 2. *l. ſervus, quem.* 30. §. 1. *ff. de act. empt.* Atqui liber homo, & res ſacræ in dominio eſſe non poſſunt: haberi autem & poſſideri poſſunt. Ratio verò, cur liberi hominis, rei ſacræ, vel publicæ ven-

Digitized by Google

venditio in jure permittatur, si emptor ignoret, hæc esse videtur: ne scilicet libertas commerciorum impediatur, *argum. l. justo errore.* 44. *ff. de usurpat. & usucap.* Sanè sunt res nonnullæ, quæ commercio non in universum, sed respectu aliquarum duntaxat personarum sunt exemptæ: de quibus rebus dicendum, quod eæ quoque in
8 stipulationem deduci non possint. Quod tamen intelligendum est procedere, si stipulator rei commercium non habeat. Nam rem, cujus commercium non stipulatori, sed promissori tantùm est interdictum, in stipulationem utiliter deduci, haud dubium est, *l. multùm interest.* 34. *ibique Cujacius, Duaren. & Donell. ff. de verb. oblig. l. mortuo bove.* 49. §. 2. & 3. *ff. de legat.* 2. Hinc mancipium Christianum est quidem in commercio, sed non in Judæorum. *tot. tit. C. ne Christianum mancipium hæret. vel judæus,*
9 *vel pagan. hab.* Quapropter si Judæus servum Christianum stipuletur: inutilis est stipulatio: quia mancipium Christianum Judæo subjici non potest. Sic præsidi provinciæ rem provincialem in sua provincia comparare, aut stipulari non licet. *l. qui offic.* 62. *ff. de contrah. empt.* Quia licet res ista provincialis in aliorum sit commercio: non tamen est in commercio præsidis; id est, præses rem illam acquirere & possidere non potest: etiamsi ab ab alio acquiri & possideri possit. *l. principalibus.* 33. *ff. de rebus credit. l.* 3. *C. si cert. petat.* Et hoc est, quod ait Justinianus hic in §. 2. *cujus* (scilicet rei) *commercium non habuerit:* solus videlicet stipulator, non promissor. *d. l. multùm interest.* 34. *ff. de verb. obligat. Sed vide id explicatius pertractantes Johannem Borcholt in Commentar. de verb. oblig. c. 5. num. 13. cum seqq. Gæddeum in Commentar de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 10. num. 112. cum seqq. & alios, quos laudavimus in d. §. non solum. 4. num. 12 ad finem. supr. de legatis.* Porrò
10 quemadmodum quis non rectè stipulatur rem, cujus commercium non est, aut cujus commercium non habet: ita quoque inutilis stipulatio est, si quis rem suam dari stipuletur. *d. §. 2. ibi, vel rem suam dari &c. hoc tit. l. nemo rem.* 82. *ff. de verb. obligat.* Hujusque manifesta ratio est: quia per stipulationem dandi quæritur dominium. *d. l. ubi autem.* 75. §. *fin. ff. eod.* At quod jam antè meum est, & dominii ac proprietatis jure ad me spectat, ampliùs meum fieri, & proprietatis ac dominii jure mihi acquiri nequit. §. *sed si rem.* 10. *supr. de legat.* §. *sic itaque discretis.* 14. *infr. de actionib.*

11 In tantum autem stipulatio, in quam res impossibiles, vel commercio hominum exemptæ, vel quæ stipulatoris anteà sunt, deducuntur, inutilis judicatur: ut nè postea quidem convalescat, si res prædicta eum in statum pervenerit, à quo incipere stipulatio potuisset; putà si res sacra, vel religiosa postmodum fiat profana, publica fiat privata, liber homo fiat servus, vel si res, quæ stipulatoris fuit, ejus esse desinat, aut stipulator commercii capax fieri incipiat, §. *idem juris.* 2. *vers. nec in pendenti. hoc tit. nostro. d. l. inter stipulantem.* 83. §. *sacram.* 5. *ubi Bartol. Bald. Ludovicus Roman. Fulgos. Jason. Alciat. Duaren. & Donellus. ff. de verb. obligat.* Ratio, cur stipulatio
12 isthæc protinus inutilis sit, nec convalescat, est perspicua: Tum quia non secundùm futuri temporis jus, sed secundùm præsentis æstimari debet stipulatio, *ut ait Venulejus JC. in l. continuus.* 137. §. *cùm quis.* 6. *in fine. ff. d. tit. & notat. Giphanius hic in d. vers. nec in pendenti, &c.* Tum
13 quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit. *l. 1. ff. de reg. Caton. l. quod initio.* 29. *l. omnia, quæ.* 201. *& l. quæ ab initio.* 210. *ff. de reg. jur.* Enimverò
14 rem suam sub conditione quis rectè stipulatur, hoc modo: si mea esse desierit. *l. si rem meam.* 31. *ff. de verb. obligation. l. existimo.* 61. *ff. de contrah. empt.* Proinde-
15 que in hoc stipulatio rei meæ distat à stipulatione rei sacræ, religiosæ, publicæ, aut liberi hominis: quòd nimirum stipulatio rei meæ pura non valeat; sub conditione valeat: stipulatio verò rei sacræ, religiosæ, publicæ, vel liberi hominis, nec purè valeat, nec sub conditione. *d. d. l. continuus.* 137. §. *cùm quis.* 6. *ff. de verb. ob-*
16 *lig.* Ratio differentiæ hæc est: quia neque civile, neque naturale est, casum adversamque fortunam spectari liberi hominis: hoc est; quia ominosum, impium, inhumanum & invidiosum est, stipulationem concipere eum in finem; ut res sacra seu religiosa profanetur, vel publica efficiatur privata, vel liber homo redigatur in servitutem. *d. l. inter stipulantem.* 83. §. *sacram.* 5. *post medium. ff. de verb. obligat.* At non item turpe vel ominosum est expectare, ut res à dominio meo abeat, & mea esse desinat. Siquidem non semper eâ mente res comparatur, ut perpetuò mea maneat. *Borcholt. hic in fine.* Aliam differentiæ hujus rationem adfert Imperator Justinianus *in d. §. idem juris.* 2. *vers. at nec statim. hoc tit.* his verbis: *Quæ enim naturâ sui dominio nostro exempta sunt; in obligationem deduci nullo modo possunt.* Quasi dicat Imp. liberi hominis, rei sacræ, religiosæ & publicæ stipulatio, sive purè facta, sive ita, *cùm servus erit, cùm profana vel privata erit,* nunquam valet: quia liber homo, res sacra, religiosa & publica sui naturâ sunt extra commercium. At res mea per se extra commercium non est: sed mihi tantùm, quamdiu est mea, commercium ejus est interdictum. Unde & Paulus ait: ea duntaxat, quæ naturâ sui possibilia sunt, in obligationem deducuntur. *d. l. inter stipulantem.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig.* Cæterùm ut vulgaris regula 17
est, quòd initiò vitiosum, postea non convalescat. *d. l. quod initio.* 29. *& similibus. ff. de reg. jur.* cujus regulæ exempla superiùs, *num.* 11. *ex d. §. 2. vers. nec in pendenti hoc tit.* sunt exposita: ita huic contraria est regula: quòd initiò non vitiosum, si postea in vitium, id est, in eum causam incidat, à quâ incipere nequit, extinguatur & evanescat. *l. existimo.* 98. *in fine principii. & l. penult. §. etsi. 2. ff. de verbor. obligat. l. pro parte.* 1. *ff. de servitut. l. 3. §. ult. ff. de his, quæ pro non scriptis habent.* Ejus exemplum affertur in stipulatione *hic in d. §. 2. vers. item contra &c. hoc tit. & d. l. existimo.* 98. *in princ. ff. de verb. obligat.* Et ratio hujus regulæ evidens est: quia res ob tale vitium dari sive præstari non potest. *l. si stipulor.* 35. *ff. d. tit. Giphan. hic in d. vers. item contra, &c.* Eamque regulam latiùs explicuimus *ad principium tit. supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer. num.* 242. *& num.* 298. *& seq.*

Isti autem regulæ non obstat Pomponii responsum *in* 18
l. si grege legato. 22. *in fine. ff. de legat.* 1. ubi etsi insula legata combusta est, adeoque ad eum casum res pervenisse videtur, à quo incipere non potest: nihilominus tamen legatum adhuc subsistit, & hactenus valet, ut area saltem vindicari per legatarium possit. *Nam respondetur:* insulâ combustâ, legatum non censeri eum in casum incidisse, à quo incipere non potest: cùm area, pars insulæ principalis & maxima, adhuc superest. Proinde insula non intelligitur esse extincta, cujus pars præcipua in rerum naturâ esse nondum desiit. At prædicta regula eo de casu est accipienda, quo res vel penitus fuit extincta, vel saltem ita sublata, ut pars ejusdem principalis superstes non fuerit. *Atq; hæc responsio clarescit ex l. qui res suas.* 98. *§. aream.* 8. *vers. non est his similis. ff. de solutionibus.*

§. Si quis alium. 3.

Si quis alium daturum facturumvè quid promiserit: non obligabitur; veluti, si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quòd si effecturum se, ut Titius daret, spoponderit, obligatur.

SUMMARIA.

1 *Promissio facti alieni est inutilis: hujusque triplex ratio.*
2 *Culpa est, immiscere se rei alienæ.*
3 *Fidejussores quatenus pro alio intercedendo obligentur.*
4 *Consideratio l. ex empto.* 11. §. *qui autem.* 18. *ff. de actionibus empti.*
5 *Quibus casibus facti alieni promissio admittatur.*
6 *Si promissor non præstiterit, quod promisit, in id, quod interest stipulatoris, tenetur.*
7 *An & quatenus per stipulationem Notarii, aliquod jus absenti acquiratur, remissivè.*

SI promissor non de se ipso, sed de alio promittat, eum 1
daturum aut facturum, stipulatio inutilis est, *hoc §. nostro.*

Digitized by Google

nostro. l. stipulatio ista. 38. *in princ. cum* §. 1. *& l. inter stipulantem.* 83. *in princ. ff. de verb. obligat.* Ejusque ratio hæc est: tum quia inter stipulantem & promittentem negotium contrahi oportet; & de se quisque, non alio promittere debet. *d. l* 83. *in princip. ff. eodem.* Tum quia omnes obligationes ex nostra personâ, non alterius, initium ut sumant, necesse est. *l. quæcunque.* 11. *ff. de obli-*
2 *gationibus & actionibus.* Tum etiam, quia culpa est, immiscere se rei alienæ, sive ad se non pertinenti. *l. culpa est.* 36. *ff. de reg. jur. Vide Timæum Fabrum disput.* 23. *ad Institut. Imperial. th.* 7.

3 Cui non obstat, quòd fidejussores pro alio intercedendo videntur promittere; eum, pro quo intercesserunt, daturum aut facturum: & tamen fidejussores obligari, minimè ambigitur. *tot. tit. infr. de fidejussoribus.* Nam responsio facilis est: fidejussores non aliter teneri, aut obligari, quam si se quid daturos, vel facturos promittant. Siquidem reum principalem daturum vel facturum aliquid, frustrà promittunt: quia factum alienum inutiliter promittitur, auctore Hermogeniano *in l. sicut reus.* 65. *ff. d. fidejussoribus.*

4 Similiter non refragatur *l. ex empto.* 11. §. *qui autem.* 18. *ff. de actionib. empti.* ex qua evinci potest; eum, qui generaliter, ab omnibus non fieri, quò-minus emptori habere liceat, promittit, non ex suo tantùm, suorumque heredum, sed aliorum etiam facto obstringi. *Etenim* ad illam legem respondetur: promissionem generalem de omnibus personis factam, ab ea, quâ promissor suam suorumque heredum duntaxat personam obligavit, in hoc differre: ut nimirum illâ promissor ex cujuscunque alterius impedimento adstringatur, per quem fit, quo-minùs emptori, eidemque stipulatori habere liceat: hac verò promissor pro suo suorumque heredum tantum facto obligetur. Cæterum, an generaliter de omnibus promittens, pro extranearum personarum facto ac impedimento semper teneatur, nec-ne: in illâ lege non est expressum, aut dispositum. Itaque ex aliis legibus id supplendum est, & cognoscendum; quando promissor etiam nomine a-
5 liorum obligetur. Id autem disertè cautum reperitur *in d. l. stipulatio ista.* 38. §. 2. *ff. de verb. obligat.* ubi Ulpianus tradit: promissorem ex generali istâ promissione ita demum adstringi, si stipulationi pœnam stipulator apposuerit, quam promissor promittat se daturum, si per alios factum erit: secus est, si pœna adiecta non fuerit. Quod igitur ex oppositâ lege infertur: stipulationem istam etiam ratione extranearum personarum promissorem obligare: id ex aliis juris locis explicandum est, ut tum procedat, cùm stipulator pœnâ appositâ factum alienum à promissore fuerit stipulatus. Ad eam namque promissor tenebitur, vel ad id, quod interest. *d. l. stipulatio ista.* 38. §. 2. *& l. quotiens.* 81. *ff. d. tit.*

Prætereà quod dictum est, stipulationem illam, quâ promissor alium daturum facturumvè promittit, esse invalidam: id non obtinet, ubi quis spopondit, se effecturum vel curaturum, ut alius daret, vel faceret, *hoc* §. *nostro. in fine.* Hujusque ratio est: quia is, qui promittit, se curaturum sive effecturum, ut alius det, vel faciat; non alienum, sed suum factum promisisse videtur: adeoque tam suo, quàm heredum suorum nomine obligatur. *l. quotiens quis.* 81. *in princ. d. l. stipulatio ista.* 38. *in princip. ff. de verb. obligat. l. si pactum.* 9. *ff. de probationib. l. veteris.* 13. *C. de contrah. & committ. stipulatio-*
6 *ne.* Quare si non præstiterit hic promissor, quod promisit: in id, quod interest stipulatoris, tenebitur: veluti in aliis faciendi obligationibus. *l. stipulationes non dividuntur.* 72. *in princip. vers. Celsus tamen. ff. de verb. obligat. l. si quis ab alio.* 13. §. *ult. ff. de re judic. & similib. suprà adductis ad princip. tit. de verb. oblig. n.* 57. *& hic Mynsing. n.* 2 *cum seq. Schneidew. not. n.* 7. *cum seq. & Heigius n.* 11. *& seqq.* Qui & alios casus, quibus facti alieni promissio admittatur, diligenter explicant. Vide eâ de re quoque Bachovium *in not. ad Treutler. vol.* 2. *disput.* 27. *th.* 2. *lit. G. & H. vers. tanta est hujus, &c. pag.* 830. *& seqq.* Paulum Æmilium Gallum *in tract. de exception.*
7 *in success. tam ab intestat. quam ex testam. part.* 1. *tit.* 2. *except.* 4. *num.* 4. *& subseqq. fol.* 88. Meichsnerum *lib.* 1. *decis.* 21. D. Besoldum *in delibatis jur. ex l.* 43. *Pand. quæstion.* 8. *pag.* 170. & Antonium de Gamma *Decis. Lusitan.* 32. *num.* 2. *fol.* 34. Porrò an & quatenus per stipulationem Notarii, contractibus adhibitam, aliquod jus absenti acquiratur, *post alios, quos recitat*, exponit Fachinæus *lib.* 8. *controvers. jur. cap.* 91. *& lib.* 12. *cap.* 38. *Donellus ad d. l. stipulatio ista.* 38. §. *alteri.* 17. *n.* 33. *ff. de verbor. obligat. Bronchorst. cent.* 4. *ἐναντιοφανῶν. assert.* 46. *Hotoman. lib.* 4. *observat* 25. *eosq. citans Hunnius disput.* 14. *controvers.* 16. Quibus adjiciendus est Hunnius *in resolut. ad Treutler. d. vol.* 2. *disputat.* 27. *quæst.* 23. *pag.* 97.

§. Si quis alii. 4.

Si quis alii, quàm ei, cujus juri subjectus sit, stipuletur: nihil agit. Planè solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti, si quis ita stipuletur: *Mihi aut Sejo dare spondes?* ut obligatio quidem stipulatori acquiratur: solvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quòd si quis sibi, & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est: valeat quidem stipulatio: sed utrùm totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia; dubitatum est? Sed placuit, non plus, quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua, tanquam filii sit; sicuti & filii vox, tanquam tua intelligitur in iis rebus, quæ tibi acquiri possunt.

S U M M A R I A.

1 *Quatuor stipulationis modi distinguendi.*
2 *Nemo alteri stipulari potest: ejusque duplex ratio.*
3 *Stipulationes cur inventæ.*
4 *Utrum stipulatio alteri facta jure canonico valeat.*
5 *Non est differentiam inter jus canonicum & civile inducendam, nisi sit expressum.*
6 *Nulla obligatio, ne naturalis quidem, est sine consensu.*
7 *Omnino tamen fides servanda.*
8 *Pater filio, & dominus servo, & vice versa, stipulari potest: & cur.*
9 *Quid juris in filio emancipato.*
10 *Differentia inter patrem & filium: ut & inter dominum ac servum.*
11 *Ratio differentiæ.*
12 *Solutio in tertium sive personam extranei conferri potest.*
13 *Quæ actio adversus tertium istum competat.*
14 *Quare solutio in extraneam personam conferri possit, obligatio non item.*
15 *Qui sibi & alteri dari aliquid stipulatur; dimidiam tantum partem sibi acquirit.*
16 *Utile per inutile non vitiatur.*
17 *Confirmatio l. stipulatio ista.* 38. §. *eum, qui* 19. *ff. de verbor. obligat.*
18 *Mens & intellectus l. si quis.* 79. *ff. de legat.* 1.
19 *Quid juris, si res in stipulationem deducta, dividi nequeat.*

Diligenter sunt distinguendi quatuor stipulationis modi. Primus est, quo quis tibi stipulatur ita: *Mihi centum dare spondes?* Secundus est, quo quis alii stipulatur, hoc pacto: *Titio centum dare spondes?* Tertius est, quo quis sic stipulatur: *Mihi aut Titio centum dare spondes?* Quartus est, quo quis ita stipulatur: *Mihi & Titio dare centum spondes?* Primo modo stipulatio facta quin utilis sit, non est dubium. De reliquis tribus modis quæritur hic initio *& vers. plane solut. & vers. quod si quis. hoc* §. *nostro.* Ex his igitur tribus modis primum ait Imperator, planè esse inutilem, id est, non valere stipulationem, si hoc agatur, ut alteri, quam stipulanti detur. Ratio hujus assertionis sive regulæ assignatur ab Ulpiano *in l. stipulatio ista.* 38. §. *alteri.* 17. *ff. de verb. obligationib.* & à Justiniano Imp. *in* §. *alteri.* 18. *infr. hoc tit.* hisce ver- 1 2

bis

bis; *Quia inventæ sunt stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: cæte-
3 rum ut alii detur, nihil interest stipulatoris.* Addi & hæc poterit ratio: quia ea, quæ sunt juris, & civilia, non acquiruntur alteri, ut est obligatio: naturalia autem, & quæ sunt facti, acquiruntur. *l. ea quæ civiliter. 53. ff. de ac-
4 quir. rer. domin. & docet hic Gipban.* Sed utrùm jure canonico isthæc stipulatio valeat, controvertitur? Et eo jure stipulationem alteri factam esse efficacem, tenent *Glossa in can. quoties cordis oculus. 8. super verb. & per te caus. 1. q. 7. Anton. Butrius in c. si cautio. 14. de fide instrumentor. Bald. in l. illud. 19. C. de sacrosanct. Eccles. Vasquius de succession. creat. lib. 3. §. 30. num. 4. cum seqq. Didacus Covarruv. in c. quamvis. de pact. lib. 6. part. 2. §. 4. num. 2. & 9. vers. decimò, ut ad propositam, &c.* Verùm hanc opinionem alii meritò rejiciunt, *Panormitan. in d. c. si cautio. 14. col. 3. de fide instrument. Joan. Faber. in d. §. alteri. 18. infr. hoc tit. Imola, Romanus, Alexander, Jason & Alciatus in d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obligat. eosq; laudans Fachinæus lib. 3. controversiar. jur. cap. 19. item Emanuel Soarez. in addit. ad Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 11. num. 18. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 42. Hanon. disput.
5 14. controvers. 15. & Heigius hic num. 4.* Primò enim non est inducendum aliquod discrimen inter jus canonicum & civile, nisi expressum sit. *c. de novi oper. nunciat.* Atqui nullibi jure canonico est expressum, alteri stipulationem factam valere contra juris civilis regulas. Igitur non valet. Secundò, quia jure etiam canonico valet exceptio illa; *Tua non interest can. non solent. 27. caus. 2. quæst. 7. cap. cùm inter. 16. in verb. cùm nisi quorum intersit, audiri non soleant. ext. de electione, & elect. potest.* Sed ut alteri detur, stipulantis non interest. *d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri ff. de verb. obligat.* Ergo stipulatio, alteri facta, jure quoque canonico non subsistit. Tertiò huc non parùm confert *c. quanquam. 2. circa medium de usuris. lib. 6.* quatenus ibi requiritur persona pu-
6 blica ad hoc, ut stipulatio alteri fieri queat. Quartò, nulla obligatio, ne naturalis quidem, est sine consensu. *arg. l. an inutilis. 8. in princ. ff. de acceptilatione. l. 1. §. conventio. 3. vers. adeò autem. ff. de pactis.* Sed & quibus in locis dicitur, nullius momenti esse talem stipulationem, aut ex eâdem nullam oriri obligationem: iisdem locis & naturalis obligatio haud dubiè excluditur. *l. 1. §. quod servus. 3. in fine. ff. de stipulat. servor. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. 2. vers. respondi. ff. de verb. oblig.* Quamobrem & jure canonico nihil firmitatis habere potest talis promissio. Nam & hoc jus naturali obligationi robur addere majus putatur. Talis verò cùm hic nulla sit: nulla quoque ad eandem confirmatio ex jure canonico applicari poterit. *Et ista de re latius agitur ad d. §. alteri. 18. infrà hoc tit.*

7 Nec hanc sententiam infringit, quòd jure canonico illa tantùm ratio inspiciatur, ut quis fidem servet. *Quandoquidem* etiam jure civili proditum est, fidem servandam esse. *l. 1. in princip. l. juris gentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. de pact. l. 1. in pr. & l. illud. 25. in princip. ff. de constit. pec.* & tamen alteri stipulari nemo potest. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioqui si generalis illa regula spectetur, fidem servandam esse: etiam minorum, & pupillorum, & Ecclesiarum contractus & promissiones erunt efficaces absque solemnibus jure necessariis: quod tamen absurdum est. *Fachin. dicto loco.*

Porrò limitatio prædictæ regulæ (quæ habet, nemi-
8 nem alteri stipulari posse) affertur *hic in verbis, quam ei, cujus juri subjectus. & in vers. ei verò, qui juri tuo subjectus, &c.* ex quibus locis conjunctis elicitur: patrem filio, & dominum servo, ac vice versa, filium patri, & servum domino stipulari posse. Hujusque limitationis ratio hæc est: *quia (inquit Imperator) vox tua, tanquam filii est:* hoc est, quia pater filio stipulans, sibi ipsi stipulari videtur: cum pater & filius pro unâ eademque persona habeantur. *l. ult. C. de impuberum, & aliis substitutionibus.* Cur verò filius patri, aut servus domino stipulari valeat, præter modò allatam rationem, & hæc adjici potest, quia scilicet hæc liberorum est, & servorum utilitas: ut per eos dominis ac parentibus acquiratur, horumque conditio melior reddatur, *arg. l. melior conditio. 133. ff. de reg. jur.* Quod autem hic de filio dicitur: de eo 9
intelligendum est, qui adhuc in sacris seu potestate patris est constitutus. Namque patre stipulante filio emancipato, inutilis est stipulatio: cùm filius emancipatus extranei loco habeatur. *l. si genero. 26. ubi Gothofred. & Dd. C. de jure dotium.* Neque hoc loco ignorandum est diffe- 10
rentiam esse inter patrem & filium, ut & inter dominum ac servum. Filius etenim patri (servus item domino) omnia, sive juris sint, ut fundum, rem, &c. sive sint facti, ut ire, agere, domum ædificare, &c. rectè stipulatur. At contrà pater ea tantùm, quæ sunt juris; filio (ut & dominus servo) rectè stipulatur: quæ facti sunt, non item. *l. dominus. 39. & l. quod dicit. 130. ff. de verb. obl.* Ratio differentiæ, id 11
est, cur ea, quæ sunt facti, pater filio, dominus servo stipuletur inutiliter, illa est: quia ea, quæ facti sunt, naturalia ac per se subsistentia censentur. Ast in naturalibus dominus & servus, filius & pater non pro eâdem personâ, sicut in civilibus, sed pro diversis habentur, *ut tradit Gipban. hic in fine, &c. exquisitiùs Hotomanus in fine quæst. illustr. in appendice ad l. frater à fratre 38. ff. de cond. indeb. pag. mihi. 412. & aliquot. seqq.* Vide eâ de re verbosiùs disputantem Hunnium *in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2. quæst. 17. cum seq. pag. 84. & seqq.* ibique Bachovium *in suis not. ad lit. D. pag. 818. & seqq.*

Secundus stipulationis modus ex tribus istis suprà po- 12
sitis est, quo quis ita stipulatur: *Mihi aut Titio centum dare spondes?* Quem modum esse utilem, Imp. Justinianus pronunciat *hic in vers. planè solutio, &c.* hac tamen lege, ut obligatio mihi stipulatori tantùm acquiratur, & persona Titii non obligationis, sed solutionis duntaxat causa adjecta censeatur: hoc est, ut promissor mihi soli sit obligatus, sed solvere etiam Titio, me invito, possit. Promissor igitur, si vult, etiam Titio, solutionis causa adjecto, solvere potest, & solvendo liberatur; verùm cùm Titius promissorem compellere nequeat, ut sibi solvat: perspicuum est, ex eâ stipulatione Titio nihil prorsus juris quæsitum esse. Etenim tantùm facultatem Titio solvendi promissor adeptus est. *l. sed & si 7. §. 1. ff. de constitut. pecun. l. cùm quis sibi. 55. l. eum, qui ita 56. §. qui sibi aut filio. 2. & l. ult. §. eum mihi aut Titio. 5. ff. de verb. oblig. l. quod stipulatus. 10. l. si ita stipulatus. 59. & l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quæsitum. 5. ff. de solutionib.*
Pecuniâ autem Titio solutâ, ego stipulator adversus Ti- 13
tium mandati actionem habeo. *hoc §. vers. sed ille adversus Sejum, &c.* Titio enim, solutionis causâ adjecto, tacitè mandasse videor, ut pecuniam à te promissore acciperet. *l. Julianus. 131. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. qui res suas. 98. §. qui stipulat. 5. ff. de sol. Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 3. n. 36. & seq.* Ratio porrò differentiæ, cur 14
solutio in extraneam personam, putà in Titium vel Sejum, conferri possit, obligatio non item, hæc redditur: quia obligatio est juris, *ut ex definitione obligationis liquet, traditâ initio tit. suprà de obligationib.* solutio verò est facti, *l. consilio. 7. §. fin. ff. de curatorib. furioso, & aliis, &c.* At jam notissimum est: ea, quæ sunt juris sive civilia, alii per alium, id est, extraneum acquiri non posse: ea, quæ sunt facti sive naturalia, acquiri posse, *prædicta l. ea, quæ civiliter. 53. ff. de acquir. rer. domin.*

Tertius & ultimus stipulationis modus, qui proponi- 15
tur hic *in vers. quod si quis sibi, &c.* est, quo stipulatio non alternativè, ut priori; sed copulativè concipitur, ita nimirum: *Mihi & Titio dare centum spondes?* Et quidem utrùm hæc stipulatio tota sit utilis; an v. pro parte meâ tantùm sit utilis, & pro parte Titii inutilis, valde dubitatum fuisse Imp. Justinianus hic affirmat? Sed tamen ipse Imp. decidit: stipulationem istam respectu mei duntaxat utilem esse, respectu autem Titii inutilem. Idem quoque respondit Pomponius *in l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. de verb. obligat.* Hujus decisionis ratio hæc probabilis assignari potest: quia hæc verba, *Mihi & Titio*, apertè hoc important, & significant: ut dimidium mihi, & dimidium Titio acquiratur. Cùm autem ipso jure, quo alteri stipulari non licet, Titio dimidium acquiri non possit: alterum saltem dimidium utile erit, mihique acquire-

16 quiretur. Utile enim per inutile vitiari non debet. *cap. utile. 38. de reg. jur. in 6. l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. oblig. l. sed etsi. 12. ff. de constit. pecun. l. si sponsus. 5. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. sancimus. 34. in princ. & l. seq. §. fin autem. C. de donationib.* Ex hac igitur stipulatione, *Mihi aut Titio centum dabis.* centum mihi acquirentur: ex hac vero, *Mihi & Titio centum dabis*, acquirentur mihi tantum quinquaginta: Sed hæc de extraneo perpetuò sunt accipienda. Aliud enim de filio dicendum est. Nam ex utraque hac stipulatione *Mihi aut filio*, & *Mihi & filio centum dabis*, patri semper centum debentur & acquiruntur. *l. eum, qui ita. 56. §. qui sibi aut filio. 2. & ibi Donellus. ff. de verbor. obligat.*

17 Porrò quòd *in hoc §. vers. quod si quis sibi, &c. & d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. de verb. obligat.* dicitur; si quis sibi & alii extraneo quantitatem stipuletur: stipulationem hanc in parte duntaxat dimidià, quæ stipulatori debetur, valere: ei non adversatur. *l. stipulatio ista. 38. §. eum, qui. 19. ff. d. tit.* ubi Ulpianus hæc in verba respondit: *Eum, qui dicat, Mihi decem, & Titio decem: eadem decem, non alia decem dicere, credendum est.* Haud enim inquit Jureconsultus: *eadem decem* debere stipulatori: sed stipulatorem, qui sibi & Titio decem stipulatur, *decem* tantùm *dicere*; hoc est, comprehendere eà stipulatione solum decem. *d. l. eum, qui. 56. in princ. ff. eod.* quorum decem pars dimidia stipulatori tantummodo debeatur: altera dimidia neque stipulatori, neque extraneo illi, *d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. d. tit. & hoc §. nostro. d. vers. quod si quis sibi, &c.*

18 Non item refragatur *l. si quis. 79. ff. de legat. 1.* ubi Julianus, *Si quis*, ait, *testamento suo, Titio & Sejo decem dari jusserit: nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem: ut dena dixisse videatur, qui decem dixit.* Quibus verbis perspicuè significat Jureconsultus: singulis decem deberi. *Etenim* distinguendum est inter ultimam voluntatem & stipulationem. Testamento potest quis duobus, etiam absentibus, quippiam relinquere: stipulatione verò non potest quis uni præsenti, alteri absenti extraneo aliquid utiliter promittere, ut ex prædictis constat, & rectè docet. D. Collega Bocer. *ad principium tit. supr. de verb. obligat. num. 59. & seq. pag. 230.*

19 Illud hic subjiciendum: quòd, si res in stipulationem deducta sit ejusmodi, quæ divisionem non recipiat; ut equus, annulus, patera, &c. non dimidium æstimationis, sed species ipsa tota debeatur, *argum. l. proprium. 5. ff. communia prædior. l. fundus. 64. ff. de contrahend. empt.* & docent Hotomanus *hic in §. sive vers. quod si quis. enunciat. 2. circa finem.* & Rittershusius *hic p. 44.*

§. Præterea inutilis. 5.

Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat: veluti, si quis decem aureos à te dari stipuletur, tu quinque promittas? vel contrà: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas: vel contrà: si modò scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione, vel in diem stipulanti, tu respondeas, *præsenti die spondeo.* Nam si hoc solùm respondeas, *promitto*: breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est, in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

SUMMARIA.

1 *Inutilis est stipulatio, si ad interrogata congruenter non respondeatur.*
2 *Stipulationis forma in quo consistat.*
3 *Stipulatio sui natura stricta est, & angustis limitibus concinsa.*
4 *Conciliatur hoc §. cum l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. oblig.*
5 *Respondetur ad objectionem ex Institutionibus Caji allatam.*
6 *Caji & reliquorum veterum JCtorum scripta quatenus allegari queant.*
7 *Explicatur l. si decem. 52. ff. locati.*
8 *Ex separatis nihil rectè infertur.*
9 *Ratio diversitatis inter locationem & stipulationem.*
10 *Stipulatio non semper est gratuita.*
11 *Accessorium sequitur naturam sui principalis.*
12 *Stipulatio omnino inutilis est, si mutata qualitate interrogationis respondeatur.*
13 *Respondens simpliciter; ad omnia, quæ interrogatus est, respondisse intelligitur.*
14 *Quæ in præcedentibus dicuntur, in sequentibus repetita creduntur.*
15 *Actus sequens, in approbationem prius gestorum celebratus putatur.*
16 *An stipulatio impersonaliter concepta valeat.*
17 *Generalitas responsionis ad interrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocanda.*
18 *Rescripta ambigua interpretationem recipiunt ex precibus impetrantium antecedentibus.*
19 *De essentia stipulationis quid sit.*
20 *Quatenus contra stipulatorem vel promissorem interpretanda sit stipulatio.*
21 *Consideratio auth. si quando C. de constit. pecun. & Nov. 115. cap. 6.*

IN hoc §. Imperator agit de stipulatione inutili ob vitium formæ, putà interrogationis & responsionis, exemplisque quibusdam propositis indicat, inutilem esse stipulationem, si ad interrogata aptè & congruenter, non respondeatur. Interrogatio itaque & responsio inter se convenire debent. *l. 1. §. si quis simpliciter. 3. & §§. seqq. ff. de verbor. obligationibus.* 1
Ratio hujus convenientiæ est evidens: tum quia stipulationis forma sive substantia in interrogando & respondendo est posita, ut ex illius definitione, *initio tit. supr. de verb. obligat. explicata* elucescit. *num. 5. & seqq.* 2
Tum quia stipulatio naturà sui stricta est & angusti, limitibus sive formulis conclusa, & ex verbis pendet, ut nihil amplius debeatur, quàm quod linguà nuncupatum est. *l. quicquid adstringendæ. 99. ff. de verbor. oblig.* Hinc sequitur: eum, qui non idem respondet: sed vel plus, vel minus, ad interrogationem congruenter respondisse non censeri. *Exempli gratiâ*: stipulatus sum à te decem aureos: tu quinque promittis. Hic congruenter respondisse non videris: ac proinde stipulatio tota non subsistit, *hoc §. nostro. Timæus Faber disput. 23. ad Instit. Imperial. th. 9.* 3

Cui vehementer repugnat Ulpianus *in l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat. ubi*, si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas; vel contrà, si stipulanti viginti, tu respondeas decem, asserit: utramquè stipulationem utilem esse, obligationemque saltem in decem esse contractam. Et subjicit hanc rationem: *quia licèt oportet congruere summam: attamen manifestissimum est, viginti & decem inesse.* Ac sane minorem summam semper inesse majori, ex communi & naturali sensu constat. Sed quamvis hanc contrarietatem conciliari nullo pacto posse, opinetur Hotomanus *hic enunciat. 2.* & alii alias responsiones afferant, *Christophorus Portius, Eguinarius Baro, Vultejus, Anton. Matthæus, Marcilius, & Borcholt. in hoc §. nost. Cujacius in d. l. 1. §. si quis simpliciter. 3. ff. de verb. obligat. eumq; referens Gæddeus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 4. conclus. 1. n. 64. & seqq. nec non novìter Nicolaus Genua in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. p. 389. & seqq qui relatis & improbatis aliorum interpretationibus, tandem in fine, more suo subjicit, de vera conciliatione cogitandum esse: nihil enim solidi se habere, quod in medium afferat*: ea tamen solutio valde probabilis, omniumque verissima videtur, qua dicitur; hunc §. nostrum ita exaudiendum esse, ut hæc stipulatio (*dabis viginti? dabo decem*) rectè inutilis pronuncietur, ad totam scilicet stipulationis conceptionem quod attinet: sed tamen pro parte conservetur, quatenus nimirum responsum est ad decem, quæ in viginti insunt. Quæ distinctio, ut subtilior, hic ab Imperatore prætermissa; ex Pandectis repeti debet, id est, *ex d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat.* Id quod & aliàs in hisce institutionum elementis fieri assolet: ut multa in iis leviter & summatim attingantur, quorum subtilior ac copiosior distinctio & explanatio ex Pandectis petenda est. Et ita sentiunt. *Francisc. Duarenus, Alciatus, Donellus, Zasius, & communi propè consensu omnes in d. §. si stipulanti, &c. Wesenbecius, Giphanius. Heigius, & Bachovius* 4

Digitized by Google

in hoc §. Vngepaur. Exercitat. Justin. 16. quæst. 6. Arumæus Exercitat. *Justin.* 13. *thes.* 5. *Hunnius lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 4. *quæst.* 7. *& novissimè Petrus Ostermann. hic in suis rationalib. pag.*97. Huicque plane simile est, quod tradit Justinianus Imp. *in* §. 15. *qui exequitur.*8.*infr. de mandato.* Procuratorem sive mandatarium, fines mandati excedentem, non habere actionem mandati. Mox siquidem quærit: an possit agere pro parte? Et hoc admittit. Quare illud, non dari actionem mandati ei, qui fines mandati excessit, necesse est ita intelligere, ut catenus non habeat actionem, quatenus excessit: sed usque ad summam permissam, ac mandato contentam rectè aget, *D. Besold. in delibatis juris ex lib.*43. *Pand. q.*8.*p.*166.

5 Similiter nihil negotii facessit, quod Cajus *lib.* 2. *Institut. tit.* 9. *de obligationib.* §. *item inutilis. vers. vel si creditor, &c.* in hæc verba scribit: *si creditor decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat: hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur.* Non enim dicit Cajus, inutilem omnino esse stipulationem: sed ait, integrum debitum *vacillare*; tanquam dubitans, &
6 rem fuisse controversam indicans. *Adhæc* Caji, ut & omnium veterum Jurisconsultorum scripta, quatenus in jus nostrum non sunt relata, & à Justiniano approbata, nihil prorsus authoritatis habent: nec in judicio, nec in alio certamine, ubi leges necessariæ sunt, allegari aut recipi possunt, *per textum expressum in l.* 2. §. *hæc igitur omnia* 19. *C. de vet. jur. enucleand.*

7 Præterea nostræ sententiæ, ex Ulpiani responso *in d. l.* 1. §. 4. *ff. de verb. obligat.* declaratæ, non adversatur Pomponius *in l. si decem.* 52. *ff. locati.* ubi inquit, si decem tibi locem fundum; tu autem existimes, quinque te conducere, nihil agi: sicque eo casu ne in quinque quidem conductionem valere. *Nam* dicendum est: Pomponium loqui de locatione: Ulpianum verò de stipulatione: quæ
8 diversa sunt. Est autem velut proverbium juris: ex diversis & separatis nihil rectè inferri. *l. Papinianus.*20.*ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter stipulant.*83.§. *sacram.* 5. *vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb.* Ratio diver-
9 sitatis sive differentiæ inter locationem & stipulationem hæc est: quia stipulatio est sine onere, & gratuita; locatio non item. Quæ res facit, ut locator totam suam pensionem habere velit. Neque enim facilè in minorem summam suo cum damno consentire intelligitur. At stipulatori sufficit ut habeat, quod potest: si non decem, saltem quinque. Etenim qui decem stipulatur, non præsumitur repudiare quinque si promittantur: nec ita mordicus tenax majoris sum mæ est, ut aspernetur minorem, si offeratur, *ut trad. Bald. hic, & Donell. ad d. l.* 1. § *stipulanti.*4.*ff. eod n.*13.

10 Neque urget, quod à dissentientibus regeritur: stipulationem non semper esse gratuitam: sed ut plurimum contractui accedere: unde si *verbi gratia*, locationis causa fiat: idem statuendum fore de illa, quod de locatione *in*
11 *d. l. si decem.*25.*ff. locati.* Namque hoc largiendum est, si negotio ejusmodi stipulatio accedat; quoniam tunc est accessorium; ac proinde sequitur & imitatur naturam sui principalis. *c. accessorium.* 42. *de reg. jur. in* 6. *l. nihil dolo,* 29.§.1. *& l. cum principalis* 178. *ff. eodem.* Cæterum si per se consistat stipulatio, & donationis causâ fiat: tunc necesse est, ut adversarii concedant hoc ipsum, quod volumus. Sed consulatur Hunnius *d. lib.* 3. *tract.* 4. *quæst.* 7. *vers. verùm regerunt, & ubi id solidis examinat.*

12 Inutilis porrò ex omni parte est stipulatio, si mutatâ qualitate interrogationis respondeatur. *Verbi gratiâ*: stipulatus sum à te pure, tu mihi sub conditione respondes. Hic enim congruenter ad interrogatum respondisse nullo modo censeris, *hoc* §. *nost. vers. aut si ita pure, &c.* Unde inquit Ulpian. si quis simpliciter interrogatus, sub conditione responderit, *si illud factum erit, dabo*: non obligari eum constat. Aut si ita interrogatus, *Intra Calendas quintas dabis?* responderit, *dabo idibus*: æquè non obligatur. Non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et vice versa, si interrogatus fuerit sub conditione, & responderit purè: dicendum erit, eum non obligari. *l.* 1. §. *si quis simpliciter.* 3. *ibiq. Duaren. & Donell. n.* 3. *& seqq. ff. de verb. obl.* Talis igitur stipulatio omnino non valet: quia non congruunt ullæ partes interrogationis & responsionis: nec in purâ stipulatione inest conditio, vel contra:

quemadmodum in decem insunt quinque. *Wesenbec. hic num.*2 *Eaque de re videantur Gaddeus d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. conclus.* 1. *cap* 4. *num.* 37. *cum seqq. & Hunnius d. lib.* 3. *tract.* 4. *quæst.* 5. Verùm enimvero 13
si pure, in diem, vel sub conditione roganti, simpliciter quis responderit, *promitto*: breviter videtur purè, vel in eandem diem, vel conditionem spopondisse. Neque enim (*inquit hic Imp.*) necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit. Nam plerun- 14
que ea, quæ in præfationibus convenisse dicuntur, etiam in sequentibus repetita creduntur: sic tamen, ut ex eâ repetitione inutilis non efficiatur stipulatio. *l. Titia* 134. §. *idem respondet.* 1. *ff. de verb. obligat.* Et plerunque 15
actus sequens in consecutionem & approbationem priùs gestorum celebratus intelligitur: & ex contractu præambulo sequens dubius, etiam ex intervallo, interpretationem declarationemque recipit, *sicuti docet Alex. consil.* 52. *incip. circa lib.*4. *& consil.* 38. *lib.* 4. *Tom. consil.* 477. *&* 478. *Cagnol. in l.* 2. *n.* 173. *&* 198. *C. de pact. inter emptorem, &c. & in l.* 1. *n.*24. *ff. de reg. jur. eumq. laudans Hegius hic n.*9. Eadem de re subtiliter disputat Georgius Frantzkius *exercitat. jurid.* 10. *quæst.* 6. *pag.* 308. *& seqq.*

Illud non inconvenienter hoc loco quæritur: an sti- 16
pulatio impersonaliter concepta, hoc modo, *dabitur? dabo*: vel vice versa, *dabis? dabitur*, valeat? Et quidem hujusmodi stipulationem non valere, existimant *Bartolus, Jason, Zasius, & cæteri in l. stipulatio ista.*33. §. *si quis ita.* 10. *ff. de verb. oblig. hosque citans Leopoldus Hackelman. disp. illustr.* 22. *thes.*5. *ad lit. B.* Sed stipulationem istam impersonalem valere atque utilem esse, rectiùs contendunt *Alciatus lib.* 2. *parerg. cap.* 18. *Cujacius, Duaren. & Donell. num.* 4. *ad l. stipulationum* 5. §. *stipulatio autem.* 1. *ff. de verb. obligat. Gaddeus d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 5. *concl.* 3. *num.*30. *& seqq. Arumæus d. Exercitat. Justin.* 13. *th.*4. *Paul. Berens disput.* 10. *ad Institut. them.* 1. *quæst.* 3. *Knipschildt exercit. Acad.* 6. *quæst.* 10. *pag.*225. *Broncborst. cent.* 2. *assertionum. assert. edit.*1. *Matth. Stephani cent.* 3. *quæst.* 39. *& Hunnius d. lib.*3. *variar. resolut. jur. civ. tract.*4. *quæst.* 12. *& in resolut. ad Treutler. vol.*2. *disput.*27. *th.*2. *quæst.* 26. *pag.* 103. *ibique Bachovius in suis not. ad lit. E. vers. quid de stipulatione. pag.*827. *& seqq.* Etenim generalitas 17
responsionis ad interrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocari debet: ut hæc ex illâ, & illa ex hac temperamentum accipiat: cùm quisque ad id, de quo interrogatus fuit, respondere præsumatur, *arg. hujus* §. *nost. & l. si sine interrogatione.* 9. §. *qui interrogatus.* 5. *ff. de interrog. in jur. faciend.* Quò facit etiam 18
quòd & rescripta ambigua interpretationem recipiant ex precibus impetrantium antecedentibus. *l.* 1. *C. de divers. rescriptis, &c.*

Non obstat, quòd de essentiâ stipulationis sit, ut pro- 19
missor aperte respondeat ac promittat, *se daturum*: id autem in stipulatione impersonali non accidat: ac proinde ea inutilis censeatur. *d. l. stipulationum.*5. §. 1. *ibi, daturum; facturumve se. ff. de verb. obligat.* Hoc, *inquam*, non obstat: quia responsionis generalitas (*ut paulò ante dictum*) ad interrogationem revocari, & ex eâ temperari debet, *arg. hujus* §. Quod si sit, & illud *dabitur* ex interrogatione ita declaratur, ut responsio interrogationi congruat: promissor hoc respondisse intelligetur: *dabitur tibi à me.* Itaque persona ipsius promissoris in interrogatione, & persona ipsius stipulatoris in promissione ac responsione subintelligetur, perinde ac si ita essent stipulati: *Dabitur mihi abs te? Dabitur tibi à me. Hunnius d. quæst.*12. *vers. non obstat primum, &c.*

Non item refragatur quod dicitur, in stipulationibus si 20
quid obscurum aut ambiguum est (prout est in præsenti themate verbum *dabitur*: quod potest sic intelligi, *dabitur tibi à me*, &, *dabitur tibi ab alio quovis*, eam interpretationem sumendam esse, quæ stipulatori noceat: & consequenter ex tali stipulatione nihil deberi. *l. stip. ista* 38. §. *in stip.* 18. *ff. de verb. obl.* Nam tum demum contra stipulatorem est stipulatio interpretanda, si isthac interpretatione stipulatio non fiat inutilis. Quod si per eam interpretationem plane inutilis fiat stipulatio: id observatur potiùs, ut contra promissorem interpretatio sumatur, quo

res

Digitized by Google

res in tuto ſit & valeat. *l. quotiens. 80. ff. d. tit. & l. quotiens. 67. ff. de reg. jur.*

21 Similiter non adverſatur *Auth. ſi quando. C. de conſtit. pecun. & Novell. 116. cap. 6.* ubi Juſtinianus diſertè definivit, nullum eſſe conſtitutum, ſi quis ita dixerit: *tibi ſatisfiet*, verbo imperſonaliter prolato. *Haud* enim par ratio eſt conſtituti, *de quo in dictis locis*, & ſtipulationis. Conſtitutum ſiquidem fit ut plurimum nudo pacto, non præviâ interrogatione: ideòque imperſonalis reſponſio non eodem modo per interpretationem ad perſonalem redigi poteſt. *Alciat. d. lib 2. parerg. cap. 18. Eaque de re ulterius diſſertant Donellus ad d. l. 5. §. ſtipulatio autem. num. 5. ff. de verb. obligat. Gæddæus d. c. 4. concluſ. 3. num. 33. cum ſeq. & Hunnius d. q. 12. & 26. verſ. ad quartum, &c. uſque ad finem.*

§. Item inutilis. 6.

Item inutilis eſt ſtipulatio, ſi vel ab eo ſtipuleris, qui tuo juri ſubjectus eſt, vel ſi is à te ſtipuletur. Sed ſervus quidem non ſolùm domino ſuo obligari non poteſt, ſed ne quidem ulli alii. Filii verò familiarum aliis obligari poſſunt.

S U M M A R I A.

1 *Neque ſtipulatio, neque ullus alius contractus inter patrem & filiumfamilias, item dominum & ſervum celebrari poteſt.*
2 *Nulla patri cum filio, domino cum ſervo, vel contrà, eſt actio.*
3 *Pater & filius pro unâ eademque perſona habentur.*
4 *Actio & paſſio in eodem ſubjecto ſimul eſſe nequeunt.*
5 *Servus & filiusfamilias in quo conveniant: item in quo differant.*
6 *Ratio iſtius differentiæ.*
7 *Filiusfamilias cum patre de peculio caſtrenſi & quaſi contrahere poteſt.*
8 *Servus naturaliter, & ex delictis obligatur.*

1 DE ſtipulatione inutili ob vitium formæ dictum eſt *in præcedenti §.* hic & *§§. ſubſeqq.* agitur de ſtipulatione inutili ex defectu cauſæ efficientis, putà ratione perſona-
2 rum contrahentium. Et ait Imperator: inter patrem & filiumfamilias, item dominum & ſervum; ſtipulationem contrahi non poſſe. Ratio eſt perſpicua: quia neque hic, neque ullus alius contractus inter patrem & filium, dominum & ſervum, celebrari poteſt. *l. 2. ff. de contrah. empt.* eò, quòd nulla patri cum filio, domino cum ſervo, vel contra, actio eſſe poteſt. *l. lis nulla. 4. ff. de judic. l. actiones 7. ff. de obligat. & act. Borcholt. in Commentar. de verb. obligat.*
3 *cap. 3. num. 68.* quòd item pater & filius, in poteſtate conſtitutus, ob jus poteſtatis patriæ, ut & dominus ac ſervus, ob jus poteſtatis dominicæ, pro unâ eâdemque perſonâ habentur. *l. ult. C. de impuber. & aliis ſubſtitut.* & vox patris, vox filii eſt, & contrà *§. ſi quis alii. 4. verſ. ei verò ſupr. hoc tit. Baptiſta à Villalob. in theſaur. commun. opin. in add. Fichard. num. 38. Gædd. in Comment. de contrah. & committ.*
4 *ſtipulat. cap. 7. concluſ. 5. & 6. num. 4. & 68.* Aſt abſurdum eſt, & contra naturam, ut quisquam ſibi ipſi obligetur, hoc eſt, ut unus idemque ſit & creditor & debitor. Actio namque & paſſio, cùm ſint contraria, in eodem ſubjecto ſimul eſſe nequeunt *l. prætor. 4. ff. de tutorib. & curatorib. datis ab his, &c. l. ult. ff. de offic. prætorum l. Granius Antoninus. 71. ff. de fidejuſſorib. l. debitori. 7. C. de pact. Jaſon in l.*
5 *cum filiofamilias. 11. num. 15. & 16. ff. de legat. 1.* Servus igitur & filiusfamilias in eo ſimiles ſunt & conveniunt: quòd neuter, id eſt, nec filius patri, nec ſervus domino obligari, aut contra filius vel ſervus patrem & dominum ſibi obligare poſſit. In eo autem diſſimiles ſunt & differunt: quòd ſervus non ſolùm domino ſuo obligari non poſſit, ſed ne quidem ulli alii: filius verò familias patri tantùm obligari nequeat: ſed aliis obligari queat ex omni contractu *hoc § noſtro. in l. fine l. filiusfamilias. 39. & l. obligari. 43 ff. de oblig. & actionib.* excepto mutuo propter ſenatusconſultum Macedonianum, *de quo in §. illud. 7. infrà, tit. Quod cum eo, qui in aliena poteſt. eſt, negot. geſt. eſſe dicit.*
6 Ratio differentiæ iſtius hæc eſt: quia obligatio eſt vinculum juris civilis, *initio tit. ſupr. de obligationib.* cujus juris filiusfamilias, utpote liber homo & civis Romanus, capax eſt: ſervus non item: cùm is, ad jus civile quod attinet, pro nullo habeatur. *l. qui teſtamento. 20. §. ſervus. 7. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſervi. 14. ff. de obligat. & actionibus. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur. & expoſitum ſuprà ad principium tit. de ſtipulat. ſervor.* Quinimo filius- 7.
familias etiam cum patre contrahere poteſt de peculio caſtrenſi & quaſi-caſtrenſi: cùm hujus ratione, vice patris familias fungatur. *d. l. 2. in princ. ff. de contrah empt. d. l. 4. in fine ff. de judic. & l. 2. ff. ad ſenatusconſult. Macedon. Rittershuſ. hic ſub fine. pag. 445.* Enimverò naturaliter 8
ſervum ex contractu & obligari & obligare, palàm eſt. *d. l. ſervi. 14. ff. de oblig. & actionib.* quia jure naturali omnes homines ſunt æquales *d. l. quod attinet. 32. in fine ff. de reg. jur.* Ex delictis quoque, cùm ea naturalia ſint, ſervum obligari conſtat ex *d. l. ſervi. 14. ff. de obligat. & actionibus.* Tametſi pœnæ quædam delictorum in ſervum non cadant: ut mulcta, deportatio, relegatio, &c. quia ſervus neque pecuniam habet, neque ſtatum aut civitatem, quam illis pœnis amittere poſſit. *l. ult. ff. de capit. minut. & notavit Giphanius hic in fine.*

§. Mutum. 7.

Mutum neque ſtipulari, neque promittere poſſe, palàm eſt. Quod & in ſurdo receptum eſt: quia & is, qui ſtipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba ſtipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardiùs exaudit; ſed eo, qui omnino non audit.

S U M M A R I A.

1 *Mutus & ſurdus ſtipulationis contractum inire nequeunt: & quæ ſit ratio.*
2 *Idque ampliatur, ut ne ſcripturâ quidem inter illos ſtipulatio contrahi poſſit.*
3 *Forma cujusque rei ad unguem ſervanda.*
4 *Solemnis ſtipulationis forma in quo conſiſtat.*
5 *Mens & intellectus l. miles. 75. in princ. ff. de legat. 2.*
6 *Mens & intellectus l. non figurâ. 38. ff. de obligationibus & actionib.*
7 *Alia ampliatio.*
8 *Aliud eſt ſonus: aliud, vox articulata.*
9 *Mutus & ſurdus quomodo per ſervos ſtipulari queant, remiſſivè.*
10 *Num infans per ſervum ſtipulationem contrahere poſſit.*
11 *Infans nullum intellectum habet.*
12 *Explicatio & interpretatio l. 1. in princip. ff. de verbor. obligationibus.*
13 *Infans non magis velle creditur, quam furioſus.*
14 *Conſideratio l. 2. & 6. ff. rem pupilli ſalvam fore.*
15 *Infanti magis favetur in propria ſubſtantiâ conſervanda, quam in aliena quærenda.*
16 *Servus ignoranti & invito domino acquirit.*

AIt Imperator Juſtinianus: neque mutum, neque 1
ſurdum ſtipulationis contractum inire & conficere poſſe. Idem ait Ulpianus *in l. 1. in princip. ff. de verbor. obligationib.* & Cajus *in l. 1. § penult. & ult. ff. de obligat. & actionib.* Ratio non obſcura eſt: quia ſtipulatio eſt conceptio verborum, quibus is, qui interrogatus eſt, daturum facturumve ſe, quod interrogatus eſt, reſpondet, *l. ſtipulationum. 5. §. 1. ff. de verbor. obligat.* & ſic ad ſtipulationis ſubſtantiam præciſe verba tam reſpondentis, quàm interrogantis requiruntur. *l. 1. §. verbis. 7. & l. obligamur. 52. §. verbis. 2. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. ſi quis ita 2. verſ. contra ſine verbis ff. de verbor. obligationibus.* At verò mutus verba eloqui non poteſt: ac proinde nec interrogare, nec reſpondere poterit. Surdus autem licèt eloqui verba poſſit: illa tamen non exaudit; ut ſic nec congruenter reſpondere, nec an ſibi congruenter reſponſum ſit, ſcire poſſit. *d. l. 1. §. ult. ff. de obligation. & actionib. Anton. Pichard. hic num. 7.* Idque adeò verum eſt: ut ne 2
ſcripturâ quidem inter iſtas perſonas ſtipulatio contrahi queat; putà ſi ſurdus, vel mutus ſtipulandi animo literas alicui offerat, quibus ſcripſit, ſe rogare eum, ut decem dare vellet. Hoc caſu etiamſi alter verbis expreſſis 3
ad

ad literas respondeat, se daturum esse: obligatio tamen
contracta non intelligitur. Forma siquidem cujusque rei
solennis ad unguem & præfractè servari debet. *arg l. cùm
hi.8.§.si prætor.17.ff.de transactionib. l. nec ex prætorio. 17.*
4 *ff.de reg. jur. l.certa forma.4.C.de jure fisci.* Solennis autem
stipulationis forma in eo maximè consistit, ut verba tam
ex parte interrogantis, quàm respondentis, ore & linguâ
nuncupentur, non ut scribantur. *d.l. 1.ff.de verb.obligat.& similibus.*

5 Cui non obstat *l.miles 75. in princip. ff. de legatis.* 2. ex
quâ patet, quòd scriptura sermoni æquiparatur. *Nam*
hoc in iis solummodò, in quibus verba linguâ figurata &
palàm prolata pro solenni formâ non requiruntur, locum
6 habere potest: in aliis non item. Sic quoque non resi-
stit *l.non figurâ.38.ff.de oblig. & act.* ubi dicitur; non mi-
nus valere, quod scripturâ, quàm quod vocibus linguâ fi-
guratis significatur. *Ea enim* lex ad reliquos duntaxat
contractus, qui ad sui perfectionem verba ore prolata non
exigunt, pertinere videtur, *ut ostensum suprà ad principium
tit. de verb. obligat. n.* 46. vel si omnino ad stipulationem
etiam referenda est: ad eam profectò tantùm ut pertineat,
necesse est: quæ posteaquàm linguâ est nuncupata, in ta-
bulas relata & perscripta est, *ut scitè tradit Hotomanus
hic enunciat. 4. in fine & latiùs declarat. Ant Hering.in tr.*
7 *de fidejuss.c.7.num.* 143 *& seqq.* Præterea surdus stipula-
tionem adeò contrahere non potest: ut licèt tanto sit acu-
mine præditus, ut ex motu labiorum illius, qui loquitur &
promittit, sententiam intelligere possit: tamen nihil agere
censeatur. Hujusque ratio non difficilis est: quia ad sub-
stantiam stipulationis desideratur; ut ex auditu verborum
contrahentes se invicem intelligant. *d l. 1. in princip. ibi.
quoniam exaudire invicem debent ff.de verb. obligat. & d.
l. 1. §.ult. ibi, debet exaudire verba promittentis. ff. de obli-
gat.& actionib.* Quinimo etiamsi surdus stipulans sonum
verborum, sed sine sensu, exaudiat: mentemque loquen-
tis ac promittentis ex ejusdem labiorum motu percipiat: si-
militer tamen stipulationem non valere, certum est. Si-
quidem *in d.l 1.§.fin.ff.de obligat.& action. & in hoc §. no-
stro* disertè docetur, quòd stipulator verba respondentis
8 exaudire debeat. Verba autem non exaudit, qui sonum
tantùm, & non sensum eorum auribus percipit. Aliud
quippe est sonus: aliud verba, & vox articulata. *l. Labeo.7.
§ ult ff.de supp. lectil. legat* Atque hanc sententiam elegan-
ter, *contra Bartol.& alios,* defendit Carolus Molinæus *in d.*
9 *l 1.§ eadem. num 3 & 4.ff de verb. obligat.* Cæterùm si
mutus & surdus omnino stipulari velint, quomodo id per
servos suos præsentes facere valeant, indicat Ulpianus *in
sæpe allegata.l. 1 in pr. vers si quis igitur. ibique Dd.ff. eod.&*
10 *Petrus Heigius in hoc §.nostro. num.2.& 3* Porrò in dubium
à quibusdam revocari solet: num, quemadmodum mutus
& surdus; ita & infans per servum præsentem contrahere
11 possit stipulationem? Sed quòd non possit, evidens suadet
ratio: quia infans nullum intellectum aut consensum ha-
bet. *§.sed quod diximus. 10. infr. hoc tit.* Stipulatio autem
sine consensu mutuo non perficitur. *l. in omnibus rebus.
55.ff de obligationib. & actionib.*

12 Nec obstat huic sententiæ *d.l.1.in princip.ff.de verb.obl.*
ubi postquam Jurisconsultus dixit; mutum, surdum &
infantem stipulationem contrahere non posse: generali-
ter subjicit: *Si quis igitur ex his vult stipulari: per servum
præsentem stipuletur; & acquiret ei ex stipulatu actionem.*
Quibus verbis etiam infantem comprehendi, dubium non
esse videtur. Non, *inquam*, lex illa obstat. Quamvis
enim verba *dicti vers.si quis igitur &c.* generalia sint: haud
tamen generaliter accipi, sed ad habile subjectum referri re-
stringique debent. Atqui propter rationem suprà allatam
non possunt ad infantem accommodari. Igitur ad mutum
& surdum debent restringi. Præterea observandum est:
quod verba *dictæ l.* 1. non planè sint generalia. Nam etsi
Ulpianus ait: *si quis igitur, &c.* hisque verbis omnes, de
quibus priùs locutus erat, complecti videtur: utitur tamen
13 verbo *vult*: quod utique infanti minimè convenit, cum is
non magis velle credatur, quàm furiosus. *d §.sed quod dixi-
mus. 10.infr. hoc t.l.infans. 12.ff.ad leg. Cornel. de sicar.*

14 Neque refragatur. *l.2. & l. servum.6.ff.rem pupilli vel
adolesc. salv. fore.* ubi disertè dicitur, infantem per ser-
vum stipulari posse. *Etenim* primò Accursius, Bartolus,
& Iason respondent: quòd infans per servum stipulari
possit, id speciale esse in istâ stipulatione, *rem pupilli sal-
vam fore*: & ideò ad cæteras stipulationes idem extenden-
dum non esse, *arg.l quod vero contra.12.& seqq ff de legib.
&c.* Hujusque specialitatis ratio hæc assignatur: quòd 15
magis faveatur infanti in propriâ substantiâ conservandâ,
quam in alienâ quærendâ, *arg.l si in emptionem. 35. ff. de
minorib.& l.lex quæ 72.C. de administrat. tutor.&c* Dein-
de Donellus & Giphanius *in d. l. 1 ff. de verb. obligat.* re-
spondent: objectas duas leges non loqui de infante, per ser-
vum stipulante: sed de servo, infanti stipulante. Licèt 16
enim infans per servum stipulari nequeat: servus tamen
infantis stipulari potest infanti, & stipulando acquirere:
quoniam cùm servus possit ignoranti & invito domino
stipulari, & ex stipulatione acquirere. *§. item vobis. 3.
supr. per quas person. cuique acquirit.* idcirco infanti quo-
que stipulari poterit. *§ sui autem 2. supr.de hereditat.quæ
ab intestat. defer.* Et hanc responsionem (repudiatâ Co-
rasii *ad d.l. 1.num.17.cùm seq.ff.de verb. obligat* & Gœddei
in Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c.7.conclus.
12.solutione) probat Hunnius *in resolut. ad Treutler.vol.
2. disp.27.th.2.vers.Donellus igitur, &c.p.84.* ibique viden-
tur quoque Bachovius *in suis not. ad lit. B. & C. p. 816.
& seq.*

§. Furiosus. 8.

Furiosus nullum negotium gerere potest: quia
non intelligit, quod agit.

SUMMARIA.

1 *Furiosi, cæterique mente capti, neque stipulari, neque promit-
tere possunt.*
2 *Furiosus in quo differat à muto & surdo.*
3 *Furiosus, intervalla furoris habens, quatenus rectè stipuletur.*
4 *Unde cognoscendum, utrum actus à furioso gestus, tempore in-
termissionis furoris sit factus.*
5 *Prodigus stipulando quidem sibi acquirit: sed promittendo non
obligatur.*
6 *Prodigus neque modum, neque finem expensarum habet: ac
proinde parum à furioso distat.*
7 *Cur furiosus ne quidem stipulando sibi acquirat: prodigus
verò stipulando alium sibi obliget.*
8 *Num prodigo bonis interdicatur ipso jure, an à magistratu,
remissivè.*

FUriosi, cæterique mente capti, amentes & dementes, 1
neque stipulari, neque promittere jure queunt, *hoc §.
nostro l. 1. § furiosum. 12. ff.de obligat. & actionib.* Jason &
*Decius ad l furiosum.9.C.qui testament fac poss Jacob. Phi-
lip.Portius commun.conclus. regul. 34. lib. 1. Menoch. consil.
82. num. 190 cum seqq. hosque referens Gæddeus in Com-
mentar. de contrah. & committend. stipulat. c.7. conclus. 9.
n. 92. & multis seqq. ubi de furore dementia, amentia, &
similibus morbis latissime differit.* Imò furiosus nullum ne- 2
gotium gerere, aut contrahere potest, auctore Justiniano
hic, & Ulpiano *in l. in negotiis. 5. vers. nam furiosus. ff. de
reg. jur.* In quo differt à surdo & muto. Hi enim omnes
contractus & actus, in quibus verba solennia non sunt ne-
cessaria, celebrare & peragere possunt: ut emere, donare,
&c. *l. qui id, quod. 33.§. mutus. 1. ff.de donationib. l in qui-
buscunque. 48. ff. de obligat. & actionib.* At furiosus nul-
lum contractum celebrare, nullum negotium gerere pot-
est, *d.l. in negotiis 5. ff.de reg. jur.* Ratiò manifesta est: quia
furiosus non intelligit, quod agit. *per hunc §. nostrum.* Et
in eo animus deest, *l.2. in fin.ff.de procuratoribus.* menteque
caret. §. 1. *vers. item furiosi, supra, quibus non est permiss.
fac. testament.* Et, *ut ait Pomponius*, quia furiosi nulla est
voluntas, aut consensus. *l.furiosi 40 ff de reg. jur.* In omni
autem contractu, adeòque etiam in stipulatione voluntas
& consensus requiritur. *l. 1. § 2 ff. de pactis l.continuus. 137.
§. 2. ff. de verb.obligat. l. in omnibus rebus 55. & l. in omnibus
negotiis 57. ff. de obligationibus & actionibus.* Planè si fu-
riosus intervalla furoris sive insaniæ habeat: eo tempore, 3
quo

Digitized by Google

quo furor ipsius intermissus est, rectè stipulabitur. Nam etiam, cùm per id tempus, quo furor ejus intermissus est, testamentum facit, jure testatus esse videtur. *d. §. 1. vers.*
4 *furiosi autem suprà, quibus non est permiss. fac. testam.* Et cùm dubitatur: utrum actus, à furioso gestus, fuerit factus tempore furoris, an verò tempore intermissionis furoris: inspiciendum erit, utrùm actus iste more sapientis gestus fuerit, an non. Priori casu præsumitur: furiosum eo tempore, quo actus factus est, non fuisse furiosum: posteriori secus erit, *arg. l. his, qui, 12. §. 1. & 2. ff. de tutor. & curatorib. datis ab his. &c. Bald. in d. l. furios. 9. C. qui testam. fac. poss. Thomas Grammat. consil. 128. num. 25. & decision. Neapolitan. 73. n. 38. Hippolyt. de Marsil. singul. 380. Hucq; referri poterunt, quæ annotavimus ad d. §. 1. n. 13. supr. quib.*
5 *non est permiss. fac. testam.* Hinc Hostiensis, Joan. Andreæ, & Panormitan. *in cap. ad audientiam nostram. 3. ext. de consuetud.* tradiderunt: valuisse sententiam fatui Parisiensis contra tabernarium, petentem pecuniam a quodam paupere, qui comederat panem ad odorem carnium tabernarii.
6 Fatuus namque pronunciavit: solvi debere tabernario, tinnitu numismatis. *Quos citat & sequitur Ioannes Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 3. n. 51.* Porrò ad prodigum quod attinet: cum stipulando quidem sibi acquirere; promittendo verò non obligari, plusquam evidens est. *l. is, cui. 6. ff. de verb. obl. d. l. furiosi. 40. ibiq. Dd. ff. de reg. jur.* Etenim cum prodigus neq; modum, neq; finem habeat expensarū. *l. 1. ff. de curatorib. furioso, & aliis extra minor. dand.* parùm quoad usum recti judicii & rationis à furioso distat. *d. l. his, qui. 12. ff. de tutorib. & curator. datis, & c. l. Iulianus 7. §. adeo. vers. idemq; in prodigo. ff. quib. ex caus. in possess. eat. d. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* In furioso quidem sive mente capto, mentis depravatio, vel imbecillitas, atque ita morbus aut symptoma animi in causa est, cur non sapiat. Ast in prodigo etsi mentis sanitas est: morum tamen depravatio corrumpit hujus sanitatis usum, ut instar ejus sit, cui ipsa mentis functio vel corrupta est, vel infirma. Ideoque ex eo tum similitudo, tum dissimilitudo utri-
7 usque per se liquet. Nec mirum est, cur furiosus, ne quidem stipulando, sibi acquirat: cùm nesciat, quod agat, quidvè loquatur: prodigus verò stipulando alium sibi obliget. Siquidem rem meliorem faciendo non abutitur, nec depravate utitur mentis judicio: & in eo instar est pupilli, qui cùm & ipse alicujus sit judicii, licèt imperfectioris: in eo, quod bene & in usu utilitatem agit, rectè egisse censetur. *l. certi 9. §. sed etsi. 7. ff. de rebus credit. si cert. pet. & constat ex §. proximè seq. Gæddeus præallegato cap. 7. conclus. 10.*
8 *n. 121. & seqq.* Cæterum utrùm bonis interdicatur prodigo ipso jure, an a Magistratu, discussum est *ad §. furiosi. 3. supr. de curatorib. num. 7. & aliquot sequentibus.*

§. Pupillus. 9. & §. sed quod diximus 10.

Pupillus omne negotium rectè gerit: ita tamen, ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur. Nam alium sibi obligare, etiam sine tutoris auctoritate potest.

§. 10. Sed quod diximus de pupillis: utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantiæ proximus est, non multùm à furioso distant: quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est: ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

S U M M A R I A.

1 *Pupillus quatenus omne negotium rectè gerat.*
2 *Verba generalia de idoneis subjectis accipienda.*
3 *Pupillus matrimonium contrahere, aut testamentū facere nequit.*
4 *In quibus causis pupillo sit necessaria tutoris auctoritas.*
5 *Tres ætatis pupillaris gradus.*
6 *Magna inter illos gradus differentia.*
7 *Infans neque stipulari, neque promittere potest, etiam tutore auctore: etiamsi utilitatis causa possessionem sine tutore acquirere queat.*
8 *Expositio & intellectus l. pupillus. 9. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. in negotiis. 5. ff. de reg. jur. & l. 1. §. huic proximus 13. ff. de oblig. et. & actionib.*
9 *Pupillus infans ne quidem naturaliter obligatur.*
10 *Mens & sententia l. 1. in fin. ff. de novationib. l. si eius 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. & similium.*
11 *Pupillus infantiæ proximus an & quatenus obligetur.*
12 *Pupillus pubertati proximus quatenus rectè obligetur.*
13 *An pupillus ille si non civiliter, saltem naturaliter obligari possit.*
14 *Sensus l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. & l. pupillus. 59. ff. de oblig. & actionib.*
15 *Differentia inter impuberem sui juris & sub tutore, & inter eum, qui adhuc est in potestate parentis.*
16 *Vera differentia illius ratio.*
17 *Alia inter patrem & tutorem discriminis ratio.*

PUpillus non solùm stipulari; sed & omne negotium 1
(quod quidem in hanc ætatem cadit. Verba namque 2
generalia de idoneis subiectis sunt accipienda, *monente hic Wesenbecio num. 1.* Non igitur conjugium contrahere, non 3
testamentum facere, ne tutore quidem auctore potest, *per princip. tit. supr. de nupt. & §. præterea. 1. sup. quibus non est permiss. fac. testament.*) rectè gerere potest, *hoc §. & l. in negotiis. 5. ff. de reg. jur.* Ejusque ratio est: quia pupillus aliquem intellectum & consensum habet. *§. sed quod diximus. 10. hoc tit. l. 1. §. hoc edicto. 6. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. est. Philipp. Matthæus ad d. l. in negotiis. 5. num. 5. ff. de reg. jur.* Quod tamen primò ita accipiendum est, ut tutoris auctoritas adhibeatur, ubi necesse est, *hoc §. in fine 9.* Deinde ut intelligatur de pupillo non infante, sed majore, sive pubertati proximo, *ut hic in d. §. 10.* Quamobrem hoc 4
in articulo & negotiorum & ætatis ratio habenda est. Nam in quibusdam causis sive negotiis, quæ à pupillo geruntur auctoritas tutoris necessaria est: in quibusdam non est necessaria. Et sane pro regulà observandum est: in iis causis eam esse necessariam, in quibus pupilli conditio deterior fiat; in quibus verò melior, non esse necessariam, *initio tit. supr. de auctorit. tutor. §. nunc admonendi. 2. supr. quib. alienare licet, vel non. l. contra juris. 28. ff. de pact. l. obligari. 9. ff. de auctorit. tut. l. pupillus. 11. ff. de acquir. rer. domin.* Rationem hujus regulæ esse favorem pupilli & infirmæ ætatis, docuimus *supr. ad d. init. tit. de auctorit. tutor. n. 3.* Ad ætatem autem pupillarem quod attinet: ejus 5
tres hoc loco constituuntur gradus: pupillus infans, pupillus infantiæ proximus, & pupillus pubertati proximus. *De quibus latè expositum est suprà d. init. dicti modò tituli n. 9. & aliquot sequentib. De iisdem videatur quoque Hunnius lib. 1. variar. resol. jur. civ. tractat. 4. quæst. 16. & Paulus Zacchias lib. 1. quæstionum medico-legalium tit. 1. quæst. 1. & seqq.* Cæterum inter hos pupillaris ætatis gra- 6
dus ingens est differentia. Etenim pupillus pubertati proximus omne negotium rectè gerit, *ut Justinianus hic loquitur*: reliqui duo non item. Ex quibus tamen duobus pupillus infantiæ proximus idem potest, quod pubertati proximus: sed hic cùm jam habeat aliquem intellectum, potest ipso jure: ille verò quia non multò plus intelligit, quam infans, non ipso jure potest: sed ex æquitate sive utilitate. Unde ait Imperator hic *in §. 10. vers. sed in proximis, &c.* propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est. Et Cajus inquit: infantem stipulari non posse, majorem infante posse, etiamsi ejus ætatis sit, ut non intelligat, quid agat: idque propter utilitatem receptum est. *l. servum. 6. ff. rem pupilli salv. fore.* Et Paulus dicit: id favorabiliter ejusmodi personis præstari. *l. pupillus. 9. in fin. ff. de acquir.* 7
vel omitt. heredit. Et porrò infans, *ut jam monitum*, nihil possit; adeòque ne quidem tutoris auctoritate interveniente stipulari, vel promittere valeat: cùm stipulatio verba congrua ab ipsis contrahentibus requirat. *l. 1. in pr. & §. eadem. 6. vers. dummodo congruenter. & l. mulier. 70. ff. de verb. obligat.* tamen utilitatis causa & hoc receptum videtur; ut hodie possessionem etiam sine tutoris aucto-

auctoritate infans acquirere poſſit. *l. quamvis 32. §. infans. 2. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. junctâ l. 3. C. de acquir. & retinenda poſſeſſ.* Quod autem pupillus infans, etiam tutore auctore, negotia gerere, ſive ſe obligando, ſive ab alio ſtipulando, nequeat: non tantùm evinci poteſt *ex d. §. ſed quod diximus. 10. verſ. nam infans. hoc tit.* verùm etiam *ex l. 1. §. 2. in fine ff. de adminiſtrat. & peric. tutor.* ubi Ulpianus ita ſcribit: *pro his, qui fari non poſſunt, ipſi tutores judicium ſuſcipiant: pro his autem, qui ſupra ſeptimum annum ætatis ſunt, auctoritatem præſtent.* Ex quibus verbis intelligitur: eos, qui ſeptimum annum nondum exceſſerunt, quos infantes dicimus, per ſe judicium ſuſcipere, aliudvè negotium gerere, etiam accedente tutorum auctoritate, non poſſe: ſed ipſos tutores nomine illorum id facere debere.

8 Huic ſententiæ non refragatur *d. l. pupillus. 9. ff. de acq. vel omitt. heredit. dict. l. in negotiis. 5. ff. de reg. jur. & l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.* in quibus legibus, & nonnullis aliis dicitur: pupillum, ſi fari poſſit, tutore auctore & ſtipulari & promittere poſſe, etiamſi non intelligat, quid agat: idque benignius receptum eſſe. Jamverò cum rariſſimè contingat, ut non ante ſeptimum ætatis annum impubes loqui queat: inde effici videtur, ut etiam ante eam ætatem rectè ſtipulari & promittere poſſit. Non, *inquam*, hæ leges refragantur. Nam in iis nequaquam affirmatur: pupillum, ſi fari poſſit, obligari; ſive ſeptennio major ſit, ſive minor: ſed hoc tantum adſtruitur; pupillum, qui fari poteſt ad contractus ineundos adhibitâ tutoris auctoritate eſſe idoneum. Ex aliis autem legibus addendum eſt: præter ſermonis facultatem etiam hoc requiri, ut ſeptimum ætatis annum pupillus ſuperaverit. *d. l. 1. §. 2. ff. de adminiſtrat. & peric. tutor.*

9 *& d. §. ſed quod diximus. 10. hoc tit.* Et quidem adeo pupillus infans fruſtra promittit, ut ne quidem naturaliter ex ſuâ promiſſione obligetur: propterea quòd naturalem obligationem conſenſus, quantumvis nudus, pariat. *l. 1. §. 3. ff. de pact. l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de ſolutionib. Schneidewin. ad principium tit. ſupr. de auctoritat. tutor. num. 11.* Atqui infans naturâ conſenſum aut intellectum non habet. *d. §. ſed quod diximus. 10. hoc tit.*

10 Nec huic adverſatur *l. 1. in fine. ff. de novationibus l. ſi ejus pupilli. 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cùm illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. l. ſi pupillus 21. in princ. ff. ad l. Falc. & ſimil.* in quibus generaliter traditum eſt: pupillum ſine tutoris auctoritate promittendo, naturaliter obligari. *Iſtas nam q;* leges omnes de pupillo pubertati proximo, qui conſenſu & intellectu non deſtituitur, accipiendas eſſe ſubjecta earum materia ſuadet. In quibus cùm de negotiis gerendis agatur: utique is pupillus intelligi debet, in quem naturâ id, de quo agitur, cadere poſſit.

11 Pupillus autem infantiæ proximus licèt à furioſo non multum diſtet, *teſte Juſtiniano hîc in d. §. 10.* ex benignitate tamen & humanitate, ſive potiùs utilitate (*uti dictum ſupra num. 6.*) receptum eſt, ut alium ſibi obligare etiam ſine tutoris auctoritate poſſit: ipſe verò non aliter, niſi cum tutoris auctoritate obligetur. Quod uſque adeò verum eſt: ut non modò non civiliter, ſed ne naturaliter quidem obligari promittendo queat. *l. quod pupillus 41. ff. de condict. indebit. l. pupillus 59. ff. de obligationibus & actionibus.* Æque enim ac infans conſenſu atque intellectu carere exiſtimatur. *d. §. 10. verſ. nam infans &c.* Nam quod ſolus, etiam citra auctoritatem tutoris, rectè ſtipulari, ſibique alium obligare poteſt: id ei non propter conſenſum, quem non habet, ſed propter utilitatem permiſſum eſt: ac proinde ad obligationem naturalem, in ipſius perſonam introducendam, extendi non debet, nec poteſt,

12 *ſæpe allegato §. ſed quod diximus, 10. hoc tit.* Pupillus quoque pubertati proximus, cùm non tantùm quid loquatur, ſed & quid agat, intelligat; quin ſine tutore auctore rectè ſtipuletur, nullum eſt dubium: ſi verò ipſe quid promittat, haud obligatur, *hoc §. noſtro.* Obligationem autem civilem intelligimus. Neque enim pupillus, pubertati proximus, civiliter obligatur niſi quatenus factus eſt locupletior. Hoc ſiquidem caſu ex reſcripto Divi Pii, non tam propter conſenſum conventur; quàm propterea, quod cum alterius detrimento locupletior factus eſt *l. 3. §. pupillus ſane 4. ff. de negot. geſt. l. 3. in princ. ff. commodati. l. 1. in fine principii. & l. pupillus 5. in princ. ff. de auctoritat. tutor.*

Porrò cùm pupillus iſte, quotiens ſine tutoris auctori- 13
tate promittit, nec locupletior fit, civiliter nunquam obligetur: convenienter quæri poteſt, an ſaltem obligetur naturaliter? Et eum naturaliter obligari, apertè conſtat *ex d. l. 1. in fine ff. de novationib. d. l. cùm illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. d. l. ſi pupillus. 21. in princ. ff. ad leg. Falcid. l. ult. ff. de jurejur. l. ſi pupillus. 127. ff. de verb. oblig. l. in numerationibus 44. ff. de ſolutionibus & l. ſi ejus pu-*
pilli. 64. in princip. ad ſenatusconſult. Trebell. Nec his le- 14
gibus obſtat. *d. l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. & d. l. pupillus. 59. ff. de obligat. & actionib.* in quibus pupillum naturaliter obligari, perſpicuè negatur. *Nam* jam ſupra *num. 11.* monuimus: has leges non de pupillo pubertati, ſed de pupillo infantiæ proximo exaudiendas eſſe. Hi enim pupilli licèt etiam ſine tutoris auctoritate ſuum in commodum rectè contrahant: cùm tamen plenum firmumque intellectum non habeant, ſine tutore naturaliter obligari nequeunt, *d. §. ſed quod diximus 10. hoc tit. d. l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.* Verùm ea de re alii aliter diſſertant. *Donellus ad d. l. ſi pupillus. 127. num. 4. cum ſeqq. ff. de verb. oblig. Gædd. in Commentar. de contrah. & committ. ſtipulat. cap. 7. concluſ. 12. num. 212. cum multis ſeqq. Hunnius d. lib. 1. var. reſolut. jur. civil. tractat. 4. quæſt. 17. & ſeq. nec non cæteri, quos recenſuimus ſuprà ad princip. tit. de auctorit. tutor. n. 30.* Quibus adjiciendus eſt Nicolaus Genoa *in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. pag. 211. & ſeqq. ubi & plures alios refert.*

Tandem *in fine dicti §. ſed quod diximus. 10. hoc tit.* in- 15
dicatur differentia inter impuberem ſui juris & ſub tutore (qui propriè dicitur pupillus. *l. pupillus. 239. ff. de verbor. ſignification.* Quamvis etiam interdum pupillus appelletur, qui impubes eſt, & in poteſtate patris exiſtit, *ut in d. §. 10. in fin. & l. ult. §. 2. ff. de verb. obligat.*) & inter eum, qui adhuc eſt in poteſtate parentis: quòd ille tutore auctore obligetur: hic verò parente auctore non obligetur. Differentiæ hujus ratio à pleriſque Interpretibus hæc aſſignatur: quòd patris auctoritas non præſtet rem pupilli ſalvam, ut tutoris. Tutor enim pupillo tenetur ex illâ cautione, *rem pupilli ſalvam fore*: & quidem tenetur actione tutelæ: filius verò adverſus patrem nullam actionem ob rem malè geſtam habet. *tot. tit. ff. de tutelæ. & rationib. diſtrahend. l. iis nulla. 4. ff. de judiciis. l. ult. §. ſin autem as alienum 4. verſ. paterna reverentia. C. de bonis, quæ liberis &c. Weſenbec. hîc num. 4. Hotoman. enunciat. 6. Giphan. in fine. & Borcholt. num. 9.* Sed hæc ratio vix, ac ne vix quidem ſubſiſtere videtur: cùm perabſurdum ſit quærere de illa cautione, *rem pupilli ſalvam fore*, ubi reverâ non eſt pupillus, putà cùm eſt in poteſtate. *d. l. pupillus. 139. in*
princ. ff. de verb. ſignific. Itaque ratio diſcriminis, cur (*in-* 16
quam) tutore auctore, non item auctore patre pupillus obligetur, hæc fortaſſis erit veriſimilior: quia niſi pupillus tutore auctore obligaretur, nemo cum eo contrahere vellet: & proinde ei velut commercio eſſet interdictum, *arg.*
l. illud quæritur. 4. in fin. ff. de evictionib. Quod in eo, qui 17
in poteſtate parentis eſt, in conſiderationem non venit. Is etenim non ſibi ipſi, ſed patri contrahere & acquirere intelligitur, *ut dictum in §. 1. ſupr. de ſtipulat. ſervor. & in §. item inutilis. 6. ſupra hoc tit.* Quin & illa diſcriminis ratio inter patrem & tutorem non obſcura eſt: quòd non pertineat ad obligationes contrahendas patris poteſtas, ſicut tutoris auctoritas, *tradente Balduino hîc, eumque referente Rittershuſio, pag. 447.*

§. Si impoſſibilis. 11.

Si impoſſibilis conditio obligationibus adjiciatur: nihil valet ſtipulatio. Impoſſibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quò-minùs exiſtat: veluti, ſi quis ita dixerit: Si digito cœlum attigero, dare ſpondes? At ſi ita ſtipuletur: Si digito cœlum non attigero, dare ſpondes? pure facta obligatio intelligitur: ideòque ſtatim peti poteſt.

SUM-

Digitized by Google

SUMMARIA.

1 *Impossibilis conditio quæ hoc loco dicatur.*
2 *Impossibilis conditio vel in faciendo consistit, vel in non faciendo: & vel naturâ impossibilis est, vel jure.*
3 *Quæ contra leges, vel bonos mores fiunt, jure impossibilia censentur.*
4 *Differentia inter contractum & testamentum ejusque ratio.*
5 *Inficiendo [illegible] conditionem impossibilem, in faciendo; & in non faciendo positam: & ratio ratio.*
6 *Necessaria est negatio ejus, cujus affirmatio est impossibilis.*

1 STipulatio adjectione conditionis impossibilis redditur inutilis, & vitiatur. *hoc §. nostro. l. non solum. 31. ff. de oblig. & actionib. l. impossibilis. 7. & l. seq ff. de verbor obligationibus.* Est autem impossibilis conditio, cui natura impedimento est, quò minùs existat, *definitore hic Justiniano.* Inde ergo apparet: hunc §. solummodò de conditionibus
2 naturâ impossibilibus esse accipiendum. Nam cæteræ conditiones, quæ lege habentur impossibiles, proprium suum sortiuntur tractatum *in §. quod turpi. 23. infr. hoc tit.* Itaque bifariam impossibiles conditiones dividuntur. Primò enim impossibilis conditio vel in faciendo consistit, vel in non faciendo, *hic & d. l. impossibilis. 7. cum l. seq. ff. de verbor. obligat.* Deinde impossibilis conditio vel est naturâ, quæ propriè est impossibilis conditio *de qua hic*: vel jure & legibus: ut *si Cajum occideris, si sororem uxorem duxeris, si in foro nudus saltaveris, &c. l. si stipulor. 35.*
3 *§. [illegible] ff. eod.* Etenim quæ vel contra leges sunt, vel contra bonos mores, jure impossibilia censentur *l. generaliter 26. l. seq. l. continuus. 137. §. cum quis. 6. ff. de verb. obligat. l. conditiones. 9. & l. si ita 15. ff. de conditionib. institution.* Et de hac conditione *in d. §. quod turpi. 23. infra hoc tit.* Quod ad hanc divisionem naturæ & juris
4 attinet: effectu considerato, nulla est. Utraque enim conditio stipulationem, & reliquos contractus omnes vitiat *d. l. non solum. 31. ff. de oblig. et. & action.* Testamentum autem & legatum per impossibilem conditionem non vitiatur: sed potiùs, ejus conditionis adjectione pro nullâ habita, valet & sustinetur. *§ impossibilis. 10 supr de heredib. instituend.* Ratio hujus differentiæ inter contractum & testamentum petenda est *ex d. l. non solum 31. ff de oblig. & a. l.* Quia videlicet testamentum ab uno, contractus à duobus vel pluribus celebratur. In ea autem re, quæ ex duorum pluriumvè consensu agitur, omnium voluntas spectatur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment appositâ ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Ast uni testatori facilè mendum sive vitium in scribendo seu nuncupando existere possit: ac proinde hoc colore impossibilis conditio detrahitur, defunctique voluntas conservatur. *l. 1. ff.*
5 *de constitutionib. institutionum.* Atque illa differentiæ ratio etiam est exposita *ad d. §. impossibilis. 10. num 12. supr de heredib. instituend.* Cæterum circa priorem divisionem item observanda est differentia. Nam si conditio impossibilis in faciendum sit concepta; veluti hoc modo: *si digito cælum attigero*: vel, *si in cælum ascendero, dare spondes?* stipulatio vitiatur. Si verò conditio in non faciendo sit posita: veluti, *si digito cælum non attigero*, aut *si in cælum non ascendero, dare spondes?* stipulatio utilis est, pureque facta intelligitur, *hoc §. nostro. & d. l. impossibilis. 7. ff. de verb. obligationib.* Et ratio est: quia conditio impossibile in non faciendo, oratione tantum & figura verborum est conditio; reverâ autem ac vi ipsa, non item. Hæc quippe conditio non solùm possibilis est, sed etiam planè necessaria. Certissimum enim est, fieri non posse, ut non existat. (Qua de causa rectè Aristoteles *lib. 2. περὶ ἑρμηνείας. c. penult.* (*prout eum refert. Wesenb. hic n. 2.*)
6 dicit: ejus negationem esse necessariam, cujus affirmatio sit impossibilis. Quare ejuscemodi conditio stipulationem non suspendit: cùm certo certius sit, stipulatorem in cælum non ascensurum, idve attacturum esse. Extitit ergo conditio. Quod igitur eo modo promissum est; præsenti die debetur: adeoq; statim peti potest: *ut Imperator hic in fine asserit.* Parvi tamq; refert: utrùm nulla conditio adjecta sit, an, quæ adjecta est, extiterit. Unde scitè quoq; Ulrianus ait: Qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo extitura est; purè stipulari videtur. *l. si pupillus. 9. §. 1. ff. de novationibus.* Eaque de re fusius disserit Donellus *in d. l. impossibil. 7. ff de verb. oblig.* & Giddeus *in Comm. de contrab. & commit. stipul. c. 8 conclus. 9. n. 173. & multis subseqq.*

§. Item verborum. 12.

Item verborum obligatio inter absentes concepta, inutilis est. Sed cùm hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentes fuisse, vel se, vel adversarios suos, contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præstò esse partes indicant, omnino esse credendas: nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos approbaverit; toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

SUMMARIA.

1 *Stipulationem inter absentes [illegible] contrahi non posse.*
2 *[illegible]*
3 *[illegible]*
4 *[illegible]*

STipulationem inter absentes contrahi non posse, liquidò constat ex hoc §. nostr. *l. 1. in pr. ff. de verb obl. l. 1. & 3 C. de contrab & commit. stip. l. ut inter absentes. 3. C. de inutil. stip.* Et 1
ratio est: tum quia stipulationis forma sive substantia in verbis posita est. *l. oblig. 1. §. [illegible] verb 2. ff. de obl. & act. l. 1. [illegible] & [illegible] l. stipulationum. 5. [illegible] l. 35 [illegible] l. quidquid. 99. ff. de verb. oblig §. 1. supr de verb. oblig. l. omnes 12. C. de contrab. & commit stipul.* Verba autem sunt tantum præsentium: at epistolæ & nuncii propriè absentium. 2
§. 1. vers. veluti per epistolam, vel per nuncium. infr. de oblig. ex consens. l. 2. ibique Jason. Cujac & Duaren. ff. de pact. Tum quia stipulationem contrahentes se invicem exaudire, sibique congruenter coram respondere debent, quod absentes facere non possunt. *d l. 1. ubi Bartol. ff. de verb oblig. pulchrè Giddeus in Comment de contrab & committ. stipul. c. 3. concl 12. & 13. n. 139. & seqq.* Cui non obstat *l. ea. quæ. 3*
5 ff. de donat. inter vir. & uxor. ubi literis facta stipulatio videtur. Nam breviter dicendum: literas ibi missas esse non de faciendа inter absentes stipulatione: sed de jam antè coram facta. Id quod copiosius explicatum est suprà *ad princ. tit. de verb. oblig. n 47 & notavit Theodorus Marcilius & Rittershusius hic pag. 450 itemque Ostermannus in suis rational p. 95.* Addit autem hic Justinianus: promissorem 4
non audiendum esse, si ex eo, quòd absens fuerit, inutilem esse stipulationem contendat: cùm instrumento sive scripturæ, in qua stipulatio continetur, tamdiu inhærendum & standum sit, quoad manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes undique idoneos, & omni exceptione majores promissor ostenderit; toto illo die quo confectum est instrumentum sese, vel adversarium suum a iis in locis fuisse. Idem ait Imperator *in l. optimam. 14. C. de contrab. & committ. stipul.* Huc que pertinet, quod Cicero *lib. 1 de invent.* scribit: *Si vos me [illegible] eo tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fui: relinquitur; ut id, quod dicitis, non modò non fecerim: sed nec potuerim facere.* Quam rem pluribus persequuntur. *Cujacius in l. sciendum 30. ff. de verb. oblig. Schneidew. Mynsinger. & Heigius in hoc §. nostro.*

§. Post mortem. 13.

Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterit: non magis, quàm post ejus mortem, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris, vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur: *pridie quàm moriar; vel pridie quàm morieris, dare spondes?* inutilis erat stipulatio. Sed cùm (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valeant: placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emen-

emendationem: ut, sive post mortem, sive pridiè quàm morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit: stipulatio valeat.

SUMMARIA.

1 *Stipulatio post mortem suam, cur olim non valuerit.*
2 *Stipulatio, pridie quàm moriar, cur inutilis fuerit.*
3 *Prædictæ stipulationes cur hodie valeant.*
4 *Heres cum defuncto una eademque persona putatur.*
5 *Contrariorum dissolutio.*
6 *Actiones ab heredibus, & contra heredes hodie incipiunt.*

1 SI quis post mortem suam sibi dari stipulabatur, vel vice versa: si post mortem suam se daturum promittebat: hanc stipulationem veteres, ad verba attendentes impossibilem; ac proinde inutilem esse, censebant. Quomodo enim vel daret, vel acciperet mortuus? Accedit & illa ratio: quòd regula fuit juris veteris, quâ actiones nullæ, quæ non competiissent defuncto; ab heredibus, vel contra heredes incipere poterant. *l. unic. C. ut actiones & ab heredibus & contra hered. incipiant. Cajus in fragment. Inst. lib. 2. tit. 9. §. præterea. 7.* Isthac autem stipulatione fit, ut actio ab herede, vel contra heredem incipiat. Illa igitur stipulatio, tanquam juris regulæ contraria, infirmaba-
2 tur. Eadem ratione inutilis visa fuit veteribus & hæc stipulatio, *pridie quàm moriar*: vel *pridie quàm morieris, dabis aut facies?* Cùm enim dies præcedens mortem meam, me mortuo demum appareat, hæc stipulatio re ipsa & effectu tempus post mortem meam respicit; atque ita post mortem meam facta esse intelligitur, *teste Cajo d. lib. 2.*
3 *tit. 9. §. item inutilis, &c.* Sed Justinianus Imp. præcedentes duas stipulationes valere constituit. *l. scrupulosam. 11. C. de cont. & committ. stipul.* Ratio, quæ movit Imperatorem, hæc est: quia in stipulationibus, ut & in aliis contractibus, voluntas ac consensus contrahentium magis, quàm verborum & formularum subtilitas aut scrupulositas spectari debet: ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur, ut Imperator loquitur *in d. l. un. C. ut actiones & ab hered. & contra hered. incip.* Nec est verò impossibile est juris interpretatione & intellectu, ut quis post mortem suam aliquid det,
4 vel accipiat. Dabit enim heres promissoris: vel accipiet heres stipulatoris. Quod cùm fit: ipsemet defunctus dare, vel accipere videtur: propterea quòd heres cum defuncto una eademque persona reputatur. *Novell. 48. in fine præfationis l. hered. 59. ibique Decius. ff. de reg. jur.* & in universum defuncti jus succedit. *l. cùm heres. 11. ff. de divers. temp. præscript. l. hered. 62. ff. de reg. jur.*
5 Nec huic reclamat, quòd contrahentes non de heredibus suis, sed de se ipsis stipulationem conceperint. Nam, hanc objectionem Imperator ipse dissolvit *in l. ult. C. de contrab. & committend. stipulat.* dum indicat, quòd nemo tam stultus existimandus sit, ut stipuletur hoc modo sibi ipsi: sed ex consensu contrahentium hæc verba ita exaudiri debeant, quasi quis post mortem suam heredi suo dari stipule-
6 tur: etiamsi nullam heredis mentionem faciat. Neque etiam obloquitur prædicta veteris juris regula. Eam enim Justinianus sustulit, statuitque ut actiones ab heredibus, itemq; contra heredes incipiant. *d. l. unic. C. ut actiones & ab her. & cont. her. incip.* Vide illâ de re accuratiùs dissertantem Polidorum Ripam *in Comm. de Actis in mortis artic. c. 7.*

§. Item si quis ita. 14.

Item si quis ita stipulatus erat: *Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* inutilis erat stipulatio: quia præposterè concepta est. Sed, cùm Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit: nobis placuit, & huic perfectum robur accomodare: ut non solùm in dotibus: sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

SUMMARIA.

1 *Stipulatio præposterè concepta olim invalida, hodie subsistit.*
2 *Ratio novi juris duplex.*
3 *Non subtilitas verborum: sed potiùs voluntas contrahentium & testantium spectanda.*

HUjusmodi stipulatio, *si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* vel (secundùm Theophi. Balduinum, 1
Contium, Mynsinger. & alios quosdam Interpretes) *si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes?* apud veteres inutilis erat. Ratio juris veteris ab Imperatore hæc indicatur: *quia*, inquit, *præposterè concepta est.* Cur autem hæc stipulatio præposterè concepta sit, sive cur sit præpostera, causa hæc est: quia datio eventum conditionis præcedit: & sic ante conditionis eventum oritur obligatio; quod est præposterum. Nam recto ordine priùs ut conditio existat, & posteriùs obligatio necesse est; *ut liquet ex §. sub conditione. 4. supr. de verb. obligat.* Verùm Justinianus hanc stipulationem non rejiciendam esse existimavit: hoc tamen addito temperamento, ut exactio non statim, sed post conditionis demum eventum competat. *l. præposteri. 25. in fine. C. de testamentis.* Ratio hujus novi juris 2
hic tantùm sumitur ab exemplo. Leo namque Imperator (cujus constitutio hodie non extat) stipulationem præposteram in dotibus probavit: veluti, si mulier marito dans dotem ita stipuletur: *Si sine liberis decessero, dotem mihi, cùm moriar, dare spondes?* Quare Leonis exemplo isthæc stipulatio Justiniano placuit, non solùm in dotibus, sed in omnibus aliis causis, hoc est, tam in contractibus omnibus, quàm in testamentis. *d. l. præposteri. 25. C. eod.* Cæterùm 3
vera novi juris ratio videtur esse eadem, quæ suprà *§. proximo* est exposita: quòd nimirum non subtilitas verborum, sed potiùs voluntas contrahentium, ut & testantium sit spectanda. *l. unic. in fin. C. ut actiones & ab heredib. & cont. hered. incip. d. l. præposteri. 25. C. de testament. §. ante heredis institutionem. 34. supr. de legatis.*

§. Ita autem stipulatio. 15.

Ita autem stipulatio concepta: veluti, si Titius dicat: *cùm moriar, dare spondes?* vel *cùm morieris?* & apud veteres utilis erat, & nunc valet. Item post mortem alterius rectè stipulamur.

SUMMARIA.

1 *Stipulatio illa, cùm moriar; vel, cùm tu morieris, dare spondes? & olim, & hodie recepta est: ejusque ratio.*
2 *Idque procedit hodie, tum in faciendi, quàm dandi stipulationibus.*
3 *Quare stipulatio hæc, post mortem Titii dare spondes? & olim valuerit, & hodie valeat.*

ETsi stipulatio hæc, *post mortem meam dare spondes?* 1
vel hæc, *post mortem tuam dare spondes?* olim inutilis erat, *ut dictum supr. in §. post mortem. 13. hoc tit.* illa tamen, *cùm moriar*, vel, *cùm tu morieris, dare spondes?* & olim valebat, & hodie multò magis recepta est, *hoc §. nostro. & l. quodcunque. 45. §. non solùm. 3. ff. de verb. obligat.* Ratio diversitatis hæc redditur: quia his verbis, *cùm moriar*, vel *cùm morieris*, ipsum moriendi tempus sive momentum significatur. Hoc autem moriendi momentum, vitæ potiùs, quàm morti attribuendum esse, pluribus demonstrant Cujacius *lib. 3. observation. cap. 34. Tiraquell. in tract. de jure constituti possessorii. part. 3 limitat 2 num. 12. Hotoman. illustr. enunciat. 4. & Heig. n. 2.* Non ergo impossibilis veteribus videbatur hæc stipulatio, ut superiores. Etenim hac vivo dari spondetur, & vivus spondet, se daturum. Quod tamen apud veteres, ut exempla textûs indi- 2
cant, in dandi tantum stipulationibus procedebat. Aliud quippe erat in faciendi stipulationibus, *ut apparet ex l. ult. C. de contrab. & commit. stipul.* Illas enim, cùm non ita extremo vitæ momento sive articulo, adimpleri possint, veteres impossibiles esse putarunt. Sed tandem Imp. Justi-

nianus

Digitized by Google

nianus hasce veterum subtilitates & altercationes amputavit; & omnes illas stipulationes utiles esse, & ad heredes, etiam nullâ expressâ & speciali heredum mentione factâ, transire voluit. *l. si scrupulosam. 11 l. veteris. 13. & l. ult. C. de*
3 *contrah. & committ. stipulat.* Porrò dubium non est ullum: quin stipulatio hæc, *post mortem Titii centum dare spondes?* & olim valuerit, & hodie valeat, *hoc §. nostro in fine.* Siquidem illa stipulatio est in diem: qui dies non adversatur regulæ antiquæ, *ut quia expositum in d. §. post mortem. 13. suprà hoc tit.*

§. Si scriptum. 16.

Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem: perinde habetur, atque si interrogatione præcedente, responsum sit.

SUMMARIA.

1 *Instrumento, aliquem promisisse, adstruente: interrogatio præcessisse, adeoque omnia solemniter peracta censentur: & quæ sit ejus ratio.*
2 *Verba cum effectu accipienda.*
3 *Interpretatio l. 1. C. de dotis promiss.*
4 *An & quatenus incertæ dotis promissio valeat.*
5 *Si instrumentum asserat, placuisse vel convenisse inter contrahentes: stipulatio solemnis interposita non præsumitur.*

1 QUia jam notum est, hunc stipulationis contractum constare ex interrogatione & responsione: dubitari poterat, an valeat stipulatio si promissionis tantum sive responsionis in instrumento mentio fiat? Et ait Imp. valere: ut interrogatio, quamvis ejus in instrumento non fiat mentio, intercessisse tamen seu præcessisse præsumatur. Idemque tradit Paulus *lib. 5. sent. tit. 7. de obligationib. unde hic locus ad verbum est desumptus.* Hujusque ratio est: tum quia instrumento hæc inest præsumptio, ut omnia in eo comprehensa, censeantur ritè ac solenniter esse gesta, *§. ultim. infr. de fidejussoribus l. sciendum 30. l. Titia. 134. §. penult. ff. de verb. obligat. l. 1. cum ibi notatis & l. optimam 14. C. de contrah. & committ. stipulat. l. cum precibus. 18.*
2 *ibique Bald. C. de probation.* Tum quia verba ex receptâ juris interpretatione cum effectu, id est ut valeant sunt accipienda *l. 1. § 2. ff. quod quisque juris in alter. statuerit l. penult. §. 2. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. l. si se non obtulit. 4. § condemnatum. 6. ff. de re judicat.* Cum ergo promissio sine præcedente interrogatione sit inefficax: interrogationem ritè præcessisse præsumimus: ut sic actus valeat potiùs quàm pereat. *l. quoties. 12. ff. de reb. dubiis. l. quotiens. 80. ff. de verb. obligation. Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 11. num. 17.*
3 Neque hunc improbat sententiam Alexander Imp. *in l. 1. C. de dotis promiss.* ubi licèt instrumento scriptum esset, dotem fuisse promissam: nihilominus tamen Imperator rescripsit, ex eâ promissione nullam competere actionem. Inde colligi videtur, verbum *promissionis* in instrumento positum, non solennem & perfectam significare stipulationem. Non, *inquam*, hoc Alexandri rescriptum nostram improbat sententiam. Nam respondere possumus: Imperatorem in proposito *dictæ. l. 1.* casu non ideo actionem denegasse, quòd existimaverit, ad probandam stipulationem non satis esse, in instrumento contineri, quòd dos promissa fuerit: sed idcirco, quòd ex instrumento liquidò constiterit, dotem incertam sine expressione certæ quantitatis fuisse promissam. Incertæ namque dotis promissio,
4 quantumvis solenni stipulatione facta, nullius momenti est, nullamque actionem producit, si extraneus eam promiserit, *ut ex textu dictæ l. 1. evincitur.* Aliter se res habet si dos incerta non ab extraneo, sed à patre, vel quodam alio, qui ad dotem constituendam tenetur, fuerit promissa. Hoc siquidem casu valere eam indubitatum est. *l. cum post divortium. 69. §. gener. 4. ff. de jure dotium.* Et hæc qui-
5 dem, quæ hactenus dicta sunt, omnino militant & procedunt, quando in instrumento verbum *promisit* sive *spopondit* est positum. Secus autem esse putatur, si in instrumento ponitur, placuisse vel convenisse inter contrahentes. Hac enim specie solennis stipulatio interposita non præsumitur: ac proinde ex eo instrumento, nisi alia concurrant adminicula, stipulatio probari non poterit, *arg. l. lecta. 40. ff. de reb. cred. & l. qui Romæ 122. §. 1. ff. de verb. obligat.* Idque uberiùs explicat Carolus Molinæus *in rubric. ejusdem tit. 31. & seq.*

§. Quotiens 17.

Quotiens plures res unâ stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat, *dare spondeo*: propter omnes tenetur. Si verò unam ex his, vel quasdam daturum se spoponderit: obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus vel quædam videntur esse perfectæ. Singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.

SUMMARIA.

1 *Plurium rerum stipulatio quatenus valeat.*
2 *Non est necesse, ut in respondendo omnia repetantur, quæ stipulator expresserit.*
3 *Consideratio l. quicquid adstringendæ. 99. in princ. ff. de verb. obligat.*
4 *Quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita intelliguntur.*
5 *In stipulationibus, quæ divisionem recipiunt, utilis per inutilem non vitiatur.*
6 *Consideratio §. præterea. 5. suprà hoc tit.*

AGit hic Imperator de stipulatione plurium rerum, 1
quatenus valeat. *Exempli gratiâ*: Stipulatus sum Pamphilum, Stichum, decem, fundum, &c. Hoc in articulo videndum est: num promissor simpliciter responderit, an quasdam ex hisce se daturum spoponderit. Si 2
ad plures res, unâ stipulatione comprehensas, promissor uno verbo simpliciter respondeat, *promitto*, vel *dare spondeo*: propter omnes tenetur. *l. inter stipulantem. 83. §. item si ego. 4. & l. quod dicitur. 80. ff. de verbor. obligat.* Et ratio est: quia non est necesse, in respondendo omnia ea repeti, quæ stipulator expresserit. *§. præterea inutilis. 5. in fin. supr. h. t.*

Non obstat *l. quicquid adstringendæ. 99. in princ. ff. de verb. obligat.* ubi à Celso Jureconsulto responsum est; ex stipulatione id solùm deberi, ad quod promissor se palàm verbis astrinxit. Sed hoc loco promissor simpliciter tantùm se promittere dixit: nec, quid promittat, adjecit. Non, *inquam*, obstat. Nam promissor, qui uno verbo simpliciter ad ea, quæ in interrogatione posita fuerunt, respondit; ad res singulas, in stipulationem deductas, separatim & palàm respondisse intelligitur. Ea siquidem, quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita censentur. *l. Titia. 134. §. 1. ff. d. tit.* Quòd si verò promis- 4
sor de pluribus rebus interrogatus, ad eas res non simpliciter *promitto*, sed ita, *Stichum promitto*, respondeat: obligatio tantùm in Sticho, pro quo spopondit, contrahitur. Ratio, cur stipulatio hæc Stichi valeat, est hæc: quia perfecta est, *ut indicat hic Justinianus in vers. ex pluribus, &c.* Constat enim interrogatione & responsione. Reliquarum verò rerum stipulationes non valent: cùm sint imperfectæ. Habent etenim interrogationem: sed non habent responsionem. Nec movet, quòd his verbis, *Pamphilum, Stichum, decem, &c. dabis? dabo Stichum*: una stipulatio contracta videatur: ac proinde inutilis: propterea quòd responsio cum interrogatione non omnino conveniat. *Istis* namque verbis non una, sed plures stipulationes continentur. *l. scire debemus. 29. ff. de verb. obligat.* ex quibus una, ad quam est responsum, perfecta est, atque ideo utilis: reliquæ sunt inutiles. Siquidem in stipulationibus, quæ 5
divisionem recipere possunt, utilis per inutilem vitiari non debet. *l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. eod. l. sed si sibi. 11. ff. de stipulat. servor. Ungepaur Exercit. Justin. 16. q. 7.*

Huic sententiæ non adversatur *d. §. præterea. 5. supr. hoc* 6
tit. ubi promissor, qui de decem aureis interrogatus, quinque se daturum respondit, ne quidem ad quinque tenetur.

Digitized by Google

Ergo non videtur ſubſiſtere, quod dicitur ſtipulationem eſſe validam, ſi promiſſor de paucioribus rebus, quàm fuit interrogatus, reſpondeat. Non adverſatur, *inquam*. Nam præter veram reſolutionem *in d. §. præterea.* adductam, & hoc forſan non incommodè dici poterit: ſtipulationem *in dicto iſto* §. ideo dici inutilem, quòd ſtipulator decem aureos eâ mente, eoque animo ſtipulatus fuerat, ut pauciores non reciperet. Aſt in propoſito caſu ſtipulator non ita animum limitatum & aſtrictum ad res plures habuit: ſed eâ intentione, & eo animo plures in ſtipulationem deduxit, ut vel omnes, vel pauciores à promiſſore acciperet. Et ita dictum *§. præterea. ſupr. hoc tit.* exaudire videntur. *Accurſius in d.l.* 1. *§. ſi ſtipulanti. ff. de verb. oblig. Albert. Bolognet. ad rubr. ff. d. tit. cap.* 31. *n.* 6. & 7. *Theodorus Straltman. in ſuis antinom. legum civil. contrariet.* 9. *Gabriel Mudæus in l. in venditionibus.* 9. *ff. de contrahend. empt. num.* 4. *Joan. Marcus Aquilinus in d. l.* 1. *§. ſi quis ſimpliciter. ff. de verbor. oblig. num.* 48. & *Benedictus Pinel. ſelectar. interpretat. lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 2. & *ſeq. aliique nonnulli, quos recitavimus in d. §. præterea.* 5. *num.* 4. *ſuprà hoc tit.*

§. Alteri. 18. §. ſed & ſi 19. & §. verſa vice. 20.

Alteri ſtipulari (ut ſupra dictum eſt) nemo poteſt. Inventæ enim ſunt hujuſmodi ſtipulationes vel obligationes ad hoc, ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod ſuâ intereſt: cæterùm ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris. Planè ſi quis velit hoc facere: pœnam ſtipulari conveniet: ut niſi ita factum ſit, ut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt. Pœnam enim cùm ſtipulatur quis: non iſtud inſpicitur, quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur, *Titio dari?* nihil agit: ſed ſi adjecerit pœnam, *Niſi dederis, tot aureos dare ſpondes?* tunc committitur ſtipulatio.

§. 19. Sed & ſi quis ſtipuletur alii, cùm ejus intereſſet: placuit, ſtipulationem valere. Nam ſi is, qui pupilli tutelam adminiſtrare cœperat, ceſſerit adminiſtrationem contutori ſuo, & ſtipuletur rem pupilli ſalvam fore: quoniam intereſt ſtipulatoris fieri, quod ſtipulatus eſt (cùm obligatus futurus ſit pupillo, ſi male res geſſerit) tenet obligatio. Ergo & ſi quis procuratori ſuo dari ſtipulatus ſit: habebit vires ſtipulatio. Et ſi creditori ſuo quis ſtipulatus ſit, quod ſuâ intereſt, ne forte vel pœna committatur, vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant: valet ſtipulatio.

§. 20. Verſa vice, qui alium facturum promiſit, videtur in eâ eſſe cauſa, ut non teneatur, niſi pœnam ipſe promiſerit.

SUMMARIA.

1 *Stipulatio alteri facta, inutilis cenſetur.*
2 *Inter poſſeſſionem & obligationem, alteri quærendam, differentia: hujuſque ratio.*
3 *Numquid ex ſtipulatione, alteri factâ, naturalis ſaltem obligatio oriatur.*
4 *Dictio (poteſt) negativè, item affirmativè poſita, quid importet.*
5 *Obligatio naturalis non eſt ſine conſenſu.*
6 *Obligatio naturalis ſolâ æquitate naturali ſuſtinetur.*
7 *Pacta & conventiones ſervandæ.*
8 *Quibus caſibus alteri ſtipulari liceat.*
9 *Si ſtipulationi alteri factæ pœna adjiciatur, ſtipulatio valet.*
10 *Omnis ſtipulatio pœnalis eſt conditionalis.*
11 *Si quis alteri ſtipuletur, cùm ſuâ intereſt, utilis eſt ſtipulatio, & quare.*
12 *Per verbum, intereſt, quid hoc loco intelligatur.*
13 *Intereſſe quomodo definiatur.*
14 *Hominem beneficio afficere, intereſt hominis.*
15 *Verba in propriâ ſignificatione accipienda.*
16 *Quibus modis contingat, ut interſit noſtrâ pecuniariter, alteri quippiam dari.*
17 *Promiſſor ſi de alio promittat, non obligatur: niſi pœna adjecta fuerit.*

Dictum eſt ſupra *in §. ſi quis alii.* 4. *hoc tit.* ſtipulatio- 1
nem eſſe inutilem, ſi quis alteri ſtipuletur: hoc loco Imperator id exactiùs decidit atque declarat, *ex l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri.* 17. *ff. de verbor. obligationib.* Nec hanc 2
Imperatoris deciſionem infringit *l.* 1. *C. per quas perſ. nobis acquirat & l. traditio.* 20. *§. ult. ff. de acquir. rer. domin.* In quibus legibus habetur: per liberam perſonam omnium rerum poſſeſſionem, & per hanc dominium alteri acquiri poſſe. *Nam reſpondetur*: in eo eſſe inter obligationem & poſſeſſionem alteri quærendam differentiam. Ratio differentiæ hæc eſt: Nemo alteri obligari poteſt, niſi cum detrimento quodam, & incommodo ſui patrimonii, quod per obligationem minuitur. Qui igitur ſtipulatur alteri dari, is hoc agit, ut ſtipulando faciat conditionem alterius (promittentis ſcilicet) deteriorem, non quidem ad ſuam utilitatem, ſed illius, cui ſtipulatur. Hoc autem iniquum, & à ratione alienum, adeoque minimè permittendum eſſe, Juriſconſulti veteres cenſuerunt. Cæterùm qui poſſeſſionem alterius nomine ſibi traditam, acceptat: alterum cum jacturâ & incommodo alterius locupletiorem non reddit. Haud ſiquidem poſſeſſio, quam alter tradit, ex eo amittitur, quod alteri, cujus nomine acceptata eſt, acquiratur: ſed, quòd ita jure proviſum ſit, ut quis ſtatim poſſeſſionem amittat, cùm eam animo poſſidere deſinit; etiamſi ea alii neutiquam acquiratur. *l. quod meo.* 18. *§.* 1. *ff. d. acq. vel amit. poſſ.* Et hac de re, more ſuo, prolixè diſputat Donellus *in d. l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri.* 17. *ff. de verb. obl. n.* 3. & 5. *itemque Bachovius in not. ad Treutler. vol.* 2. *diſp.* 27. *th.* 2. *lit. D. pag.* 817. & *ſeq.* Ac ſanè hæc deciſio ſive 3
regula, quâ dicitur, alteri ſtipulari neminem poſſe, adeò procedit: ut ex ejuſmodi ſtipulatione alteri facta ne naturalis quidem obligatio oriatur, *argumento dicti §. ſi quis alii.* 4. *ſupr. h. t.* ubi, per hanc ſtipulationem nihil agi, traditur. Ergò ne naturaliter quidem promiſſor ſtipulatori obligatur. Idem etiam *per hunc §. noſtr.* probari poſſe videtur, in quo Imperator ita loquitur: *Alteri ſtipulari nemo poteſt.* Quæ certè dictio, *poteſt*, negativè poſita, *ut hîc*, impoſſibi- 4
litatem & neceſſitatem importat: tametſi affirmativè poſita neceſſitatem non inducat, *Gloſſ. & Dd. in cap.* 1. *verb. non poteſt. de reg. jur. in* 6. *Bartol. in l. Gallus.* 29. *in princ. ff. de liber. & poſth. hered. inſtituend.* Adde, quòd ne naturalis quidem obligatio eſt ſine conſenſu. *l.* 1. *§. conventionis.* 3. *verſ. adeò autem ff. de pact.* Atqui cum eo, in quem ſti- 5
pulatio collata eſt, promiſſorem nihil conveniſſe conſtat, utpote cum quo nihil prorſus egerit. Itaque ſine dubio ei obligari non poteſt. Licet verò inter ipſum ſtipulatorem & promiſſorem conſenſum interveniſſe certum ſit: tamen, quod res ipſa docet, nullus talis eſt conſenſus, ut ei detur, qui ſtipulatus eſt. Nulla igitur cum eo pactio in hoc, ut ei detur: ac proinde de eo nulla obligatio, ne naturalis quidem.

Non obſtat huic ſententiæ *l. Stichum* 95. *§. naturalis ff.* 6
de ſolut. ex quâ lege tale quidam ducunt argumentum: Naturalis obligatio ſolâ naturali æquitate ſuſtinetur, & in eâ tanquam radice fundatur. Sed pacta & conventiones 7
ſervari, eſt æquum: *d. l.* 1. *ff. de pact.* Ergo videtur dicendum: ex illâ promiſſione, quâ quis non ſtipulatori, ſed alii ſe daturum promittit, naturalem obligationem produci. Non obſtat, *inquam*, hæc argumentatio. Nam ad minorem reſpondetur: verum quidem eſſe in genere, quod affirmatur *in d. l.* 1. *ff. eod.* æquum eſſe pacta ſervari. Aſt in ſpecie propoſitâ nulla ſubeſt æquitas, quæ ſtipulationem vel pactum, quo actum eſt, ut alii quippiam præſtetur, ſervandum eſſe dictitet. Satis enim hoc ab æquitate alienum eſſet, ſi jura aliquem ſine ullo ſuo commodo poſſe alium aſtringere, ut alteri det aliquid vel faciat, permitterent. Et hanc opinionem, utpote veriſſimam, *poſt alios*, defendit Zaſius *num.* 6. *cum ſeqq.* & Donellus *num.* 11. *in dict. l. ſtipulatio iſta.* 38. *§. alteri. ff. de verbor. obligat.*

Præ-

8 Præmiſſæ autem regulæ, quâ nemo alteri ſtipulari poteſt,
9 duæ exceptiones hoc loco afferuntur. Prima hæc eſt: niſi
quis pœnam huic ſtipulationi appoſuerit, hoc modo: *Sem-*
pronio dabis fundum: & niſi dederis, mihi dabis centum?
Quo caſu committitur, id eſt valet ſtipulatio: & promiſ-
ſor vel fundum Sempronio dare tenetur, vel ſi non dederit,
mihi cogitur dare centum. In hac enim ſtipulatione pœ-
nali non inſpicitur, interſitne ſtipulatoris an non interſit,
ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis: hoc eſt,
10 inſpicitur, quæ ſit quantitas in pœnâ. Pœna etenim con-
ditionaliter adjici ſolet: & omnis pœnalis ſtipulatio eſt
conditionalis §. *ult. ſupr. de verb. obligationib.* Atque ita
duæ hic videntur ſtipulationes. una alteri facta in fundo:
altera in centum pœnalis, facta ipſi ſtipulatori: eaque va-
let & utilis eſt; & quaſi extante ſtipulationis conditione,
ad pœnam agi poteſt: quam tamen promiſſor effugiet,
ſi priori ſtipulationi, licet per ſe inutili, pareat. *Sed vi-*
deantur Donellus ad d.l.38.§.alteri 17.ff.d.tit.n.73.& ſeq.
11 *Bachov. hic num. 1.& 2. & Heigius num. 12.& ſeqq.* Se-
cunda exceptio hæc eſt: niſi quis alteri ſtipulatus ſit, cum
ſua intereſſet, §. *ſed & ſi quis 19 hoc tit. l. ſtipulatio iſta.38.*
§. ſi ſtipuler. 20 ff. de verb. obligat. Hujusque exceptionis
ratio in promptu eſt: quia tunc non alteri, ſed tibi ipſi ob-
ligationem actionemque ſtipulator, ratione ſui intereſſe,
acquirit *l. liber homo 118. §. fin. ff. de verb. obligat.* Vide
Bachovium *in dictis not. ad Treutler. vol. 2. diſput. 27. th. 2.*
lit. F pag. 829. & Knipiſchildt *exercitat. Acad. 6. quæſt. 9.*
pag. 723. & ſeqq. Sciendum autem eſt: non quoquo modo
12 cujusque intereſſe. *l. pedeſſeſſoris. 23. ff. de pactis.* Intelligi-
tur itaque hoc loco per verbum *intereſt*, id, quod pecu-
13 niariter intereſt. Definitur enim intereſſe id, quod mihi
abeſt, & quod lucrari potui. *l. ſi commiſſa 13 ff. rem ratam*
14 *haberi.* Lucrari autem tantum illud intelligimus, quod in
15 pecuniam patrimoniumque noſtrum convertitur. Nec
obſtat, quod *in l. ſervus. 7. ff. de ſervis exportand.* dicitur;
hominem afficere beneficio, intereſſe hominis. *Quia* in
illâ l. verbum *intereſſe καταχρηστικῶς* & abuſivè accipitur.
16 Namque propriè id dicitur intereſſe, quod pecuniariter
intereſt, ut ex definitione intereſſe jam poſitâ videre licet.
At verba in propriâ ſignificatione exaudienda eſſe, omni-
bus manifeſtum eſt. *l. non aliter. 69. in princ ff. de legat. 3.*
l. Labeo. 7. §. 2. verſ. id Tubero. ff. de ſupellect. legat. Con-
tingit verò duobus modis: ut interſit noſtrâ pecuniariter,
alteri quid dari. Primò ſi is, cui ſtipulati ſumus, nobis de
eâdem re reddenda ſit obligatus, ut ſic res ad nos reverta-
tur. Quod procedit in eo, qui procuratori ſuo ſtipulatus
fuerit. Quicquid enim procuratori datur, id ipſe domi-
nus à procuratore actione mandati conſequitur. *l. idemque*
10. §. ſi cui mandavero. ff. mandati. Secundò ſi nos ei, cui
ſtipulati ſumus: jam ante eâ de re obligati ſimus. Ad
hanc ſpeciem pertinent exempla, quæ hic *in d. §. 19.* de
tutore ſtipulante pupillo, & de debitore ſtipulante credi-
tori ſuo ponuntur. Plura hujus rei exempla extant *in d.*
l. ſtipulatio iſta. 38. §. ſi ſtipuler. 20. & §. ſeq. ff. de verb. oblig.
Cæterum præter iſtas duas, ſunt & aliæ præfatæ regulæ
exceptiones; quas Interpretes *hic, & in d. §. ſi quis alii. 4.*
17 *ſupr. hoc tit.* examinant. Quòd porrò de ſtipulatore mo-
do expoſitum eſt: non poſſe quem alteri ſtipulari, niſi
vel pœna adjecta ſit, vel ejus interſit: idem ex adverſo
etiam de promiſſore dicendum, Imperator ſubjicit *hic in*
§. verſa vice. 20 eum nimirum, ſi non de ſe ipſo, ſed de
alio promittat, non obligari (ſive promiſerit alium da-
turum, ſive facturum) niſi pœna adjecta fuerit: *de quo*
latius ſupra in §. ſi quis alium. 3. hoc tit. & d. l. ſtipulatio iſta.
38. §. at ſi quis. 2. ff. de verb. obligat.

§. Item nemo. 21.

Item nemo rem ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit, utiliter ſtipulatur.

S U M M A R I A.

1 *Inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis rem alienam, ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit, ſtipuletur: ejusque ratio.*
2 *Quod noſtrum eſt, ampliùs noſtrum fieri non poteſt.*
3 *Quibus caſibus quis rem propriam rectè ſtipuletur, remiſſive.*

Docuit Imperator ſuprà *in §. item juris. 2. hoc tit.* 1
ſtipulationem rei ſuæ eſſe inutilem: hic adjicit,
inutilem quoque eſſe ſtipulationem, ſi quis rem alienam,
ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit; ſtipule-
tur: ut ſi dicat, *Fundum Caji, cùm meus erit, dabis?*
Idem tradidit Paulus *in l. nemo 87. ff. de verb. oblig.* Ratio,
cur non valeat hæc ſtipulatio, eſt illa: quia tempore con-
ditionis exiſtentis, quo obligatio naſcitur, fundus iſte dari
non poteſt. Quid ita? quia quod noſtrum eſt, ampliùs 2
nobis dari, magisque noſtrum fieri nequit § *ſic itaq. diſcre-*
te 14. infr. de action. § ſed ſi rem. 10. ſupra de legat. Quam-
obrem nihil refert, utrùm res initio, id eſt, tempore con-
tractûs mea ſit; an poſtea, hoc eſt, tempore præſtationis.
Hic enim locum regula vulgaris habet: ſtipulationem in-
cidiſſe in eum caſum, à quo incipere non poteſt, *de quâ*
explicatum ſuprà in d. § 2. hoc. tit. num. 17. Cæterùm ali- 3
quot caſus, quibus rem quis propriam rectè ſtipulatur,
exponit diligenter Mynſingerus *hic num. 4. & ſeq.*

§ Si de alia re. 22.

Si de alia re ſtipulator ſenſerit, de aliâ promiſſor: perinde nulla contrahitur obligatio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet: veluti, ſi hominem Stichum à te quis ſtipulatus fuerit, tu de Pamphilo ſenſeris, quem Stichum vocari credideris,

S U M M A R I A.

1 *Stipulatio propter errorem rei, ſeu diſſenſum contrahentium vitiatur.*
2 *Error nominis & materiæ non vitiat ſtipulationem.*
3 *Secus eſt in emptione: & quæ ſit ratio differentiæ.*

Si erraverint ſtipulator & promiſſor in re ſive corpore: 1
nulla contrahitur ſtipulatio, *hoc §. noſtro. l. inter ſtipu-*
lantem. 83. §. 1. & l. continuus. 137. §. 1. ff. de verbor. obligat.
Ratio eſt perſpicua: tum quia diverſitas reſponſionis ſti-
pulationem annihilat: quam rationem indicat Imperator
hic in verbis: *perinde nulla contrahitur obligatio, &c.*
Tum quia contractus omnes conſenſum deſiderant: ac
proinde diſſenſu & errore vitiantur. *l. 1. §. conventionis.*
ff. de pact. l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. §. 1. l. in omnibus rebus 55.
& l. in omnibus negotiis. 57. ff. de oblig. & actionibus. At-
que hæc quidem de errore corporis tantum intelligenda
ſunt. Nam error nominis ſtipulationem non vitiat: ut, 2
dabis mihi ſervum tuum Pamphilum? dabo: utilis eſt ſti-
pulatio; etiamſi ſervus non Pamphilus, ſed Mævius
vocetur. *l. ſi in nomine 32. ff. de verb. obligat. l. in ven-*
ditionibus 9. § 1. ff. de contrah. empt. Error quoque ma-
teriæ ſive qualitatis non vitiat ſtipulationem. *Verbi gratiâ:*
ſi ſtipuler à Sempronio nummum aureum, ut putabam,
cùm reverâ eſſet æreus: ſtipulatio valet: quoniam in cor-
pore conſenſimus: quamvis Sempronius promiſſor, ſi ſci-
ens me fefellerit, de dolo teneatur. *l. ſi id, quod aurum 22.*
ff. de verb. obligat. ibique Zaſius, Duarenus, Alciatus & Do-
nellus. Quocirca error non nominis, error non materiæ ſeu
qualitatis, ſed corporis, ſtipulationem vitiat: velut, ſi ſti-
puletur quiſpiam à Titio Stichum, & promiſſor habeat
duos Stichos, nigrum & album: & nigrum intelligat ſti-
pulator, promiſſor album: non ſubſiſtit ſtipulatio: quia,
ut ante monitum, ſtipulatio exemplo cæterorum contra-
ctuum utriusque conſenſu perficitur. *d. l. inter ſtipulantem.*
83. § 1. & d. l. continuus. 137. § 1. ff. de verb. obligat. At non
conſentiunt qui errant. *l. ſi per errorem. 1 . ff. de jurisdict.*
l. 2. in princip. ff. de judic. l. nihil conſenſui. 116. ff. de reg. jur.
Quâ in re ſtipulatio ab emptione & venditione non nihil
diſcrepat. Etenim in emptione contrahenda nihil profue- 3
rit, contrahentes in corpore conſenſiſſe, ſi in materia vel
qualitate ſeu ſubſtantia erratum ſit; puta ſi quis æs emat
pro auro, vel plumbum pro argento. *d. l. in venditionib.*
9. § ult. & leg. aliquot ſeqq. ff. de contrah. empt. Ratio diffe-
rentiæ, cur in emptione error in materia venditionem vi-
tiet, ſtipulationem non item, hæc eſt: quia in ſtipula-
tione intereſt ſtipulatoris, ut æs ſaltem ſit in obligatio-
ne. Aſt in emptione intereſt emptoris, qui viciſſim
ad pretium obligatur; ne ullo modo in ære vel plumbo
quod

Digitized by Google

Ergo non videtur subsistere, quod dicitur stipulationem esse validam, si promissor de paucioribus rebus, quàm fuit interrogatus, respondeat. Non adversatur, *inquam*. Nam præter veram resolutionem *in d. §. præterea.* adductam, & hoc forsan non incommodè dici poterit: stipulationem *in dicto isto* §. ideo dici inutilem, quòd stipulator decem aureos eâ mente eoque animo stipulatus fuerat, ut pauciores non reciperet. Ast in proposito casu stipulator non ita animum limitatum & astrictum ad res plures habuit: sed eâ intentione, & eo animo plures in stipulationem deduxit, ut vel omnes, vel pauciores à promissore acciperet. Et ita dictum *§. præterea. supr. hoc tit.* exaudire videntur. *Accursius in d. l. 1. §. si stipulanti. ff. de verb. oblig. Albert. Bolognet. ad rubr. ff. d. tit. cap. 31. n. 6. & 7. Theodorus Straitman. in suis antinom. legum civil. contrariet. 9. Gabriel Mudaus in l. in venditionibus. 9. ff. de contrahend. empt. num. 4. Joan Marcus Aquilinus in d. l. 1. §. si quis simpliciter. ff. de verbor. obligat. num. 48. & Benedictus Pinel. selectar. interpretat. lib. 2. cap. 17. num. 2. & seq. aliique nonnulli, quos recitavimus in d. §. præterea. 5. num. 4. supra hoc tit.*

§. Alteri. 18. §. sed & si 19. &
§. versa vice. 20.

Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod suâ interest: cæterùm si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè si quis velit hoc facere: pœnam stipulari conveniet: ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatur quis: non istud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur, *Titio dari?* nihil agit: sed si adjecerit pœnam, *Nisi dederis, tot aureos dare spondes?* tunc committitur stipulatio.

§. 19. Sed & si quis stipuletur alii, cùm ejus interesset: placuit, stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore: quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est (cùm obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit) tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit: habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod suâ interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant: valet stipulatio.

§. 20. Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in eâ esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

SUMMARIA.

1 *Stipulatio alteri facta, inutilis censetur.*
2 *Inter possessionem & obligationem, alteri quærendam, differentia [illegible] ratio.*
3 *Nunquam ex stipulatione, alteri factâ, naturalis saltem obligatio oritur.*
4 *Dictio (potest) negative, item affirmative posita, quid importet.*
5 *Obligatio naturalis non est sine consensu.*
6 *Obligatio naturalis solâ æquitate naturali sustinetur.*
7 *Pacta & conventiones servandæ.*
8 *Quomodo tamen alteri stipulari liceat.*
9 *Si stipulationi alteri factæ pœna adjiciatur, stipulatio valet.*
10 *Omnis stipulatio pœnalis est conditionalis.*
11 *Si quis alteri stipuletur, cum suâ interest, utilis est stipulatio, & quare.*
12 *Per verbum, interest, quid hoc loco intelligatur.*
13 *Interesse quomodo definiatur.*
14 *Non tantum beneficio afficere, interest hominis.*
15 *Verba in propria significatione accipienda.*
16 *Quibus modis contingat, ut intersit nostrâ pecuniariter, alteri quippiam dari.*
17 *Promissor si de alio promittat, non obligatur: nisi pœna adjecta fuerit.*

Dictum est supra *in § si quis alii. 4. hoc tit.* stipulatio- 1
nem esse inutilem, si quis alteri stipuletur: hoc loco Imperator id exactiùs decidit atque declarat, *ex l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verbor. obligationib.* Nec hanc 2
Imperatoris decisionem infringit *l. 1. C. per quas pers. nobis acquirat & l. traditio. 20. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.* In quibus legibus habetur: per liberam personam omnium rerum possessionem, & per hanc dominium alteri acquiri posse. *Nam respondetur*: in eo esse inter obligationem & possessionem alteri quærendam differentiam. Ratio differentiæ hæc est: Nemo alteri obligari potest, nisi cum detrimento quodam, & incommodo sui patrimonii, quod per obligationem minuitur. Qui igitur stipulator alteri dari, is hoc agit, ut stipulando faciat conditionem alterius (promittentis scilicet) deteriorem, non quidem ad suam utilitatem, sed illius, cui stipulatur. Hoc autem iniquum, & a ratione alienum, adeoque minimè permittendum esse, Jurisconsulti veteres censuerunt. Cæterum qui possessionem, alterius nomine sibi traditam, acceptat: alterum cum jacturâ & incommodo alterius locupletiorem non reddit. Haud siquidem possessio, quam alter tradit, ex eo amittitur, quod alteri, cujus nomine acceptata est, acquiratur: sed, quòd ita jure provisum sit, ut quis statim possessionem amittat, cùm eam animo possidere desinit, etiamsi ea alii neutiquam acquiratur. *l. quod meo. 18. § 1. ff. d. acq. vel amit. poss.* Et hac de re, more suo, prolixè disputat Donellus *in d. l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obl. n. 3. & 5. itemque Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 2. lit. D pag. 817. & seq.* Ac sane hæc decisio sive 3
regula, quâ dicitur, alteri stipulari neminem posse, adeò procedit: ut ex ejusmodi stipulatione alteri facta ne naturalis quidem obligatio oriatur, *argumento dicti §. si quis alii. 4 supr. h. t.* ubi, per hanc stipulationem nihil agi, traditur. Ergò ne naturaliter quidem promissor stipulatori obligatur. Idem etiam *per hunc §. nostr.* probari posse videtur, in quo Imperator ita loquitur: *Alteri stipulari nemo potest.*
Quæ certe dictio, *potest*, negative posita *ut hic*, impossibi- 4
litatem & necessitatem importat: tametsi affirmative posita necessitatem non inducat, *Gloss. & DD. in cap. 1. verb. non potest. de reg. jur. in 6. Bartol. in l. Gallus. 29. in princ. ff. de liber. & posth. hered. inst. vel exh.* Adde, quod ne naturalis quidem obligatio est sine consensu *l. 1. § conventionis. 3. vers. adeo autem ff. de pact.* Atqui cum eo, in quem sti- 5
pulatio collata est, promissorem nihil convenisse constat, utpote cum quo nihil prorsus egerit. Itaque sine dubio ei obligari non potest. Licet verò inter ipsum stipulatorem & promissorem consensum intervenisse certum sit: tamen, quod res ipsa docet, nullus talis est consensus, ut ei detur, qui stipulatus est. Nulla igitur cum eo pactio in hoc, ut ei detur: ac proinde de eo nulla obligatio, ne naturalis quidem.

Non obstat huic sententiæ *l. Stichum 95. §. naturalis ff.* 6
de solut. ex quâ lege tale quidam ducunt argumentum: Naturalis obligatio solâ naturali æquitate sustinetur, & in eâ tanquam radice fundatur. Sed pacta & conventiones 7
servari, est æquum. *d. l. 1. ff. de pact.* Ergo videtur dicendum: ex illâ promissione, quâ quis non stipulatori, sed alii se daturum promittit, naturalem obligationem produci. Non obstat, *inquam*, hæc argumentatio. Nam ad minorem respondetur: verum quidem esse in genere, quod affirmatur *in d. l. 1. ff. eod.* æquum esse pacta servari. Ast in specie proposita nulla subest æquitas, quæ stipulationem vel pactum, quo actum est, ut alii quippiam præstetur, servandum esse dictitet. Satis enim hoc ab æquitate alienum esset, si jura aliquem sine ullo suo commodo posse alium astringere, ut alteri det aliquid vel faciat, permitterent. Et hanc opinionem, utpote verissimam, *post alios,* defendit Zasius *num. 6. cum seqq.* & Donellus *num. 11. in dict. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. ff. de verbor. obligat.*

Præ-

Digitized by Google

8 Præmissæ autem regulæ, quâ nemo alteri stipulari potest,
9 duæ exceptiones hoc loco afferuntur. Prima hæc est: nisi
quis pœnam huic stipulationi apposuerit, hoc modo: *Sem-
pronio dabis fundum: & nisi dederis, mihi dabis centum?*
Quo casu committitur, id est valet stipulatio: & promis-
sor vel fundum Sempronio dare tenetur, vel si non dederit,
mihi cogitur dare centum. In hac enim stipulatione pœ-
nali non inspicitur, intersitne stipulatoris, an non intersit,
sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis: hoc est,
10 inspicitur, quæ sit quantitas in pœna. Pœna etenim con-
ditionaliter adjici solet: & omnis pœnalis stipulatio est
conditionalis §. *ult. supr. de verb. obligationib.* Atque ita
duæ hic videntur stipulationes, una alteri facta in fundo:
altera in centum pœnalis, facta ipsi stipulatori: eaque va-
let & utilis est; & quasi extante stipulationis conditione,
ad pœnam agi potest: quam tamen promissor effugiet,
si priori stipulationi, licet per se inutili, pareat. *Sed vi-
deantur Donellus ad d.l.38.§.alteri 17.ff.d.tit.n.73.& seq.*
11 *Bachov. hic num 1.& 2. & Heigius num.12.& seqq.* Se-
cunda exceptio hæc est: nisi quis alteri stipulatus sit, cum
sua interesset, § *sed & si quis 19 hoc tit.l. stipulatio ista.38.*
§. *si stipuler.20 ff.de verb. obligat.* Hujusque exceptionis
ratio in promptu est: quia tunc non alteri, sed sibi ipsi ob-
ligationem actionemque stipulator, ratione sui interesse,
acquirit *l.liber homo 118.§. fin. ff de verb. obligat.* Vide
Bachovium *in dictis not. ad Treutler. vol.2.disput.27.th.2.
lit.F pag.829.* & Knipischildt *exercitat. Acad.6. quæst. 9.
pag.223.& seqq.* Sciendum autem est: non quoquo modo
12 cujusque interesse. *l.fidejussoris. 23.ff de pactis.* Intelligi-
tur itaque hoc loco per verbum *interest*, id, quod pecu-
13 niariter interest. Definitur enim interesse id, quod mihi
abest, & quod lucrari potui. *l. si commissa 13 ff rem ratam
14 haberi.* Lucrari autem tantum illud intelligimus, quod in
15 pecuniam patrimoniumque nostrum convertitur. Nec
obstat, quod *in l. servus.7. ff. de servis exportand.* dicitur;
hominem afficere beneficio, interesse hominis. *Quia* in
illa l. verbum *interesse καταχρηστικῶς* & abusive accipitur.
16 Namque propriè id dicitur interesse, quod pecuniariter
interest, ut ex definitione interesse jam positâ videre licet.
At verba in propriâ significatione exaudienda esse, omni-
bus manifestum est. *l. non aliter. 69. in princ ff. de legat.3.
l.Labeo.7.§.2. vers. id Tubero. ff. de supellect. legat.* Con-
tingit verò duobus modis: ut intersit nostrâ pecuniariter,
alteri quid dari. Primò si is, cui stipulati sumus, nobis de
eadem re reddenda sit obligatus, ut sic res ad nos reverta-
tur. Quod procedit in eo, qui procuratori suo stipulatus
fuerit. Quicquid enim procuratori datur, id ipse domi-
nus à procuratore actione mandati consequitur. *l.idemque
10.§.si cui mandavero. ff. mandati.* Secundò si nos ei, cui
stipulati sumus: jam ante eâ de re obligati simus. Ad
hanc speciem pertinent exempla, quæ hic *in d. §.19.* de
tutore stipulante pupillo, & de debitore stipulante credi-
tori suo ponuntur. Plura hujus rei exempla extant *in d.
l. stipulatio ista.38.§.si stipuler.20.& §.seq. ff.de verb.oblig.*
3 Cæterum præter istas duas, sunt & aliæ præfatæ regulæ
exceptiones; quas Interpretes *hic, & in d. §.si quis alii.4.
17 supr. hoc tit.* examinant. Quòd porrò de stipulatore mo-
do expositum est: non posse quem alteri stipulari, nisi
vel pœna adjecta sit, vel ejus intersit: idem ex adverso
etiam de promissore dicendum, Imperator subjicit *hic in
d. versa vice. 20* eum nimirum, si non de se ipso, sed de
alio promittat, non obligari (sive promiserit alium da-
turum, sive facturum) nisi pœna adjecta fuerit: *de quo
latius supra in §. si quis alium.3.hoc tit.& d.l.stipulatio ista.
38. §. at si quis. 2. ff. de verb. obligat.*

§. Item nemo. 21.

Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.

S U M M A R I A.

1 *Inutilis est stipulatio, si quis rem alienam, suam futuram, in eum casum, quo sua sit, stipuletur: ejusque ratio.*
2 *Quod nostrum est, amplius nostrum fieri non potest.*
3 *Quibus casibus quis rem propriam rectè stipuletur, remissivi.*

DOcuit Imperator suprà *in §. item juris. 2. hoc tit.* 1
stipulationem rei suæ esse inutilem: hic adjicit,
inutilem quoque esse stipulationem, si quis rem alienam,
suam futuram, in eum casum, quo sua sit; stipule-
tur: ut si dicat, *Fundum Caji, cùm meus erit, dabis?*
Idem tradidit Paulus *in l.nemo 87. ff. de verb. oblig.* Ratio,
cur non valeat hæc stipulatio, est illa: quia tempore con-
ditionis existentis, quo obligatio nascitur, fundus iste dari
non potest. Quid ita? quia quod nostrum est, amplius 2
nobis dari, magisque nostrum fieri nequit §. *sic itaq. discre-
tis 14. infr. de action.* § *sed si rem. 10. supra de legat.* Quam-
obrem nihil refert, utrùm res initio, id est, tempore con-
tractûs mea sit; an postea, hoc est, tempore præstationis.
Hic enim locum regula vulgaris habet: stipulationem in-
cidisse in eum casum, à quo incipere non potest, *de quâ
explicatum suprà in d.§.2. hoc. tit. num. 17.* Cæterùm ali-
quot casus, quibus rem quis propriam rectè stipulatur, 3
exponit diligenter Myntingerus *hic num. 4. & seq.*

§. Si de alia re. 22.

Si de alia re stipulator senserit, de aliâ promissor: perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset: veluti, si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris,

S U M M A R I A.

1 *Stipulatio propter errorem rei, ac dissensum contrahentium vitiatur.*
2 *Error nominis & materiæ non vitiat stipulationem.*
3 *Secus est in emptione: & quæ sit ratio differentiæ.*

SI erraverint stipulator & promissor in re sive corpore: 1
nulla contrahitur stipulatio, *hoc §. nostro. l. inter stipu-
lantem.83.§.1.& l. continuum.137.§.1.ff. de verbor.obligat.*
Ratio est perspicua: tum quia diversitas responsionis sti-
pulationem annihilat: quam rationem indicat Imperator
hic in verbis: *perinde nulla contrahitur obligatio, &c.*
Tum quia contractus omnes consensum desiderant: ac
proinde dissensu & errore vitiantur. *l. 1. §. conventionis.
ff de pact. l. 1.§. 1. l. 2. l. 3. §. 1. l. in omnibus rebus 55.
& l. in omnibus negotiis. 57. ff. de oblig. & actionibus.* At-
que hæc quidem de errore corporis tantùm intelligenda
sunt. Nam error nominis stipulationem non vitiat: ut, 2
dabis mihi servum tuum Pamphilum? dabo: utilis est sti-
pulatio; etiamsi servus non Pamphilus, sed Mævius
vocetur. *l. si in nomine 32. ff. de verb. obligat. l. in ven-
ditionibus 9.§. 1. ff. de contrah. empt.* Error quoque ma-
teriæ sive qualitatis non vitiat stipulationem. *Verbi gratiâ:*
si stipuler à Sempronio nummum aureum, ut putabam,
cum reverâ esset æreus: stipulatio valet: quoniam in cor-
pore consensimus: quamvis Sempronius promissor, si sci-
ens me fefellerit: de dolo teneatur. *l. si id, quod aurum 22.
ff. de verb.obligat.ibique Zasius, Duarenus, Alciatus & Do-
nellus.* Quocirca error non nominis, error non materiæ seu
qualitatis, sed corporis, stipulationem vitiat: velut, si sti-
puletur quispiam à Titio Stichum, & promissor habeat
duos Stichos, nigrum & album: & nigrum intelligat sti-
pulator, promissor album: non subsistit stipulatio: quia,
ut ante monitum, stipulatio exemplo cæterorum contra-
ctuum utriusque consensu perficitur. *d.l. inter stipulantem.
83.§.1.& d.l.continuus.137.§.1.ff.de verb obligat.* At non
consentiunt, qui errant. *l.si per errorem.15. ff. de jurisdict.
l.2.in princip.ff. de judic.l.nihil consensui. 16.ff.de reg. jur.*
Quâ in re stipulatio ab emptione & venditione nonnihil
discrepat. Etenim in emptione contrahenda nihil profue- 3
rit, contrahentes in corpore consensisse, si in materia vel
qualitate seu substantiâ erratum sit; putà si quis æs emat
pro auro, vel plumbum pro argento. *d.l.in venditionib.
9.§ ult.& legib. aliquot seqq.ff.de contrah empt.* Ratio diffe-
rentiæ, cur (inquam) error in materia venditionem vi-
tiet, stipulationem non item, hæc est: quia in stipula-
tione interest stipulatoris, ut æs saltem sit in obligatio-
ne. Ast in emptione interest emptoris, qui vicissim
ad pretium obligatur; ne ullo modo in ære vel plumbo
quod

Digitized by Google

quod pro auro, vel argento venditum est, emptio consistat. *Ita sentiunt Cujac. in d. l. si id, quod aurum. 22. ff. de verb. obligat. & lib. 2. observat. c. 4. Petr. Augustin. Morla in emptor. jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 18. & seqq. Gaddeus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. conclus. 4. num. 20. cum seqq. Borcholt. hic n. 4. & in Comment. de verb. obligat. cap. 5. num. 74. & multis seqq. & nonnulli alii, quos citavimus infra ad principium tit. de empt. & vendit. n. 18.*

§. Quod turpi. 23.

Quod turpi ex causa promissum est: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: non valet.

SUMMARIA.

1 *Stipulationes turpes, & contra bonos mores, nullius momenti sunt.*
2 *Turpia in jure comparantur impossibilibus.*
3 *Quæ stipulationes dicantur turpes.*
4 *Turpe est, pro eo pecuniam accipere, quod facere gratis aliquem oportet.*
5 *Inhonestum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi.*
6 *Alterius hereditatem stipulari non licet.*
7 *Advocatus ex eventu litis certam partem lucri stipulari nequit.*
8 *Ex stipulatione turpi, nec obligatio, nec actio oritur.*
9 *Stipulatio turpis adeò vitiatur: ut, licèt appositum sit juramentum, tamen non subsistat.*

1 GEneraliter stipulationes turpes, vel contra bonos mores, nullius momenti sunt, *l. generaliter. 26. cum l. veluti seq. ff. de verb. obligat. l. ex eo 4. C. de inutilib. stipulat. &*
2 *hoc §. nostro.* Ejusque ratio est: quia turpia in jure comparantur impossibilibus. *l. filius. 15. ff. de condit. instit. l. non solum. 31. ff. de oblig. & act. l. si stipulor. 35. & l. si flagitii. 123.*
3 *ff. de verbor. obligat.* Turpes autem & contra bonos mores, adeòque inutiles & nullius momenti, sunt primò hæ stipulationes, quibus quid, quod per se & naturâ turpe est, promittitur: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: quæ sunt exempla *hujus §. & di-*
4 *cta l. veluti. 27. ff. d. tit.* Deinde turpis hæc est stipulatio, cùm alicui promittitur pecunia, ne maleficium designet, *l. juris gent. 7. §. si ob maleficium. 3. ff. de pactis.* Hujus ratio est: quia hoc ipsum turpe est, pro eo pecuniam accipere, ut à maleficio temperes: quod facere suâ sponte & gratis unumquemque oportet, *arg. l. 2. & ult. ff. de condict. ob turp.*
5 *vel injustam causam.* Præterea & illa stipulatio turpis non sine ratione censetur: cùm quis pœnam ab aliquo stipulatur, si illam uxorem non duxerit, aut si ab eâ, quam duxeritd, iverterit: siquidem inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta, inquit Paulus *in l. Titia. 134. in fine principii. ff. de verb. obligat.* Quò etiam pertinet *l. 2. C. de inutilib. stipul.* Denique turpes existimantur stipulationes, quæ quidem per se turpes non videntur: sed tamen per accidens in se
6 delicti illecebram habent. Talis stipulatio est, quâ quis sibi alterius hereditatem deferri stipulatur. *l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verb. obligat.* Quæ si valere cœperit, quia ejus emolumentum ex morte promissoris pendet, etiam votum & captationem mortis promissoris afferet, quò citiùs hereditate potiri liceat, *arg. l. fin. C. de pact. & l. de fideicom-*
7 *misso. 11. C. de transactionib.* Talis item habetur stipulatio advocati, quâ is ex eventu litis certam partem lucri sibi à cliente suo dari stipulatur. *l. salarium. 7. ff. mandati. l. sumptus. 53. ff. de pact. l. 1. §. si cui. 12. ff. de var. & extraordinar.*
8 *cognit.* Cùm igitur istiusmodi stipulationes non valeant, *per hunc §. nostrum.* & inutiles, nulliusque momenti sint. *d. l. generaliter. 26. & d. l. stipulatio. 61. ff. de verb. obligat.* consequens est, nec actionem aut obligationem inde oriri. *d. l. juris gentium. 7. § si ob maleficium. 3. ff. de pact. l. non dubium. 5. C. de legib. & d. l. ex eo. 4. C. de inutilib. stipulat.* Quapropter erronea videtur Cujacii *in d. l. generaliter. 26. ff. de verb. obligat.* & aliorum quorundam opinio, existimantium; turpes stipulationes non ipso jure inutiles esse: sed mero jure valere, & ope tantùm exceptionis infirmari. Quos copiosissimè refutat Donellus *in d. l. generaliter. num. 3. & 4. ff. eodem.* Arumæus *disput. 22. ad præcipuas ll. Pand. th. 8. Pacius Cent. 7. ἐναντιοφανῶν. quæst. 28.* hosque referens D. D. Besoldus *in deliberatis jur. ex lib. 43. ff. quæst. 5. pag. 169.* Adeò autem ratione turpitudinis stipulatio 9
vitiatur: ut, etiamsi appositum sit juramentum, nullas omnino vires stipulatio recipiat. *d. l. juris gentium. 7. §. & generaliter. 16. ff. de pactis. c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. Schneidewin. hic num. 3.* Nulla etenim religio est, quâ turpiter facere obstringamur: estque hic Deo gratior prævaricatio, quàm obedientia: vel, *ut ait Justinianus*, hujusmodi transgressio magis placet Deo, quàm jurisjurandi observatio. *Novell. 51. in præfatione, post medium.*

§. Cùm quis. 24.

Cùm quis sub aliquâ conditione stipulatus fuerit: licèt ante conditionem decesserit: postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.

SUMMARIA.

1 *Stipulatio conditionalis ad heredem transit: legatum conditionale non item.*
2 *Quæ sit differentiæ istius ratio.*

IN conditionali stipulatione, si ante conditionis eventum sive stipulator, sive promissor moriatur: nihilominus eorum heredes & convenire, & conveniri possunt, hoc 1
§. nostro & l. si quis 57. ff. de verb. oblig. Aliud est in legato conditionali. *l. legata. 41. ff. de conditionib. & demonstrat. l. is, cui 42. ff. de obligat. & actionib. l. 4. & 5. ff. quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. l. quæ legata. 48. ff. de reg. jur.* Ratio differentiæ inter legatum & stipulationem hæc est: 2
quia stipulatio conditionalis jam ab initio est aliquid: legatum conditionale non item. Rationem rationis exposuimus suprà *in §. sub conditione. 4. de verbor. obligationibus. num. 10. 12. & seq.*

§. Qui hoc anno. 25. & ultimus.

Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est: nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem: non poteris continuò agere: nisi tantum spacium præterierit, quo traditio fieri possit.

SUMMARIA.

1 *Si tempus stipulationi sit adjectum differendæ solutionis gratia, ante tempus elapsum agi nequit.*
2 *Promissum in annos singulos, in principio cujusque anni peti potest.*
3 *Quamvis stipulatio pura sit: tamen tantillum temporis inest, quanto traditio fieri possit.*
4 *Quod de stipulatione dandi hoc loco statuitur: idem etiam de stipulatione faciendi intelligendum est.*

HIc locus ad verbum ex Pomponii responso est de- 1
scriptus. *l. qui hoc anno. 42. ff. de verb. oblig.* Cujus sententia hæc est: si tempus stipulationi adjectum sit, differendæ solutionis gratiâ: ante totum tempus elapsum agi non posse. Et quòd hic dicitur: eum, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est; nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis, non rectè petere: idem quoq; procedit, si in annum, aut in duos, tres vel plures annos, item si proximo mercatu dari stipulatus fuerit *l. si in annos. 49. ff. de conditionib. & demonstrationib. l. eum, qui. 138. ff.*
de verbor. obligat. Secus est, si quotannis, vel in annos 2
singulos, vel annum aliquid quis promiserit. Nam ab eo in principio statim cujusque anni peti poterit: *ut uberiùs explicatum est in §. at si ita stipuleris 3. suprà, de verb.*
obligat. Quæ autem huic §. contrariari videntur, abun- 3
dè diluit Mynsingerus *hic num. 2. 3. & 7.* Tandem Justinianus Imp. in calce hujus tituli subnectit: eum, qui fundum vel hominem dari stipulatur, non continuò agere posse.

posse. Quamvis enim hæc stipulatio pura sit: & ideò confestim agi posse videatur §. *omnis stipulatio.* 2. *suprà de verbor. obligat.* id tamen benignè, & cum aliquo temperamento temporis intelligendum est. Neque enim cum sacco statim creditor venire debet, *auctore Paulo in l quod dicimus.* 105 *ff. de solutionib.* Illud igitur tempus expectandum est, quo executio stipulationis, id est, traditio commodè fieri possit. *l. interdum.* 73. *ff de verbor. obligat.* §. *loca.* 5. *suprà dicto jam tit. ubi id declaravimus fusiùs.*
4 Quod porrò hic de stipulatione dandi affertur: idem etiam de stipulatione faciendi statuendum, Venulejus IC. respondit: ut videlicet tantum temporis illi stipulationi inesse intelligatur, quo factum promissum præstari queat. *l. continuus.* 137. §. *cùm ita stipulatus.* 2. & §§. *seqq. ff. de verborum obligationibus.*

DE FIDEJUSSORIBUS.

TIT. XXI.

Principium Tituli.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentiùs sibi cautum sit.

S U M M A R I A.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Dispositio tituli: eaque à D. Boceri reprehensione vindicatur.*
3 *Fidejussor quis dicatur.*
4 *Inter sponsorem & fidejussorem differentia: item præs unde dictus.*
5 *Expromissor quis.*
6 *Constitutor quis.*
7 *Mandator quis.*
8 *Fidejussor quid promittat.*
9 *Factum alienum promittitur inutiliter.*
10 *An fidejubere omni jure sit licitum.*
11 *Pignus, pro securitate cujuscunque contractus, nectere permittitur.*
12 *Sine commerciis Respublica subsistere vix potest.*
13 *Contractus & commercia jure gentium introducta.*
14 *Fidejussionis actum pium, & cum humanitate conjunctum esse, exemplis sacris docetur.*
15 *Unus quisque non minùs proximum, quàm se ipsum, diligere jubetur.*
16 *Explicantur quædam sacræ Scripturæ loca.*
17 *Syracides quid de fidejussionibus sentiat.*
18 *Abusus rei substantiam non tollit.*
19 *Nemo re sua abuti debet.*
20 *Quilibet rerum suarum moderator & arbiter.*
21 *Petens fidejussorem confidit in carnem, adeoque in hominem instabilem.*
22 *Omnis spes in solo Deo collocanda.*
23 *Quam solicitudinem Deus prohibeat.*
24 *Nemo cum suo damno alteri benefacere cogitur.*
25 *Domesticorum cura habenda.*
26 *Fidejussores in causa dotis non rectè accipiuntur.*
27 *Pupilli & præsides provinciarum mutuò dare non possunt.*
28 *Quod non est prohibitum, censetur permissum.*
29 *An is, qui juravit, se nolle fidejubere, deinceps absque perjurio fidejussionem subire queat.*
30 *In necessitatibus proximo semper subveniendum.*
31 *Juramentum temerarium non est obligatorium.*
32 *Juramentum ad casum omissum & incogitata non extenditur.*
33 *Jurans, se ampliùs mercatorem esse nolle, quatenus nihilominus mercaturam exercere possit.*
34 *Jurans, se non fore magistratum, nihilominus magistratu fungi poterit.*
35 *Jurans non revelare arcanum sibi commissum, quando illud detegere teneatur.*
36 *Qui lege permittente aliquid facit, peccare non censetur.*
37 *Quæ personæ fidejubere possint, vel non.*
38 *Pupilli & minores quando pro aliis rectè intercedant.*
39 *Milites cur fidejubere nequeant.*
40 *Clerici quatenus ad fidejussionem idonei: ubique D. Boceri objectiuncula refutantur.*
41 *Fœminæ an pro aliis intercedere possint.*
42 *Mulier exceptione senatus-consulti Velleiani uti potest bonâ conscientiâ.*
43 *Contra juris prohibitionem factum, non debet esse ratum.*
44 *Leges prohibitoriæ, in foro etiam conscientiæ, servandæ.*
45 *Deus politias, & earum ordinationes rationabiles approbat.*
46 *Utrum beneficio senatus-consulti Velleiani mulier renunciare possit.*
47 *De isto beneficio mulier in specie certioranda.*
48 *Unicuique favori pro se introducto renunciare permittitur.*
49 *Fœmina naturâ tenax & avara.*
50 *Donatio mulieris loco miraculi habetur.*
51 *Quæ publici juris sunt, pactis privatorum tolli nequeunt.*
52 *Quis contra legem facere dicatur, ibique nonnullis instantiis occurritur.*
53 *Quæ in fraudem senatus-consulti Velleiani excogitata probari possint, rata haberi non oportet.*
54 *Quid dicatur in fraudem legis fieri.*
55 *Quæ sit tacita sententia legis.*
56 *Ad objectionem respondetur.*
57 *Alii objectioni occurritur.*
58 *Mulier, mediante juramento, renuncians beneficio senatus-consulti Velleiani, non juvatur.*
59 *Juramentum est loco certiorationis.*
60 *Mulier enormiter læsa contravenire potest renunciationi, non obstante juramento.*
61 *Quibus casibus mulieri, pro alio fidejubenti, non succurratur.*
62 *An minus idoneum fidejussorem recipiens, eum approbasse videatur.*
63 *Minus idoneus fidejussor unde æstimetur.*
64 *Si fidejussor ab initio locuples datus, ex post-facto non solvendo effectus fuerit: num debitor alium idoneum fidejussorem dare teneatur.*
65 *An is, qui fidejussores dare tenetur, dando pignora liberetur.*
66 *Aliud pro alio creditori invito præstari nequit: & num. 65.*
67 *Plus cautionis in re, quam in persona.*
68 *Illud, quod mihi non nocet, & alteri prodest, benignè præstandum.*
69 *Ordinata charitas incipit à se ipso.*
70 *An creditor fidejussorem acceptum dimittere, & alium æquè idoneum acceptare cogatur.*
71 *Consideratio l. si mandato. 45. §. 2. ff. mandati.*
72 *Debitor aliud pro alio solvendo non liberatur.*
73 *Quatenus creditor dimittere debitorem teneatur.*
74 *Quatenus creditor debitori gratificari debeat.*
75 *Regula (quod tibi non nocet, & mihi prodest, faciendum tibi incumbit) quando locus non habeat.*
76 *An & quatenus fidejussor oblatus sit idoneus, in facto consistit, & tractu demum temporis explorari potest.*
77 *Mens & intellectus l. 2. §. locum. 8. ff. de religios. & sumpt. funer.*

CUm obligatio fidejussionis non aliter, quàm verbis contrahatur, nec sine stipulatione fiat, etiamsi obligatio principalis, cui accedit, re, aut literis, aut consensu ineatur. *l. 1. § verbis. 7. cum §. seq. ff. de oblig. & actionib. l. blanditus* 12. *C. hoc tit.* meritò ea ad verborum obligationes, de quibus superioribus titulis expositum, refertur. Primò 1
autem explicat Justinianus Imp. quid sit fidejussor, quæve 2
sit causa fidejussionis finalis, *in hoc principio.* Deinde de materiâ circa quam versetur, & quibus obligationibus accedere possit fidejussor, tractat §. 1. Tertiò, formam & effectum fidejussionum, quomodo nimirum contrahantur, & quatenus ex his fidejussores obligentur, promiscuè explanat. §. 2. 3. 4. & *seqq.* Dominus Collega Bocerus *hic num. 23. pag.* 304. aliam hujus Tituli dispositionem tradit, eamque pro suo more mirè commendat, quasi hujus tituli complexum uberiùs, & perspicuè magis explanet. Equidem, si proposita hujus tituli dispositio à me esset inventa atque excogitata: eam nullatenus laudarem: cum probè sciam, eos tantùm se ipsos collaudare consuevisse, quos gloria vexat inanis. At quoniam ea est ipsius Justiniani Imperatoris; sicuti ex singulis Paragraphis ad oculum demonstrari potest: omnino eam, ceu satis perfectam & sufficientem, retinendam puto. Contrà, non video, qui arrogantiæ & temeritatis opinionem effugere valeant ii, qui ipsius Imperatoris operam culpare atque damnare audent.
Fidejussor largâ significatione omnis is dicitur, qui alterius 3
obligationem suscipit, & fide suâ (hoc est, periculo & præstatione. *l. Lucius.* 24. *ff. hoc tit.*) esse jubet: unde & fidejussor dictus, sive sit fidejussor simplex, sive mandator, sive constitutor, sive expromissor, *ut tradit disertè Wesenbec. in Paratitl. ff. eod. n* 2. Sed propriè loquendo fidejussor appellatur ille, qui per solennem stipulationem, ad majorem creditoris securitatem, pro principali debitore ita se obstringit, ut obligatio principalis nihilominus duret, salvaque maneat, *argum. hujus princ §. ult. infr. de replicat. d. l.* 1 §. *sed aut proprio.* 8. *ff. de obl. & act. l. Titius* 54 *in fin. ff. ad SC. Trebell l reos.* 23. & *l seq C. hoc tit.* Qui & sponsor, maximè a veteribus, & in jure nostro adpromissor vocatur. *l. stip.* 5. §. *sat. accept.* 2 *ff. de verb. obl. l. in omn.* 43 *ff. de solut l. si*

verò

Digitized by Google

vero.64.§.sed & fi.4.ff.solut.matrim. Cicer.libr.1.&12.&
16. ad Attic. Quintilian. declamat 273. Seneca lib. 3.de be-
nefic.cap.15 Cujac.in Nov.4. circa finem, Pardulph. Prattæ-
us in Lexic.verb. sponsio & verb. sponsores. Guilielm.Forner.
in l sponsio. 7. ff. de verb. signific. c. Gædd.in Commentar. de
contrah.& committ. stipulat.c 5. conclus. 5. n.16.24 & 31.
Arumæus Exercit. Justin. 13 sub thes 11. Rober. disput. ad
Institut 16.th.1.lit.b. Heigius hic num. 2. Anton. Heringius
in tract.de fidejussoribus c.3. num.30.& cap.4. num.65. Vide
Deringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. in verb.
4 ad promissor.num.1.cum seq fol.679.& seq. Tametsi ple-
rique opinentur, inter sponsorem & fidejussorem hanc esse
differentiam: ut sponsor dicatur, qui sua sponte, & non
rogatus pro alio intercedit: fidejussor verò, qui rogatu sive
mandatu alterius intercedere solet. Accurs in d.Novel. 4.
Andr.Barbat.consil.87.num.14 vol 3. Joan. Brechæus in d.l.
sponsio.7.ff de verb. signif. Alciat.lib.1. Parerg.cap.2. Forca-
tul. in Necyomant. dialog 58. num.5. Barthol. Bertazolius in
tractat.clausul. instrument.claus.39. glos.1. num.5. Valent.
Franc.in tract. de fidejussoribus.cap.1.num.21.& 23. Myn-
singer. hic num.5. Schneidevvinus num.7. aliique quos refert
& refutat Heringius d. cap. 3. num. 32. & seqq. Præs
quoque idem valet, quod fidejussor, dictus quasi præsens,
ut innuit Cujacius in Paratit. C. hoc tit. vel à præstando:
quia tam debet præstare, quod promisit, quàm is, pro
quo præs factus est, Varro lib.4.& 5.de ling.Latina. Hinc
illud vulgatum: prædibus & prædiis cavere. Rittershus.
5 hic pag. 453. Quanquam porro fidejussori similes sunt
expromissor, constitutor, & mandator: ab illo tamen hos
differre certum est. Nam expromissor (qui alias etiam
repromissor dicitur) ille nominatur, qui alienæ obligatio-
ni non accedit, ut fidejussor: sed novam principalem init,
& reo liberato se solum ejus loco adstringit. l.& eleganter.
7.§.servus ff de dol.mal.l. qui libertinus.37.§.ult. ff.de operis
libertor.l.ut res.53.ff.de contrah. empt.l si quis. 4. ff. de con-
dict.caus.dat.l fin.ff.ad SC. Macedon.Franc. Connan.libr.
6.Commentar. jur.civil.cap.6.num. 2. Vulte;us in hoc princ.
num. 5. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 15. cap.48. lit. a.
Idque copiosissimè differit Heringius d. cap. 4. n.21. & mul-
6 tis seqq. Constitutor nuncupatur, qui per nudum pactum
vel epistolam constituit, se soluturum, quod alius jam
debet. Semper enim obligationem principalem sequi-
tur. l.1.§.an potest.5.& §.seq l. quidam.26.ff.de pecun. con-
stitut.Duaren.ad tit. ff. de fidejussoribus cap.1.in fin.Schnei-
dewin. hic num. 6. Francus d. tract. de fidejussorib. cap. 1.
7 num.24. Mandator denique is propriè est, qui alteri man-
dat, vel ut fidejubeat pro se, aut alio.l.si mandavero.22.in
princ. ff.mand. vel ut pecuniam alicui alteri credat, vel ne-
gotia gerat. l.si quis alicui.27.in princ. ff. d.tit. Hippolyt.de
Marsil.in Rubr.de fidejussorib. num. 3.& 6. latè Gæddeus in
d. Commentar.de contrah. & committ. stipulat. c.5. conclus.
5.num.19 & seqq. Vide de prædictis exquisitius agentes,
Bachovium in suis not. ad Treutler. volum. 2. disputat.28.
th.1. lit. A. pag. 887. cum seqq. Philippus Knipschildt ex-
ercitat. Acad 7. th.2. & 3. pag. 242. cum seq. Richterum
in tractat. de contractib. disput. 8. th. 1. sub lit.a. pag.190.
cum seq.& Hunnium imbr in suis resolut. quæst.2.3.4 & 5.
pag. 275.& seqq. itemque Pyrrhum Maurum Arretinum
in tract.de fidejussorib. cap. 1.2.3. & seqq.

8 Sed huic principio nostro, ex quo patet, fidejussorem
appellari, qui pro aliis promittit & obligatur, adversari
videtur.l.sicut.65.ff.hoc.titul. ubi dicitur, fidejussorem pro-
mittere debere, se quid daturum vel facturum. Ergo
fidejussor non alieno, sed suo nomine obligatur. Verum
respondetur: fidejussorem quidem ita promittere debere,
se daturum vel facturum: sed subintelligi, si reus prin-
cipalis non det, non faciat. Itaque fidejussor sic promit-
tens, nihilominus obligatur nomine alieno.d.l.1.§.sed aut
proprio.8.ff.de obligationib.& actionib. Cur autem fidejus-
sor promittere debeat, se daturum, vel facturum; non ve-
rò, reum principalem daturum vel facturum, aut cur sic
inutiliter sive frustra promittat, d.l.sicut 65.ff.hoc tit. ratio
hæc est: quia fidejussor promittens, reum principalem da-
9 turum vel facturum, promittit factum alienum. Id au-
tem inutiliter promittitur, auctore Hermogeniano in d.l.
65.in fine ff.eod. At promittit fidejussor utiliter, se rei prin-
cipalis nomine soluturum. Sic etenim factum suum pro-
mittit.l. si ita stipulatus. 97.§.1 ff.de verb.obligat. Theodor.
Marcil. hic, pag. 489.

Cæterum priusquam ad explicationem §. 1. & sequen- 10
tium descendamus: dispiciendum est, & inquirendum;
an fidejubere, adeòque fidem suam pro alio interponere,
jure tum divino, tum humano permissum sit? Et non ob-
stante Conradi Pelli cani, Theologi Tigurini, ad cap.6.pro-
verb. & quorundam aliorum delirio, utroque jure fidejus-
sionis actum licitum esse, omnino statuendum est. Ete-
vel ex hoc ipso, cujus interpretationem modò in nomine
Domini aggressi sumus, titulo (cui respondet tit ff & Cod.
& Novell.4 de fidejussorib.) evidentissimè constat: fidejus-
sionem non solùm actum honestum & licitum, verùm et-
iam in usu commerciorum & vitâ communi valde necessa-
rium esse. Si enim aliter res se haberet: sacratissimi Im-
peratores, & Jurisconsulti omnes omnem operam lusissent,
qui tam varias constitutiones & leges de hac fidejussionis
materiâ, diligentiâ & vigilantiâ incredibili promulgarunt:
tot tamque salutaria fidejussoribus remedia, quibus adver-
sus importunam, & plusquàm sanguinolentam credito-
rum exactionem sese tueri nonnunquam possent concesse-
runt. Sed & idem jus Canonicum confirmat. t.tit.de fide-
jussorib. Nam quamvis ibi Clerici ex speciali ratione fi-
dejubere prohibeantur, ut dicetur infrà num. 40. laicis ta-
men id omnino permissum esse, liquet ex cap. fin. eod. ubi
tres ponuntur casus, quibus fidejussor contra debitorem
agit, antequam solvat, ut à fidejussione liberetur. Unde
manifestum fit, quòd fidejussio quædam valida præcesse-
rit, à qua istis casibus fidejussor liberetur. Knipschildt d.ex-
ercitat.7.quæst.1.pag.252. Deinde dubium non est ullum, 11
quin pro securitate cujuscunque contractûs pignus necte-
re permittatur.l.res hypotheca.5.ff.de pignorib. & hypothec.
l. legata. 9.§. ult. ff. de suppellect. legat. Ergo & fidem pro
securitate cujuscunque obligationis necti interponiq; pos-
se, non dubitandum est.§.1.infr.hoc tit.l.1.& l.Græcè.8.§.
generaliter. 6. ff. eod. Nulla quippe ratio luculenta dictat, 12
cur fidejussionis contractus non æquè, ac pignoratitius
permitti sustinerique debeat. Præterea absque Reipublicæ
ruinâ & interitu commercia tolli aut impediri nequeunt:
utpote sine quibus ipsa Respublica subsistere vix, ac ne vix
quidem potest, arg.l.quòd si minor.24.§.1.ff.de minorib. l.
cum plures.12.§.1.ff. de administrat. & peric. tutor. Un- 13
de contractus atque commercia non solum utilitate sua-
dente, sed & necessitate exigente, jure omnium gentium
introducta esse, post Hermogenianum IC. in l. ex hoc jure 5.
ff.de justit. & jur. astruit Justinianus Imper. in §. sed jus
quidem.2.vers.jus autem gentium: supr.de jur natur.gent.&
civ. Atqui tollerentur è medio, aut certè impedirentur
contractus & commercia, si fidejussio omnis tolleretur.
Siquidem nemo facile reperiretur, qui egenti & inopi ho- 14
mini sine fidejussore crederet, eive in commerciis fidem
haberet. Adhæc exemplis, ex Sacrâ Scripturâ petitis, satis
docemur: fidejussionis actum & pium & cum humanitate
conjunctum esse. Nam Genes cap. 42.v. 37.& c.43.v. 9.
cum Josephi fratres, Jacobi Patriarchæ filii, fratrem suum
natu minimum (Benjamin) prout jussi erant, Josepho si-
stere & secum abducere vellent, Jacobus verò repugnaret:
Ruben, & Judas fidem suam pro Josepho interposuerunt,
seque Jacobo patri sponsione obligàrunt. Sic & Timo-
theus captus Dositheo & Sosipatri fidejussorem de illis
perhibetur libr.2.Macchabæor.c.12.v.24.& 25. Sic quo-
que Samaritanus ille apud Lucam c.10.v.35.pro eo, qui in
latrones inciderat, ab iisque vulneratus erat, fidem suam
apud hospitem interposuisse censetur, inquiens: curam illius
habe, & quodcunq. supererogaveris, ego, cùm rediero, reddam
tibi. Similiter Divus Apostolus Paulus in Epistola ad Phi-
lemonem.v.21.fidem suam pro servo fugitivo Onesimo in-
terposuit. Quod sanè vas illud electionis neutiquam fe-
cisset: si id vel à pietate alienum, vel verbo Dei con-
trarium fuisset. Denique unusquisque non minùs proxi- 15
mum, quàm se ipsum diligere, eique in angustiis & neces-
sitatibus succurrere jubetur. Lev.19.v.18. Matth. 22 v.30.
Marc.12.v 31. Rom.13.v.9. Galat.5.v.14. Jacob.2.vers.8.
Proverb. c.24.v.11.& 12. Si itaque proximus à credito-
ribus urgeatur vel prematur: aut verò pecuniâ indigens,
sine

Digitized by Google

sine sponsoribus mutuam accipere nequeat: charitas utique & dilectio proximi suadet, eum necessitate & egestate pressum juvari. Atque hanc, ceu verissimam sententiam, amplectuntur Carolus Molinæus *in tract. commerciorum, & usurarum, &c. quæstion.* 32 *num.* 253 Francus *d tract. de fidejussorib in prolegom. num.* 11. *& seq.* Petrus Augustin Morla *in Emporio jur. part.* 1 *tit.* 8. *quæst.* 25. *num.* 34. hosque laudans Antonius Hering. *d. tract de fidejussorib. cap.* 1. *num.* 20. *& novissimè Helfricus-Ulricus Hunnius libr.* 3. *variar. resolut jur. civil. tractat.* 5. *quæst.* 1. *item in dictis resolut. ad Treutler. vol.* 2. *disputat.* 28. *thes.* 3. *quæst.* 1. *pag.* 172. *& seq.*

16 Cui primò non obstat, quòd sapientissimus Rex Salomon fidejussionem diserte prohibere videtur, *Proverbior cap.* 6. *vers.* 1. *&* 2. *cap.* 17. *vers.* 18 *cap.* 22. *vers* 26. *&* 27. Etenim allegatis in locis Rex Salomon veræ charitatis & fidejussionis officia haud omnino improbat: sed incommoda solummodo sponsionum temerariarum & inconsultarum exaggerat; monetque imprudentes & rerum imperitos patresfamilias, ut sponsuri pro alio, nihil temerè aut inconsiderate agant, ne se suosque in præsentissimum facultatum suarum periculum præcipitent: *quemadmodum rectè illic ex Patre suo, Luca Osiandro, annotavit Andreas Osiander, Universitatis Tubingensis olim Cancellarius.*

17 Secundò minùs obstat, quod legitur apud Syracidem *cap* 29. *vers.* 24. *&* 25. his verbis: *Repromissio nequissima multos perdidit diligentes, & commovit illos, quasi fluctus maris. Viros potentes gyrans migrare fecit, & vagati sunt in gentibus alienis.* Nam & Syracides fidejussione homini christiano nequaquam interdicit: sed de immaturis tantum, nimis frequentibus, & inconsultis fidejussionibus loquitur. Quòd enim fidejussionem in universum non tollat: satis clarè ex eo liquet, quod pulcherrimo encomio *in d cap.* 29. *vers.* 19. ornat illum, qui pro amico & proximo fidem suam interponit, virum bonum illum vocans, & monens debitorem, ne gratiæ fidejussoris obliviscatur; cùm pro ipso dederit animam suam. Et quanquam aliquando fidejussio cum summo rei familiaris detrimento conjuncta est: id tamen potius debitoris vel perfidiæ, vel inopiæ, sicque casui fortuito, quàm vitio hujus

18 contractûs est tribuendum. Abusum autem rei substantiam non tollere, tralatitium est, *teste Joanne Goropio Beccano in Beccesilanis. libr.* 1. *pag.* 17. *eumque citante Heringio d. c.* 1. *num.* 39 Nihil igitur aliud Salomoni & Syracidi propositum fuit, quàm ut deterrerent homines à nimis frequenti & inconsulta fidejussione:

—— quam semper adhærens
Infelix humili gressu comitatur egestas.

Ut canit Claudian. *lib.* 1. *in Rufinum.* Et elegantissimè Ausonius *pag.* 49.

—— Sponde, noxa tibi præsto est:
Per vo ille possum currere exempla, ut probem,
Prædes vadesque pœnitudinis reos:
Sed nolo quenquam nominatim dicere.
Sibi quisque vestrum dicat, & secum putet:
Spondere quantum fuerit & damno & malo.

19 Tertiò non obstat, quòd nemo re sua abuti, eamve dilapidare debeat: & Reipubl. intersit, ne quis patrimonium suum abliguriat, nevè rem suam culpa aliqua minorem faciat. *§. sed & major. supr. de his, qui sui vel alieni jur. sunt. l sed & si* 25. *§. consuluit.* 11. *ff. de petit. hereditat.* Sed pro aliis fidem suam obstringere & obligare, nihil aliud est, quàm dilapidare, reque sua abuti; ut, *post alios*, scriptum reliquerunt *Robert. Marant. disputat.* 6. *num.* 13. *Cephalus consil.* 219. *num.* 26. *lib.* 2. *Gail. lib.* 2. *observat.* 83. *num.* 15. *& Fulvius Pacianus lib.* 1. *de probat. cap.* 54. *num.* 81. *& sequent.* Nam respondetur primò: quòd falsum sit, eum, qui fidejubet, donare aut dilapidare, *l.* 1. *§. si fidejussit.* 19. *ff. si quid in fraudem patroni factum sit.* Quin, etiamsi quid solvit, actione mandati repetere poterit, *ut patet ex §. si quid autem.* 6. *infr. hoc tit. ubi id explicabitur*

20 *fusius.* Deinde cùm quilibet rerum suarum sit moderator & arbiter, etiam abutendo, *l. in re mandata.* 21. *Cod. mandati* idcircò licet Reipubl. intersit, ne quis re suâ malè utatur: inde tamen non sequitur, ei re sua malè uti prorsus non licere. Præterea is demum fidejubendo re sua malè uti censetur, qui temerè, inconsultè & imprudenter pro eo, quem novit solvendo non esse, fidem suam interponit. Denique pro fratre & amico etiam perdere pecuniam nostram jubemur. *Syracid cap* 29. *v* 13.

Quartò non obstat, quod objicitur: petentem fi- 21
dejussorem non solum confidere in carnem & sanguinem, atque adeò hominem instabilem: sed etiam sibi ipsi nimium tribuere, pollicendo nimirum sibi certitudinem de contingentibus & planè dubiis, quæ ex sola Dei providentia pendent: cùm tamen Deus præcipiat, ne simus soliciti de crastino: sed toti ex ipso pendeamus.
Matth. cap. 6. *vers.* 21. *& seqq* Etsi enim soli Deo 22
Optimo Maximo est fidendum, in eoque omnis spes col-
locanda: inde tamen inferendum non est, quòd is, qui 23
amico suo pecuniam credens, plenam ipsi fidem habere, recusat, sed fidejussorem ab eo exigit, se à Deo avertat, ipsiusque providentiæ voluntatem suam præferat. Neque enim Deus omnem solicitudinem prohibet: sed eam duntaxat, quæ cum diffidentia erga divinam ipsius providentiam conjuncta est. Nam quemadmodum mandat, ne quis fratrem suum in negotio circumveniat.
2. *ad Thessalon cap.* 4. *vers.* 6. ita etiam permittit, ut qui- 24
libet rem suam familiarem honesto modo augeat, & solicitè sartam tectam tueatur & conservet. Siquidem nemo cum suo detrimento & damno, & ut sibi sit afflictio, alteri benefacere aut commodare cogitur. 2 *Corinth. cap.* 8. *vers.* 13 *l. sed si quis.* 7. *ff. testament. quemadmodum aperiant.* Unde Salomon fontes nostros ita foras derivari, & misericordiam proximo exhiberi vult, ut nos dominium illorum retineamus: & ne nobis desint, extraneique fortè impleantur proventibus nostris. *Pro-*
verb. cap. 5. *vers.* 16. *&* 17. Imò si quis suorum, & ma- 25
ximè domesticorum, curam non habet; fidem negavit, & est infideli deterior, pronunciante Divo Paulo 1. *Tim.* 5. *vers.* 8. Cui convenienter ait Seneca: *Dabo egenti, sed ut ipse non egeam: succurram perituro, sed ut ipse non peream. lib.* 2. *de benefic. c.* 15.

Quintò & ultimò non obstat, quòd in causa dotis 26
fidejussores non rectè accipiantur. *tot. tit, Cod. ne fidejussores dot dentur.* & quòd pupillis, minoribus, fœminis, militibus, & nonnullis aliis fidejussione sit interdictum. *l. de die* 8. *§.* 1. *ff. qui satisdare cogantur. l. milites.* 31. *Cod. de locato. Wesenbec. in Paratit. ff. hoc tit.*
numero 3. Sicut enim propterea, quòd pupilli, præsi- 27
des provinciarum, & alii mutuò dare non possunt. *l. non omnis* 19. *§.* 1. *l. principalibus.* 33. *ff. de reb. credit.* non sequitur, mutui contractum illicitum esse. *Syracid. cap.* 29. *vers.* ita etiam haud consequens est, ob id in universum fidejubere non licere: quòd quædam per-
sonæ à fidejussionibus arceantur. Quinimò fortiùs in- 28
de colligitur: id, quod aliis prohibitum non est, permissum esse censeri, *argument. l. cum prætor.* 12. *in princip. ff. de judic. l. mutus.* 43. *§.* 1. *ff de procuratoribus Hering. d. cap* 1 *num* 35. Remanet itaque: omnino licitum esse, propter summam necessitatem & utilitatem fidejubere: si modò cautè agamus, nec nimiâ & frequenti fidejussione nobis nostrisque bonis damnum inferamus.

Illud quoque hoc loco in disquisitionem vocandum 29
est: ecquid ille, qui jurejurando suo confirmavit, se pro nemine fidejubere velle, fortè ne repentinis rei familiaris damnis implicetur, si postea ab amico egente rogatus fidem interponat, obligetur? Et licet multi existiment: eum, qui juravit, se nolle fidejubere, deinceps absque perjurio nullo modo fidejussionem in se suscipere posse. *Hyppolyt. de Marsil. in rubric. de fidejussorib. num* 104 *Fernand. Vasq. de success. creat. §.* 158. *Antonin. Tessaur. decis.* 123. *num* 19. *Antonius de Padilla in l. ne passim.* 13 *num* 12. *in fin. Cod. de jur. & fact. ignor.* attamen æquitati veritatique propiùs accedunt, statuen-

Digitized by Google

fi[illegible] tres: fideiussionem istam, quæ pro amico inope in-
t[illegible] ab eo, qui pro nemine se jurare velle juravit,
omnino valere. *Joan. Andreas in addit. ad Speculat rubr.*
de jurejur. Bartholomæus Brixiensis in quæstionibus domini-
calib. q. 3[illegible]. Dominic. de S. Geminiano in c. fin. de foro compet.
Joan S[illegible] in consuetud. Turon tit. 35. art. 1. glos. 2. in fin.
St[illegible] Aufrer[illegible] in addit ad Capell. Tholos. decis. 130. Robert.
Maranta in Speculo suo aur. p. 6 actu. 9 n 50. Petr. Peck in c.
non est obligatorium. num. 4 de reg. jur. in 6. Covarruv. in c.
quamvis part. 1 §. 6. num. 7. eod tit. Rutger. Rulandt. in
tract de Commiss. part 4 lib. 6. cap. [illegible] num 9. eosque cum aliis
referens Anton. Hering in d tract. de fideiussorib. c. 1 n. 64.
30 Siquidem in necessitatibus semper proximo nostro subve-
niendum est. *can sicut 8 Distinct 47 & can. pasce. 21. Di-*
stinct 86. nec per juramentum nostrum ab istthoc officio
nos subtrahere debemus, aut possumus. *c si diligenti. 12.*
de foro competenti. can. innocens. 23. post medium vers. ju-
ramentum itaque ibi, indigenti misericorditer non subve-
nire. caus. 22 quæst. 4 Joannes de Selva in tract. de jurejur.
31 *part 3 n 22. & seqq* Adhæc jurans non fidejubere, aut co-
gitavit hunc casum tempore juramenti, quòd videlicet a-
micum suum, in extremis angustiis constitutum, si modò
fidem suam pro ipso obligat, liberare possit: & hoc casu
juramentum non solum est contra bonos mores, & dile-
ctionem proximi: verum etiam est temerarium, quod nul-
lum obligationis vinculum inducit. *c intimavit. 18. de te-*
stibus & attestat. c venerunt ad audientiam 4. de testib. co-
gend. c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. d. c si dili-
genti 12 in fin. de foro compet l non erit 5. § sed si quis 3 ff.
32 *de jurejur.* Aut verò non cogitavit: & tunc juramen-
tum illud ad casum omissum non extenditur. Regulare
quippe est, juramentum non extendi ad ea, de quibus tem-
pore interpositi juramenti non fuit cogitatum. *c. veniens.*
16. & ibi glos. in verb. tran[illegible] [illegible]. &c. Quinta vallis 23.
33 *ibique glos. in verb. exheredare. de jurejurand.* Huc que
confert, quod aliàs in similibus terminis Doctores tradunt:
illum, qui juravit, se amplius mercatorem esse nolle, non
obstante isto juramento, nihilominus posse mercaturam
exercere, si aliter vivere nequeat. *Archidiacon. Guido de*
Bayso, in can. animadvertendum. 22 quæst 2. Panormitan.
in c. si verò 8 col 3. de jurejurand. Benvenutus Stracch. in
34 *tract. de mercatura part 3 num. 17.* Sic illum, qui jura-
vit, se non fore magistratum, vel suscepturum officium,
si unà millies eligatur, posse nihilominus, non attento illo
juramento, magistratum fungi, decidit Ludovicus Roman.
[illegible] 17. [illegible] quod sæpius per l final. in pri[nc] ff ad
35 *[illegible].* Similiter illum, qui jurejurando promisit ali-
cui non revelare arcanum sibi privatim commissum, si
postea super isto facto in testem producatur, nihilominus
teneri testimonium ferre & illud detegere, responderunt
Mar[illegible] consil. [illegible] n. 1[illegible] Capel Tholos. decis. 14. ubi latè Au-
frer. Menoch. de arbitrar. judic lib 2 cent 4. cas. 355. n. 4.
M[ascardus] de probationib. vol 1 in princ quæst. 5 n 50. Gail. lib. 1.
observat 100 n 4. cum seqq. & Bernard. Gravam in conclus.
pract. Cam. Imper. conclus. 10 considerat. 1. argum. l. 1. § 1.
ff. de testibus. Quorum omnium nulla alia reddi solet ra-
tio, quam quòd juramentum illud partim est illicitum, par-
tim etiam contra bonos mores & temerarium. id quod ex-
plicatius persequitur Heringius *d. c 1 n. 72 & aliquot seqq.*
ubi *num. 82. cum seqq.* non sine ratione subjicit: eum, qui
non observato juramento, vel etiam non impetrata abso-
36 lutione, pro amico inope & egenti fidem interponit, à per-
jurio excusatum, nec ipso jure absolutione opus esse. Qui
enim lege permittente, & gratiam jurisjurandi faciente
(quod loco absolutionis cedit) aliquid facit, pejerasse non
censetur. *l ult. ff. qui satisdare cogantur. d. l. fin. in princ. ff*
ad municipal. l. Gracchus 4 Cod. ad leg Jul. de adult. can. cui
est illata. 43 caus. 11 q. 3 Gail d lib. 1. obs. 100. num. 3 Ma-
scard. d. quæst. 5. n. 55. & seqq. Knipschildt d exercit. Acad.
7 quæst. 2. pag. 254. & seq.
37 Porrò & illud non abs re explicandum venit, quæ per-
sonæ fidejubere possint. Frustra namque sequentium tra-
ctatio instituetur, nisi prius exploratum perspectumque
habeatur, quinam pro fidejussoribus in jure nostro admit-
tantur, & qui vicissim à contractu fidejussionis repellan-
tur. Qua in re observanda est regula hæc generalis: Omnes
fidejubere possunt, qui stipulari & obligari possunt. *l. qui*
satisdare. 3. ff hoc tit. tam patres, quàm filiifamilias *l si dubi-*
tes. 10. & filiusfamilias. ff. eod. l. licet tamen 3. §. sed si filius.
9. ff. de pecul. l. filiusfamil. 8 Cod. hoc tit. nisi specialiter pro-
hibeantur, *arg. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procurator l. cùm præ-*
tor. 12. ff. de judic. & l. qui accusare. 8. ff de accusationib.
Azo in summa C. hoc tit. n. 4. Hering. d. tract. de fideiussorib.
cap. 7. num. 68. Itaque fidejubendo obligari nequeunt in-
fantes. *l. 1 in princ. ff. de verbor. obligat.* furiosi *§. furiosus. 8.*
supr. tit. proximo. l. 1. § furiosum. 12 ff. de obligat. & act. l. si à
reo. 70. § si à furioso 4. ff. hoc tit l in negotiis. 5. & l. furiosi.
40. ff de reg. jur prodigi. *l 1 ff. de curatorib furioso, & aliis,*
&c. l. is, cui 6. ff de verb. oblig. muti & surdi *d l. 1. § penult.*
& ult. ff. de obl. & act. d l. 1. in princ ff. de verb obl Borcholt. in
Comment de verb oblig c. 3 n. 2. cum seq. Gædd. in Comment.
de contrah. & committ stipul. cap. 7. concl 15. n. 282. & seqq.
Cæterum pupilli & minores tum demum, si tutorum cu- 38
ratorumve auctoritas accesserit, pro aliis rectè interce-
dunt: quamvis in integrum restitui possint. *l. ait prætor. 7.*
§. non solum. 3. ff de minorib. l si Titius. 48. §. 1. ff hoc tit. l. si
curatorem. 3. Cod de in integr. restitut minor. l. 1. Cod. de filio-
fam. minore tot. tit. C si tutor vel curat. intervenerit. eòque
pro idoneis fidejussoribus non habeantur. *l. de die. 8. §. 1. ff.*
qui satisdar. cogant Wesenbec in paratit. ff hoc tit n. 3. latè
Richter d. disp. 8 th. 1 sub lit e pag. 196. & seq Similiter servi 39
extra rem peculiarem. *l. servus. 19. ff hoc tit. l cùm quis 38.*
§. de peculio. 2 ff de solut. & milites, fidejussores idonei haud
censentur. *d l de die 8. § 1. ff. qui satisdar. cog. l. milites. 31.*
C. de locato. ubi ratio hujus rei hæc assignatur: ne milites,
quæsito negotiorum forensium colore, à studio militiæ a-
vocentur; neve exactionibus, dum militandum est, vexen-
tur. Quæ ratio cùm adhuc in nostri seculi militibus locum
habeat; ad eos quoque privilegia juris Rom. pertinere,
verisimilius est, *arg l. illud quæsitum. 32. in princ. ff. ad leg.*
Aquil & l. præcipimus 32. in fine. Cod. de appellat. Bachov. in
not. ad Treutl vol 2. disp 28 th. 2. lit. C. pag. 199. cum seq &
Hunnius ibidem in resol. quæst. 1[illegible] pag. 182. & seq. Idque
copiosius explicuimus supra *ad principium tit. de militari*
testament. num. 4 & aliquot seqq. Præterea licet clerici 40
ad fideiussionem non satis idonei reputentur: dati tamen
fideiussores obligantur. *cap 1. ext hoc tit. can. te quidem. 26.*
caus 11 quæst. 1. & utrobique Gloss & Canonistæ communi-
ter Angelus de Clavasio in sua sum. verb. fidejussor. num 6.
Hippolyt. de Marsil. in repetit Rubr. de fideiussor. num. 309.
& seq Gomez. tom. 2 var. resolut. cap. 13. num. 18. Petr. de
R[avenna] singul 209 Ludovic. Rom. consil. 40[illegible]. num. 7 Joan.
Jac. a Canib. in tract. de execut. ult. volunt. part 1 quæst. 3.
num. 22. Valent Francus in tract. de fidejussor cap 2. n. 34.
Gail d. cap 7 conclus 18. num. 206. aliique plures relati ab
Heringio d tract. de fideiussorib cap. 7. num. 249. & seqq ubi
hanc rem pluribus limitationibus accuratè declarat. Tam-
etsi ab hac communi sententia divortium faciant Bacho-
vius *in dictis not. ad Treutler vol 2. disput. 28. th. 2. ad lit. E.*
pag 904. cum seq. & Hunnius *d. resolut. quæst. 12. pag.*
15[illegible] & seq.
Sed & novissime Dn. Collega Bocerus *hic num. 79. pag*
313. singulari errore ductus, hanc communem sententiam
erroneam, ejusque asseclas omnes errore duci scribit. *Qui*
enim (inquit) *lege quid facere prohibetur, factum ejus pro*
nullo & pro infecto habetur. l. non dubium. 5. C. de legib. Et
qui facit quod facere non debuit, nihil fecisse dicitur. l si pu-
pillorum. 7. §. si prætor. 3. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur.
sunt. &c. Et non nisi ab urbe dicitur: *Clericus fidejubere*
non potest: si tamen fidejusserit, tenetur. Qui enim teneri pot-
est ex eo quod facere non potest? &c. Has rationes Dn. Boc.
(cui alias religio est, alienam operam suis Commentariis
apponere: sicuti suprà quoque attigimus *ad § præterea. 3.*
quib. mod. re contrah. obl n. 20 ex Ant. Heringio *d tr. de fi-*
dejussorib cap 7. num. 251 & d. [illegible] repetiit: nec eum
tamen allegavit. Mihi sane religio esset, opera aliorum
Auctorum uti, & eosdem præ nimio fastu non dignari,
ut eorum debitam mentionem facerem. Verùm, ut ad
rem ipsam perveniamus: prædicta argumenta, licet ob
ea etiam Heringius *d loco*, nonnihil de veritate nostræ sen-
tentiæ dubitet: non tamen tanti sunt momenti, ut nobis
contrarium persuadere queant. Non omnia uno ictu
conci-

Digitized by Google

concidunt, si modò animadverterimus; clericum non simpliciter prohiberi fidejubere. Etenim quantum quidem ad Ecclesiam, vel res Ecclesiæ, quas obligare non potest, fidejubere prohibetur. *c. quod quibusdam. 4. extr. de fidejussor.* ne scilicet per hanc occasionem sanctis domibus damnum fiat. *Novell. 123. cap. 6.* Sed quantum ad res patrimoniales, vel alias, quas obligandi facultatem habet, nuspiam ipsius fidejussio prohibita reperitur: sed saltem officii sui admonetur clericus, quòd non facilè negotiis secularibus se immiscere, aut fidejubere, verum omnes hujus vitæ occupationes abjicere debeat: ne præfocatus præsentibus hominum curis, verbo Dei vacare non possit. *d. can. te quidem 26. caus. 11. quæst. 1.* Cæterùm si quandoque contigerit, ut clericus fidejussor extiterit: nulla ratio firma dari potest, cur fidejussio non valeat.

41 De fœminis, an fidejussionis munus obire, & pro aliis intercedere possint, quæritur: Et, propter senatusconsultum Vellejanum, efficaciter non posse, respondetur. *l. 1. l. 2. & tot. tit. ff. & Cod. ad SC. Vellejan. l. qui satisdare. 3. & l. si Titius. 48. in princ. ff. hoc tit. Duaren. ad eundem titul. cap. 4. Gomez. d. cap 13. n. 8. & 16. Horat. Carpanus ad statut. Mediolan. part. 1. cap 44. n. 29. Hering. d. cap. 7. n. 389. & seqq. Matthias Berlichius part. 2. conclusion. practicabilium.*
42 *concl. 19. n 2. & seqq.* Idque adeò verum esse credendum est, ut non solum in foro fori sive soli, *uti loquuntur*; sed foro etiam poli procedat: hoc est, ut mulier ista Senatusconsulti Vellejani exceptione seu beneficio possit uti, non tantum ratione politica, verùm etiam bona salvâque conscientia, sicque denegare solutionem ejus, quod intercedendo promisit: imò condicere etiam, quod errore tum facti, tum hujus juris solvit: cum indebitum omnino sit, infirmata à Senatusconsulto obligatione. *l. quamvis. 8. §. interdum 3. ff. ad SC. Vellejan. & l. quamvis. 9. Cod. l. qui exceptionem. 40. in princ. ff. de condict. indeb Novell. 134 cap 8.* Et illud receptum censetur, tum ob naturalem quendam defectum ac imbecillitatem, sive lubricum & temerarium consilium mulierum. *l. 2. ibiq; Dd. ff. de reg. jur. d. l. 1. & 2.*
43 *& passim ff. ad SC. Vellejan. 1. Petr. 2. vers. 7.* Tum quod ab homine contra juris prohibitionem factum, ratum esse non oportet. *l. non dubium. 5. Cod. de legib. & ibi Jason. num. 9. & 18. item in l. post dotem. 40. num. 32. &*
44 *33. ff. solut. matrimon.* Ejusmodi namque leges & constitutiones prohibitorias, quæ publicâ auctoritate ob justam rationem factæ sunt, in foro etiam conscientiæ servandas esse, nec sine peccato ab iis recedi posse in judicando,
45 haec ratio suadet: quòd Deus politias, earumque ordinationes rationabiles approbat, sancitque, ut violatores non impuniti dimittantur, *Roman. 13. Philipp. Melan. lib. in loc. commun. de magistr. civ. & Wolff. Muscul. in loc. commun. de magistr. q. ult. in fin. vers. disputant nonnulli, &c. quos refert & sequitur Goddeus d. capit. 7. conclus. 16. num. 290. Et huic adstipulatur Paul. Berens Disput. ad Instit. 12. them. 2. quæst. 1.* Sed videatur Valentinus Francus *d. tract. de fidejussorib. cap. 2. n. 147. & seqq. ubi an & quatenus mulier fidejubere possit, variis ampliationib. & exceptionib. illustrat.* Videatur quoque eâ de re Pyrrhus Maurus *in tract. de fidejussorib. part. 2. cap. 3. pag. 695. & subseq.* Quando autem ipso jure nulla sit mulieris fidejussio, & quando ejus nomine exceptio detur, liquet ex *l. antiquæ 23 §. ultim. C. ad SC. Vellejan.* & fusiùs explicat D. Boccrus *hic n. 28. & seqq. pag. 305. & seq.*

46 Cæterùm utrùm beneficio senatusconsulti Vellejani renunciare mulier valeat, diu multùmque agitata quæstio est? Et quanquam illud complures negant. *Bartol. Alberic. de Rosat. Paulus Castrens. Salicet. & alii in l. ult. §. ult. ff. ad SC. Vellejan. Cynus & Angel ad l. ult. C. eod. Bolognetus consil. 45. n. 6. cum seq. Joan. Vincent. Hondedeus consult. 45. n. 18. volum. 1. part. 3. Joan. Zanger. in tract. de except. part. 3. cap. 9. n. 47. ed. 1. Covarruv. in c. quamvis de pact. lib. 6. pag. 2. § 3. n. 5. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 17. ibiq; Soarez in addit. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civ. cap. 8. n 9. Duaren. & Wesenbec. n. 9. ad tit. ff. ad SC. Vellejan. Donell. lib. 12. Commentar. de jur. civ. c. 32. vers. quartum factum, &c. pag. 128. ibiq; Hilliger in not. lit. d. Ant. Faber. in rational. ad l. 8. §. 1. ff. qui satisd. cog. Vitus Polant. quæst. 99. Dominic. Card. Tusch. tom. 5. practic. conclus. lit. M. cap. 421. n. 4. cum seqq. Tessaur. decis. pedem. 222. n. 3. & seq. Francus d. tract. de fidejuss. cap. 7. n. 189. & seqq. Grammatic. decis. 76. n. 20. Ayrer. in suo process. historic. part. 1. cap. 11. observ. 3. n. 17. Berlich. d. conclus. 19. n. 16. & seqq. Arumæus Disp. 12. Pandect. th. 7. Knipschildt d. exercitat. 7. quæst. 4. pag. 257. cum seqq. & Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tractat. 5. quæst. 2. vers. sed mihi illorum. &c.* affirmantium tamen sententia 47
(dummodo prius de isthoc beneficio mulier in specie per Notarium certioretur, quale nimirum sit, & quâ prærogativâ suffultum, *Bald. ad l. 1. C. ad SC. Vellejan. Fulgos. in d. l. ultim. §. ultim ff. eod. Anton. Gabriel. lib. 2. commun. conclus. tit. de jureiur. conclus. 3. Hippolyt. de Marsil. ad rubr. de fidejussor. num. 31. & 37. Decis. Capell. Tholos. 37. Gail. lib. 2. observat. 77. n. 3. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. V. n. 5. Franc. Bursat consil. 149. n. 42. lib. 2. Henr. Breulæus in tractat. de renunciat. filiar. caus. 3. c. 8. num. 4. & 5. Hering. d. cap. 7. n. 473. & seqq. ubi id explicatiùs persequitur.*) mihi magis probatur: eaque & consuetudine & legibus niti firmarique videtur, non modò si mulier renunciet in judicio, tutelam suorum liberorum suscipere volens. *Auth. matri. & l. ult. C. quando mul. tutel. officio fungi pot. Novell 94 c. 2. & Novell 118. c. 5.* sed & si extra judicium, atque extra causam illius tutelæ, huic beneficio renunciet. *l. quamvis. 8. § si mulier post 10. l. penult. & l. ult. §. si mulier pro eo 4. ibique Accurs. & Gothofred. ff. ad SC. Vellejan. l. jubemus. 21. Cod. eod. tit.* Huc usque facit & hæc ratio: quia Senatusconsulto Vellejano succursum est tantum simplicitati, imbecillitati, credulitati & ignorantiæ sexûs muliebris. *d. l. 2. §. 2. & 3. ad SC. Vellejan.* Sed quæ scit illud Senatuscõsultum esse in favorem suum introductum, & tamen eo uti non vult, vel paciscitur, se non usuram: non videtur esse decepta: ac proinde ad illam prædictum Senatusconsultum non pertinet. *l. quod autem 6 § præterea. 9 ff. quæ in fraud. creditor. & l. nemo. 145. ff. de reg. jur.*
Accedit quoque generalis regula: quòd unicuique bene- 48
ficio ac favori pro se introducto renunciare permittatur. *l. si judex. 41. ff. de minorib. l. penult. C. de pact. l. si quis in conscribendo. 51. C. de Episcop. & cleric. l. quæritur. 14. §. si venditor. 9. ff. de ædil. edict. Novell. 136. cap. 1. vers. cum non videantur, &c. cap. ultim. in fine. de crimine falsi.* Qui autem pro se habet regulam, illius intentio satis fundata intelligitur. *l. suus quoq; 4. §. 1. ff. de heredib. instituend.* Non igitur videtur velle Senatus, ut mulier omnino utatur exceptione; sed ut possit uti, si velit: quandoquidem invito beneficium non datur. *l. invito. 69. ff. de reg. jur. hoc jure. 19. §. non potest. 2. ff. de donationib.*

Neque huic assertioni refragatur, quòd mulier eâdem 49
levitate & facilitate ad renunciandum exceptioni senatusconsulti induci possit, quâ pro aliis interveniat. *argum. l. doli 19. vers. diversum. ff. de novationib.* Nam primò verisimile haud est: fœminam, de privilegio suo priùs rite certioratam, atque aliàs naturâ valdè tenacem & avaram, facilè renunciaturam esse: propterea quod renunciatio ista donationem sapit *arg l. si mulier. 10. ff. de condict. caus. dat. claus. non sec. l. si quis delegaverit. 12. ff. de novat. Andr. Rauchbar. in quæstionib. jur. civil. & Saxon. quæst. 39. num.*
7. Donatio verò in muliere usque adeò non præsumitur, 50
ut Baldus mulieris donationem miraculi loco habendam esse asserat, *in l. si à sponso. 16. in fin. C. de donationib. ante nupt.* eumque referens Decianus *in resp. 32 n. 7. vol. 3.* Deinde respondetur: pertinaciam mulieris & privilegii contemptum, non fragilitatem aut imbecillitatem censendam esse, quando edocta de jure suo, nihilominus beneficio sive privilegio sibi competenti renunciavit.

Similiter non refragatur, quod ea, quæ publici juris 51
sunt, pactis privatorum tolli nequeunt, *l. jus publicum. 38. ff. de pact. l. nec ex prætorio. 27. ff. de reg. jur.* Sed beneficium Senatusconsulti Vellejani, fœminis competens, jus publicum continet. *l. 2. ff. d. t. junct. l. 2. §. verba, 2. ff. ad SC. Vellejan.* Ergo mulier huic beneficio renunciare nequit. Non, *inquam*, refragatur: quoniam major propositio intelligitur de his, quæ jus commune, id est, leges aut mores nominatim vel præcipiunt, vel vetant fieri; & ostendit, contra hasce leges aut mores conventione privatorum aliud induci haud posse, tradente Cujacio *ad d. l.*

Jus publicum.38.*ff.de pact*. Atqui nullâ lege, nullisque moribus mulier nominatim prohibetur renunciare beneficio Senatusconsulti Vellejani. Ergo renunciationem illam non impedit sententia dictæ *l.jus publ*.38.*ff.eod*.aut dictæ *l. nec*
52 *ex prætor*.27.*ff.de reg. jur*. Ille enim contra legem quid facere dicitur, qui id facit, quod lex prohibet. *l. contra legem*. 29.*ff.de legib*. Non autem prohibet Senatusconsultum Vellejanum, ne mulier suo privilegio renunciet. Ideòq; renunciatio mulieris isti senatusconsulto contraria non censetur. Nec bene regeritur, quòd arctius sit vinculum inter maritum & uxorem, quàm inter extraneos. *l.1.ff.de rit. nupt*. Sed uxor pro marito, ut maximè consentiens, intercedere non possit. *arg. principii tit. supr. quibus alien. lic. vel non*. Ergo multò minus intercedet pro extraneo. *Nam respondetur*: ibi periculosiorem & suspectorem esse intercessionem, ubi species amoris major; quâ specie quid non in animum uxoris induci poterit? quod damnum ea non suscipiet? Atque hæc fuit causa, quòd primùm edictis Divi Augusti & Claudii mulieribus tantum interdictum fuerit, ne intercederent pro viris. *l.2.in princ.ff.ad SC.Vellejan*. Quæ utique ratio in extraneis non valet. Ast instare quis posset ulterius: senatusconsultum Vellejanum plenissimè succurrere fœminis: ac proinde eas nullo modo renunciare posse. *in l. 1. in princip. ff. eod. tit*. Verùm respondetur: vocem (*plenissimè in d. l.1.*) non significare, quòd fœminæ privilegio suo renunciare non possint; sed quòd Senatus non solùm uxoribus, verùm etiam omnibus omnino fœminis subveniat. *l.2.§.1.ff. eod*. prohibeatque eas tam pro viris, quàm pro fœminis intercedere: quod primitus non ita erat. *Paul. lib. 2. sentent.tit. 11. ad senatusc. Vellejan*. Neque movet quicquam, quod specialis renunciatio permittitur in casu, ubi mater vel avia liberorum suorum tutelam suscipit. *d. Auth.matri. C. quando mulier tutel.offic.fungi pot.* & *d. Novell.118.c.5*. ac ea propter regulariter illi non permittitur renunciare: alioquin frustrà illud specialiter concessum fuisset. *Breviter* enim dicendum: renunciationem non permitti matri & aviæ; sed, si onus tutelæ subire velint, injungi.

53 Non quoque refragatur: quòd ea, quæ, in fraudem Senatusconsulti Vellejani excogitata probari possunt, rata haberi non oportet. *l.quidam.29.in fine ff. ad SC. Vellejan*. At renunciatio illa fieri putatur in fraudem Senatusconsulti Vellejani. Proinde rata haberi non debet. Hoc, *in-*
54 *quam*, argumentum non refragatur. Quia negatur, & pernegatur, istam renunciationem in fraudem illius Senatusconsulti fieri: cùm illud tantùm in fraudem legis fieri dicatur, quod legis sententia fieri noluit, tametsi verbis apertè non vetuerit, sive quamvis non verbis fieri noluerit *d.l.contra legem*.29.& *l.seq. ff. de leg*. Sed quòd Senatusconsulti illius sententia noluerit, ut mulier renunciaret isti beneficio suo, non apparet *ex d.l.2.§.1.ff.ad SC. Vellejan*. ubi Senatusconsf. illud proponitur: nec ex ullâ aliâ le-
55 ge ejusdem tituli constat. Sententia autem legis tacita est illa, quæ ex interpretatione legis inducitur, non tamen à quovis, sed à legum conditoribus, ut arguit textus *in tit. supr.de legitimâ patron.tutel.* & *§.ult.infr.tit.de lege Aquil.*

56 Prætereà non refragatur, quòd si mulier post primam intercessionem intra biennium denuo intercesserit, illamvè intercessionem novâ cautione aut pignore firmaverit, non teneatur ex novâ illâ & repetitâ intercessione sive cautione: ac proinde nec teneri debeat, licèt & beneficio Vellejano renûciaverit. *l.si mulier perfectæ*.22.*C.ad senatusc. Vellejan*. Etenim respondetur; hoc argumêtum à comparatis hic non procedere: propterea quòd major sit ratio renunciationis certiorationem sequutæ, quàm intercessionis repetitæ. Certioratio quippe illa mentem mulieris excitat, eamque plenâ cognitione beneficii istius instruit & informat. Quo exactè cognito, si nihilominus ei renunciet: non profectò amplius digna est, cui subveniatur: cùm ultrò beneficium illud, quo frui potuisset, contempserit. Intercessio autem illa repetita & geminata ejusdem efficaciæ non est: sed mulierem magni beneficii illius ignaram relinquit.

57 Deniq; non refragatur, quòd solutio ejus, quod mulier intercedendo promisit, sit instar renunciationis: siquidem quæ solvit, satis apertè significat, se uti non velle beneficio Senatusconsulti Vellejani. Atqui quæ solvit ex intercessione suâ solutum repetere potest. *l.quamvis*.8. *§. interdum*. 3. *ff. ad senatusconf. Vellejan*. Quare etiam poterit mulier isthoc beneficio uti, & creditori solutionem denegare, licèt expresse isti beneficio renunciaverit. Non, *inquam*, refragatur illud. Mulier enim, quæ ex fidejussione solvit, quod debet, beneficium Vellejanum sibi competere ignorat: ac ea propter meritò repetit solutum. Quæ verò huic beneficio, certior de eo prius facta, expressè renunciat: intelligit probè, se omnino tutam esse adversus creditorem: ac idcirco ad solvendum, quod intercedendo promisit, non injuriâ compellitur. Atque ita docent & sentiunt *Odofred.* & *Fulgos.in d.l.ult.§.ult.ff.ad SC. Vellej. Azo in summâ C. eod.n.4. Bartol. (sibi contrarius) in l.qui satisdare.3. ff.h.t. n.10. Hostiens.in summa.de fidejuss.n.3.§.mulier,&c. Gail.d. l.2.obs.77. Frid. Pruckman.in repetitione l.in multis.9. part. 2.artic.15.n.11.ff.de stat.hom. Sichard.ad rubr. C.de fidejuss. n.6. Oleman.ad Giph.l.3. disp.27.n.20.& seqq. Borcholt.in Comm.de verb.obl.c.1,n.28. Gœdd.in Comm.de contrah.* & *committ.stipul.c.7.concl.16. n.298. Cujac. lib. 19. observ. c.34.post princ.vers.nisi huic beneficio renunciassent. Georg. Acac. Enenk. lib.3.de privileg.jur. civ. c.16. n.26. cum seq. Ægid. Hortens.ad l. Paulus.31.ff.ad SC.Vellej. Ungep. exerc. Justin.15. quæst.8.p.560.cum seqq.ed.ult. Specul.l.2. part. 7.tit.de renunciat.* & *concl.§.unic.n.16.in med. Fachin. l.2. controv.jur.c.59.part.1. Bronch.cent.1.* ἀντινομιῶν. *assert. 80.edit.1. Petr. Fab.* & *Phil. Matthæus n.22.* & *seqq.in l.2. ff.de reg.jur. D.Collega Bocer.class.2.disp.16. thes.5. edit.2.* & *plenius in hoc tit.3.n.37.cum multis seqq.p.307.* & *seqq. item Rober. disput. 16. ad Instit. coronid.1.* Hucque pertinent, quæ annotavimus *in §. illud proprie.7.n.19.* & *seq. infra, tit.quod cum eo, qui in alienâ potestate est, &c.* Et de isthac quæstione vide copiosè dissertantem Antonium Merendam *l.2. controvers. jur. cap.36. pag.129.* & *seq.*

Imprimis autem renunciatio isthæc mulierem beneficio 58
senatusconsulti Vellejani privat, si mediante juramento renunciaverit, etiamsi certior de illo reddita priùs non sit. *c.ex rescripto.6. ubi gloss.in verb.* & *uxorem.extrà, de jurejur. Tiraquell.in l.si unquam, in præf.n.136.C. de revocand. donat. Wesenbec. consil. 23. n. 52. vers. nam hoc tempore. item consil.38. n. 22.* & *cons. 52. n. 33.* & *34. Ant. de Padilla in l. ne passim.13.n.12. Cod. de jur.* & *fact. ignorant. Gœdd. Commentar. de contrah.* & *committ. stipulat. cap.7.conclus.16.n.198. Fachin.d.lib.2. cap.60.* Hujusque ratio hæc affertur: quia juramentum est loco certiorationis; cùm ad jurisjurandi interpositionem majori deliberatione, quàm ad renunciandum, perveniatur: censeturque mulier virtute juramenti omni legum & juris auxilio renunciasse, si non in specie, attamen in genere. Atque sic Doctores communiter tenent. *per text. in auth. sacramenta puberum. C. si adversus vendit.* & *l. si duo patroni. 13. §. idem Julianus ff. de jurejurand. Eberhard. à Middelburg.in Topicis loco, à vi, energ. seu efficac. jurament. n.36. Hartman. Hartmanni in practic. observat.1. de fidejussoribus. observ. 2. Andr. Rauchbar. quæst.34. n. 5. part.1. Domin. Cardinal. Tuschus d. tom.5. practic. conclus. lit.M.conclus. 421. n 21.* & *seqq. Berlich. d. part. 2. d. conclus. 19. n.24.* & *27. Mascard. de probationib. vol. 2. concl. 1080. n.21. Matthæus Cuno lib.1.de pactis.cap.10. n.16.* & *seqq. Franciscus Turzan.conclus.132. n.1.* & *2. Suarez. in Thesaur. recept. sent.lit.V. n.8.* & *Gail.d. observat. 77. n.10.*
Ubi tamen *n. 12.* subjicit: mulierem enormiter læsam 59
posse contravenire renunciationi; non obstante juramento: eò quòd ex enormi seu enormissimâ læsione dolus præsumatur. *l.omnes 17.§.1.ff.quæ in fraud.creditor.* & *l. si superstite.5.in fin. C.de dol.mal. idem Gail.d.lib. 2.obs.147. n. 8.* & juramentum non debeat esse vinculum iniquitatis. *c. quanto. 18.de jurejur.* & *c.1.§.quia vero eod.tit.in 6.* pariaq; sunt, dolum intervenire re ipsa, vel ex proposito. *l. 2. ff. de dol. mal.* & *met. except.* & *l. si quis, cùm aliter 36. ff. de verbor. obligat. Decius consil.180. n. 7.* & *consil.181. n. 1.* & *2. Alexand. consil. 42. n. 6. lib. 1. M. Anton. de Amatis decis. 46. n.3.* & *decis. 62. n. 14.* & *15.*

Prætereà mulieri non succurritur, pro alio fidejubenti, 60
si reverà rem suâ gesserit: vel ex eâ re locupletior facta: aut callidè & dolo malo in hac re versata fuerit: vel quæsito colore contraxerit: vel pretium eo nomine quòd intercederet acce-

Digitized by Google

acceperit: aut post biennium eandem intercessionem renovaverit. *l. 2. § sed ita demum. 3 l. sed si ego 4. l. nec interest 5. l. si mulier. 11 l. aliquando 13. l. si mulieri 15. l. si pro aliquo. 21 l. bona fide. 27. ff. ad senatusconsult. Vellejan. l. si dotare. 12 l. si mulier. 22 l. antiquæ. 23 cum similib. C. eod. tit. Gœdd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. conclus. 6. num. 299. Ant. Tessaur decis. 223. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præs. 21. Æmilius Ferrettus in Paratitl. ad tit. ff. ad SC. Vellejan. Frid. Pruckman. in repetitione d. l. in multis 9. part. 2. artic. 15. ff. de stat. homin. Berlich. d. concl. 19. & 28. & 44. Wesenbec. in Paratitl. ff. ad SC. Vellejan. num. 6. & seq. Horat. Carpan. ad statuta Mediolan. part. 1. cap. 44. num. 20. Dn. Bocer. in hoc tit. num. 66. cum seqq. pag. 312. Anton. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 412. 416. 421. 424. 430. 431. & multis seqq.* ubi plures casus, quibus mulier per exceptionem sese tueri non potest; non minus eleganter, quàm prolixè recenset. Quibus adjiciendus quoque est Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & restit. disput. 3. quæst. 9. puncto 2. num. 2. pag. 628.* nec non D. Marta *tom. 3. digestorum novissimorum tit. fidejussio. cap. 10. cum seqq. fol. 171.* itemque Johannes Sichardus *ad tit. Cod. ad SC. Vellejan. num. 10. & pluribus subseqq.* ubi decem casus, quibus non juvetur mulier per illud Senatusconsultum, accuratè explicat. Eosque casus complexi sunt veteres, memoriæ juvandæ gratia, his versiculis:

Casibus in denis mulier spondendo tenetur:
Pro libertate; pro dote; renunciet & si;
Decipiat; pretium capiat; caveatque secundo:
Debenti si succedit: si debita cepit;
Si minor est credens: si commoda propria gessit.

62 Cæterum cùm ad fidejussoriam obligationem constituendam, tam creditoris, quàm fidejussoris consensus requiratur, & quandoque eveniat, ut minus idoneus fidejussor recipiatur: meritò vocatur in dubium, an minus idoneum fidejussorem recipiens, eum approbasse videatur? Et approbasse videri, constat *ex l. qui satisdare. 3. ff. hoc tit.* in cujus fine ita loquitur Ulpianus; *Plane si quis non idoneum fidejussorem dederit: magis est, ut satisfactum sit; quia qui admisit eum fidejubentem, idoneum esse comprobavit.* Cui assentitur Paulus *in l. si ab arbitro. 10. §. 1. ff. qui satisdar. cogantur. Qui ex causa,* inquient, *improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat: multoque magis, si sua voluntate accepit fidejussores, contentus his esse debet.* Accedit textus *in l. si is, à quo 3. §. ultim. ff. ut in possess. legat. vel fideicomm. servand. causs. esse lic.* ubi idem Ulpianus in hæc verba respondit: *Si semel fuerit satisdatum; quæsitum est, an, etiam rursus cavendum sit, si fortè dicatur, egenos fidejussores esse datos? Et magis est, ut caveri non debeat. Hoc enim divus Pius rescripsit Pacuviæ Licinianæ; ipsam enim facilitati suæ expensum ferre debere, quæ minus fidejussores idoneos accipit. Neque enim oportet per singula momenta onerari eum, à quo satis petitur.* Eodem quoque confert textus *in l. 1. §. illud sciendum. 10. ff. de separationib. & in l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur. Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. F. ibique videatur Bachovius in suis not. pag. 905.*
63 *cum seq. & Hunnius in resolut. quæst. 14. pag. 187.* Minus autem idoneus fidejussor non tantum ex re & opibus; sed etiam ex fide & facilitate conveniendi æstimatur *l. 2. in pr. ff. qui satisdare cogantur &c.* Proinde licet quis sufficiens habeat patrimonium: verum alias ob causas difficulter conveniri queat; puta si privilegio fori sit tutus, vel potens, aut tyrannus, sive rixosus, &c. minus idoneus fidejussor censebitur. *l. si fidejussor 7. in princ. ff. d. tit. l. Imperator. 11. in fine principii ibi, vel solvendo fuit, quo tempore conveniri potuit. ff. ad municipalem l. si quis stipulatus. 112. ad fin. & ibi Jason. ff. de verb. obligationib. l. 1. 2. & 3. ff. de alienat. judic. mutand. causs. fact. Mynsinger. hic num. 5. & cent. 2. obs. 15. Schneidevvin. in §. si plures 4. num. 6. infr. hoc tit. Glos. Bart. Castal. & alii in d. l. 2. ff. qui satisd. cogant. Hippolyt. de Marsil. in Rubr. de fidejussoribus. num. 10. 282. & seqq. Soarez in thesaur. recept. sentent. sub lit. F. num. 13. & seqq. Gail. lib. 2. observat. 27. num. 2. Antonius de Gamma Lusitanus decis. 21. num. 3. Menoch. consil. 2. num. 212. vol. 1. Horat. Carpan. ad statuta Mediolanens. part. 1. cap. 44. num. 18. eosque*
64 *referens Heringius d. tract. de fidejussoribus, cap. 8. num. 129. & seqq.* At quid, si fidejussor ab initio locuples & idoneus datus, ex post facto inops adeoque non solvendo effectus fuerit; nunquid debitor rursum satisdare, aliumque idoneum fidejussorem præstare debebit? Et sanè si fidejussor datus fuerit ex legis dispositione, mediante judicis officio: debitor principalis iterum satisdare, aliumque idoneum fidejussorem præstare tenebitur, *per textum in d. l. si ab arbitro. 10. in fine ff. qui satisdar. cogant. l. prætoria 1. ff. de prætor. stipulat. l. prætor. 20. §. & si satisdatum 14. ff. de operis novi nunciat. & d. l. si is, à quo. 3. § ult. cum l. seq. ff. ut in poss. legatorum. &c.* Si verò fuerit datus fidejussor ex voluntate & conventione partium, creditorque recipiens semel eo contentus sit; licet postea ille facultatibus labatur, atque efficiatur non solvendo; tamen non cogetur debitor iterum satisdare, novamve fidejussionem constituere. Quia fidejussio hoc casu debetur jure conventionis seu obligationis, qua fidejussione constituta jam creditori satisfactum est, & obligatio expiravit, *arg. l. pupill. 96. § soror. 2. ff. de solutionib. & l. si in emen. 2. ff. de hered. vel act. vendit.* Et ita, *post Bartolum in d. l. 3. ff. hoc tit. Angelum & Paulum Castrens. in l. quoties, 6. ff. qui satisdare cogant.* hoc resolvit Gomezius *tom. 2. variar. resolut. cap. 13. num. 7.* Eadem de re videantur Valentinus Franc. *in tractat. de fidejussorib. cap. 4. conclus. 7. num. 163. & seqq.* Bachovius & Hunnius *dictis locis; ille pag. 907. hic verò pag. 187. quæst. 15.*

Major dubitatio est; an is qui fidejussores dare tenetur, 65
dando pignora, quæ in fidejussorum locum surrogentur, liberetur? Et quidem Bartolus *in l. prætoria. 1. ff. de prætor. stipulat.* eumque citans Decius, *in l. plus cautionis 25. num. 3. ff. de reg. jur.* affirmativæ sententiæ suffragantur. Sed negativam, tanquam magis communem & veriorem, defendunt *Franciscus à Ripa ad rubr. ff. de pignorib. num. 8. Alciat. in l. 2. §. mutui datio num. 10. ff. de reb. cred. si cert. pet. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 296. cum seq. Negusant. in tract. de pignorib. 5. part. princ. memb. 1. num. 1, & 2. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de contractibus. tract. de pignore & hypoth. in cap. 1. pignus. num. 21. Cagnolus in d. l. plus cautionis. 25. num. 4. ff. de reg. jur. Gœdd. in l. satisdationis. 61. num. 2. ff. de verb. significat. & in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 21. num. 298. & seq. Pacius cent. 1. ἐναντιοφανῶν. quæst. 67. Domin. Collega Bocer. class. 2. disput. 16. th. 9. ed. 2. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. F. num. 154. Francus d. tract. de fidejussorib. c. 4. conclus. 7. num. 143. cum seqq. Hering. d. tract. de fidejussor. c. 18. num. 68. cum seqq. Hænon. disputat. 15. controvers. 2. Matth. Steph. cent. 3. quæst. 46. Hackelman illustr. quæstion. disp. 22. thes. 14. & novissimè Paulus Berens disput. 10. ad Instit. them. 2. quæst. 2.* Hujusque sententiæ rationem 66
hanc potissimum adducunt; tum quia aliud pro alio invito creditori dari vel præstari nequit. *d. l. 2. in fin. ff. de reb. credit.* etiamsi melior conditio efficiatur, *arg. l. ult. ff. de usu & habitat.* Tum quia creditor suscipere onus atque periculum custodiendi pignora haud tenetur: quorum damna, si quæ medio tempore acciperent, resarcire cogeretur *l. quemadmodum. 29. §. penult. ff. ad leg. Aquil.*

Nec urget quicquam, quòd plus cautionis in re sit, quàm 67
in persona *d. l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur.* & melius sit pignori incumbere, quàm in personam agere *l. 1. §. 1. ff. de superficiebus.* Illa namque regula locum habet, quoties convenit de pignore dando, & aliis quibusdam casibus, ut docent Gœddeus & Berens dictis locis. Nec etiam movet, 68
quod objicitur; illud, quod mihi non nocet, & alteri prodest, benignè præstandum esse, *arg. l. in creditore. 18. ff. de evictionib. l. 2. §. item Varus 5. ff. de aq. & aqua pluv. arcenda l. rescripta. 7. C. de precibus Imp. offerend.* Haud enim 69
suo cum periculo quispiam alteri benefacere tenetur; cum officio contrarium non sit, ita alium juvare, ut te serves indemnem *l. sed si quis. 7. ff. quemadmodum testamenta aperiant. l. sancimus. 25. C. de administ. tutoribus. & periculo tutor.* & ordinata charitas incipiat à se ipsa, *argum. l. præses. 6. ubi Glos. & Dd. C. de servit. & aqua. can. si non licet 8. caus. 23. quæstion. 5. Franc. d. c. 4. conclus. 7. num. 144. & seq.*

Succedit tandem & illa parum dissimilis excutienda 70
quæstio; an creditor fidejussorem jam acceptum dimittere, & alium æquè idoneum admittere sive accipere cogatur?

Digitized by Google

cogatur? Et sanè (nil remorante contraria opinione *Dec. in num. 4. & Cagnoli num. 2 in d. l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur. Angeli in l. si Titio. 22. ff. de pignorib & hypothec. Negusantii in d. tract. de pignorib. part. 3 memb. 1. num. 21. & aliorum*) negativam sententiam veritati omnino consonam esse, judicant *Jason in l. debitorem. 25 num 5. C. de pact. Alciat. ib. d. num. 2. Hippolyt de Marsil. in tract. de fidejussorib num. 113 Pinel. ad l. 2 C. de rescind vendit. part 2. cap. 1. num 21. & seq. hosque referens Treutlerus vol. 2. disp. 8. th. 2. sub lit. F ibique Bachovius in suis not pag. 908. &*

71 *Hunnius in resolut. quæst 16. pag 188. & seq* Pro qua sententia primùm apprimè facit textus *in l. si mandatu. 45 & item si 2. ff mandati* ubi cavetur: creditorem obligationi semel constitutæ insistere posse: adeòque fidejussorem acceptum mutare vel dimittere non compelli, quantumvis

72 alius æquè idoneus fidejussor offeratur. Accedit deinde, quòd aliud pro alio solvendo debitor non liberetur, *per princip. tit. i fr. qu b mod tollit. oblig at d. l. 2 in fin ff. de reb. cred. lit. si cert. pet.* Atqui si teneretur creditor alium fidejussorem accipere, & priorem dimittere aliud pro alio ipsi

73 solveretur. Præterea quando obligatio fidejussoria jam constituta non cogitur creditor aliter dimittere debitorem, quam si is creditori satisfaciat: quoniam obligatio fidejussoria est juris vinculum, quo quis necessitate adstringitur ad securandi creditorem, idoneo fidejussore dato *initio tit supr de oblig at.* Atqui oblatione fidejussoris æquè idonei si liberaretur debitor: sanè non adstringeretur necessitate ad id præstandum & faciendum, quod convenit: sed, invito creditore, & quidem aliter, quàm solutione ejus rei ad quam se obligavit, obligatione se eximere & liberare posset.

74 Non obstat; quòd, si ex hujusmodi mutatione fidejussorum creditor nullum sit passurus damnum: utique necesse habeat gratificari debitori, si æquipollenter adsecuratio ab ipso præstari queat, *per not ita Jasonis in l. 2 n. 32. ff solut. matrim.* Etenim non statim quicquid gratificationis est, idem etiam necessitatis aut coactionis esse intelligitur, *arg l. donari. 29 de donationib. & l donari. 82 ff. de reg. jur.* Proinde etsi videtur, debitori alium fidejussorem, æquè idoneum offerenti gratificandum esse: haud tamen ad hoc necessitate quadam obstrictus est creditor: sed ejus voluntati liberum relinquitur.

75 Minus resistit regula illa juris & æquitatis naturalis: ut, quod tibi non nocet, & mihi prodest, faciendum tibi incumbat, *arg l in fundo 38. vers. constituimus ff de rei vindicat* Certo autem certiùs sit, quòd mutatio fidejussoris non noceat creditori, plurimùm verò prosit debitori, ac proinde creditor eam admittere teneatur. *Nam respondetur:* regulam illam (quòd id, quod nobis non nocet, alteri verò prodest, admittendum sit) locum non habere eo casu, quo conventio sive contractus præcessit, qui legem præscripsit, *arg. l contractus 25 vers nam hoc servabitur ff. de reg jur. Jason & Barr in d l 2. ff. sol. matrim Vinc. Carec dec. . n. 11.*

76 Sed & hoc observandum, quòd in continenti apparere non possit: num oblatus & præsentatus fidejussor æque, vel minùs sit idoneus, atque prior: quandoquidem hoc in facto consistit, & tractu demum temporis potest explorari. Quis autem temporis illius molestias æquo animo ferret, & patienter devoraret, nec potiùs priorem fidejussorem retineret? *tradente Hunnio loco prææallegato*

77 Multò minus adversatur *l. 2. § locum 8. ff de religios. & sum pt funer* ubi servitus viæ, quæ semel assignata est, immutari potest, si via æquè commoda alibi præstetur. *Id namque* solùm religionis favore ibi permittitur: cùm ejusmodi proponatur casus, quo locus, per quem servitus viæ constituta erat, religiosus effectus est, & dicitur, si non minùs per alium locum servitute viæ quispiam commodè uti possit, locum priorem, in quem mortuus illatus est, effici religiosum. Quocirca firmiter concluditur: debitorem audiendum non esse, si pro fidejussore, jam constituto & accepto, alium æquè idoneum fidejussorem creditori dare satagat. *Idque fusiùs exponit Hunnius loco superius notato.*

§. *In omnibus.* 1.

In omnibus autem obligationibus adsumi possunt: id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractæ fuerint. At nec illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeò quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

SUMMARIA.

1 *Finis fidejussionis quis.*
2 *Quibus obligationibus fidejussor accedat.*
3 *Accessio sine principali consistere nequit.*
4 *Servus, cum aliquo contrahens, naturaliter tantùm obligatur.*
5 *Fidejussor non debet durius obligari, quàm principalis.*
6 *Conciliatio l. Marcellus. 25. ff. hoc tit. cum l. is, cui bonis, 6. ff. de verb. obligat.*
7 *In quibus causis fidejussioni non sit locus.*
8 *Pro conservatione dotis non rectè fidejussor à marito exigitur.*
9 *Dos pro oneribus matrimonii potissimum datur.*
10 *De appendicibus idem esse solet judicium, quod de principali.*
11 *An pro conservanda dote fidejussor à marito volente dari possit.*
12 *Mulier se suamque vitam marito committit.*
13 *Sententia l. unicæ. C. Theod. de fidejussorib. dotium.*
14 *Constitutiones Theodosianæ licet non sint authenticæ, tamen ad explicandos juris textus plurimum momenti habent.*
15 *Rejicitur & refellitur interpretatio quorundam ad l. 1. & 2. C. ne fidejussor dot. dent.*
16 *Mariti novi in uxorum gratiam nihil non facere solent.*
17 *Pignus à marito uxori pro dote dari potest.*
18 *Differentia inter pignus & fidejussorem.*
19 *Intellectus l. cum dotis. 55. ff. de jure dot.*
20 *Mens & sententia l. si constante. 24. §. 2. ff solut. matrim.*
21 *Favori pro se introducto quilibet renunciare potest.*
22 *Quæ ad renunciationem alicujus juris necessariò requirantur.*
23 *Utrùm obligationi, quæ ex delicto descendit, fidejussor accedere valeat.*
24 *Judicia fidejussoris datione non eluditur, nec executio impeditur.*
25 *Summa l. 1. vers. hoc autem ff. de custod. & exhibit. reor.*
26 *Sensus l. si à reo. 70. §. ult. ff. hoc tit.*
27 *Pœnas ob maleficia solvi, magna ratio suadet.*
28 *Intellectus l. si confessus 5. ff. de custod. & exhibit. reor. & n. 21.*
29 *An cautioni fidejussoriæ sit locus, si pœna corporalis reo venit infligenda.*
30 *Nemo membrorum suorum dominus.*
31 *Interpretatio l. divus Pius. 3. ff. de custod. & exhibit. reor.*
32 *Consideratio d. l. si confessus. 5. ff. d. tit.*
33 *Num ad carcerem pro debitore principali, fidejubendo aliquis se adstringere queat.*
34 *Omne factum honestum in stipulationem deduci potest.*
35 *Obsides dari possunt pro debito pecuniario.*
36 *Obsidium censetur species carceris.*
37 *Consideratio l. Titius. 9. ff. de servis exportand. & l. si quis. 56. ff. de contrah. empt.*
38 *Intellectus l. liber homo. 13. ff. ad leg. Aquil.*
39 *Intellectus l. Titio centum. 71. §. 2. ff. de condit. & demonstrat.*
40 *Liber homo, ne quidem volens, alterius servus fieri potest.*
41 *Obstagia lege publica hodie prohibita.*

FINIS fidejussionis idem perhibetur, qui pignoris, putà securitas sive cautio creditoris: de quo fine Imperator, dixit initio hujus tituli: jam de materia videndum est. Materia igitur circa quam, & cui fidejussor accedere potest, sunt omnis generis obligationes, ex quibuscunque contractibus ortæ, non solum primæ vel principales, sed etiam secundariæ sive accessoriæ, *hoc §. nostro l 1 l. 2 l Græce 8 §. 1. & § ff. hoc tit ibique Wesenbec. in Paratit n. 4.* Quare ubi nulla adest obligatio, ibi non valebit fidejussio. *l. qui contra. 1 l fidejussor obligari 16 in princ. l. si mihi 23 l. si quis 5 § 2 l. si a reo 70 § si à furios. 4. ff eod l l is, cui 6 ff. de verb. obl.* Hujusque ratio manifesta est quia fidejussio est quædam accessio *§ fidejuss. 5 infr hoc tit. d. l 1. l generaliter. 5 ibi ex causa access. & l hi, qui accessionis 34. ff d. t.* Accessio autem requirit principalem cui innitatur, *arg. § cum in suo. 29 supr. de rer divis l. 2 ff de pecul. legat l 2 ff. de superficieb. l. nihil dolo 129. §. 1. & l. cum principalis. 178 ff. de reg jur. c. accessorium. 42 eod in 6.* Nec refert, utrùm civilis, an naturalis sit obligatio, cui fidejussor adjicitur: adeò quidem, ut pro servo quoque (qui naturaliter olim obligabatur. *l. quod attinet 32. ff de reg jur.*) fidejussor tam domino, quàm extraneo obligari possit, *hoc & nostro vers. at nec i lud l. stipul. 6 & ult & l. seq. l. fidejussor. 16. . fidejussor. 3. l. Marcellus. 25. l cum fidejubeat. 5. d. l. si à reo. 70. §. adeo. 3 ff. hoc tit.*

Cui non adversatur, quòd servus cùm aliquo contrahens, naturaliter tantum obligetur: fidejussor verò pro hoc servo ita naturaliter obligato, obligetur etiam civiliter. *l. cum*

Digitized by Google

5 *cum fidejubeat.35.ff. hoc tit.* Non debeat autem fidejussor
duriùs obligari, quàm principalis. *d.§. fidejussores 5.infr.
eod.d.l.Græce 8.§.illud.7.d.l.hi, qui accessionis 34 ff. d.tit.*
Hoc,*inquam*,non adversatur.Sibi enim imputet fidejussor
damnum,quod ex hac obligatione sentit:cum à fidejussio-
ne abstinere potuerit. Nam quòd servus non civiliter,sed
naturaliter tantùm obligetur; id fit ex defectu personæ a
qui defectus cum in fidejussore non sit, meritò etiã civili-
ter obligatur. Non igitur durior,sed tantũ firmior est obli-
gatio fidejussoris;uti,*post Bodæum, notat Ritters. hic p.455.*
6 Similiter *dictæ l. Marcellus.25.ff. hoc tit.* (ex qua evinci-
tur,eum,qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligatio
prodigove vel furioso fidejusserit,ex sua fidejussione tene-
ri)non repugnat textus *in d.l.is,cui bonis.6 ff.de verb.obli-
gat.* ubi disertè asseritur, quòd pro furioso & prodigo in-
tervenire fidejussor non possit. *Etenim* aut fidejussor inter-
cessit pro furioso vel prodigo jure obligato , utputà ex
quasi-contractu, vel delicto obligato: quibus casibus ipsi
jure obligantur:& tunc fidejussor efficaciter tenetur.*l fu-
riosus.46.ff.de oblig.& act.* Aut fidejussor intercessit pro fu-
rioso vel prodigo,jure non obligato,utputà quando stipu-
lanti sine auctoritate curatoris promiserunt : & tunc nec
fidejussor pro iis adstringitur. Ita distinguitur *in d.l.si à reo.
70.§.si à furioso.4.ff hoc tit.* Quoties verò fidejussor pro de-
bitore,naturaliter tantùm obligato,utputà pro pupillo,si-
ne tutoris auctoritate promittente, intercedit, efficaciter
potest conveniri;quamvis principalis debitor actione pul-
sari non possit.*l. ubicunque 60.ff.eod.l.si pupillus. 127.ff.de
verb oblig. Atque ita tenent Cujacius ad d.l. is cui.6.ff d tit.
Bronchorst.cent.2 ἐναντιοφανῶν. assert.93.edit. 1. & Hunn.
lib.3.var.resol.jur.civ.tr.5.q.11.itemque in resol. ad Treut-
ler.vol.2.disp 28.th.3.q.20.p 197 & seq.* Tametsi alii ali-
ter *dictam l. Marcellus.*interpretentur. *Contius lib.2.lection.
subcisiv.c.3.Ræuard lib.2.var.c.9.Duar. & Donell. in d.l.
is cui 6 ff de verb.oblig. Robert.lib.2 recept.lect. c. 37. For-
nerius lib.3.select.c.23.Franc. à Callas in l. si curatorem. 3.
verb cùm non absimilis.n 23.C.de in integr restit.Treutl.se-
lect. disp. d.vol.2.disp.28 th 3 lit.b ibique latè Bachov.in suis
not p.915.cum aliquot seqq. Ant.Fab lib.8 conject c 6.Gædd.
in Comm.de contrah & commit.stipul.c.7.concl. 10.n. 131.
cum seq.& noviter Hering in tr.de fidejuss c 5.n.33c.& seqq.*
7 Quòd porrò dicitur : fidejussorem omni obligationi ac-
cedere posse : id in quibusdam causis non procedit. Nam-
que pro actione populari.*l.si quis pro eo 56.§.ult.ff.hoc tit.*
pro re turpi & inhonesta.*d l.si à reo.70.in fin.ff.eod.l.si re-
mauer.indi.6. §.res turpis. & l.si vero 12.§ si adolescens.ff.
mandati.* itemque pro dote conservanda fidejussor à mulie-
re accipi nequit.*tot.tit.C.ne fidejussores dot dent:& ibi Bar-
tol.Bald.& Salic.Cuj.ad Afric.tr.4.ad l.si vir uxori 17.§si
mulier dixisset ff.ad SC.Vellej.& in Paratit.Cod.ne fidejuss.*
8 *dot dent.* Etsi enim maritus,soluto matrimonio,ad restitu-
tionem dotis regulariter tenetur,ejusque restituendæ cau-
sa fidejussor accipi potest.*l exceptiones.7.in pr.vers.sic mari-
ti.ff.de except.l.unic.§.cùm autem 7.vers. cautione videlicet.
C.de rei uxor.act.* tamen pro ejusdem conservatione,sive
pro servanda dote,constante matrimonio,non rectè à ma-
rito fidejussor exigitur.*l.1.& 2.C.ne fidejuss.dot.dent.Gædd.
d.Comm de contrah & commit stipul.c. 6. concl. 23.n. 360.
cum seqq.Her d.tr.de fidejuss.c.6 d.104.& seqq* Idq;ea ma-
ximè ratione introductũ est:ne fidejussio,illa quam uxor,
vel ejus pater à marito pro dote conservanda exigeret,an-
sam præberet odii & diffidii inter conjuges. Nam metuen-
dum esset,ne maritus ægrè molestèque ferret,se ab uxore
vel socero non fuisse idoneum habitum,ut ipsi dos sine fi-
dejussore crederetur.*l.2.C.ne fidejussor.dot.dent.* Absurdum
quoque foret & turpe:plus alienæ,id est, fidejussoris extra-
nei fidei & amicitiæ tribuere, quã proprii mariti:cum quo
uxor omnis vitæ consortium,divini humanique juris com-
municationem,ac supremum longeque arctissimum ami-
citiæ vinculum copulasset, *juxta l.1.ff.de rit.nupt.l.si cùm
dotem.22 §.si maritus.7.vers. quid enim tam humanum ff.*
9 *sol. matrim.* Adhæc dos potissimum matrimonii causa da-
tur pro oneribus ejus,tanquam accessio quædam,*l pro one-
ribus.20.Cod.de iur dot.* Sicut ergo pro hoc principali,nem-
pe pro ipso conservãdo matrimonio,& maritali obsequio,
& amore præstando,fidejussor intercedere non debet:cum
in matrimonio contrahendo propria ipsorum contrahen-
tium fides, eaque sola versetur: ita etiam iniquum est,ut
ejus accessorio fidejussor,ejus conservandi causa accedat:
cum in eo par sit fides, nec tantum momenti,quantum in
ipso principali. *Bald.& Dd.in l.etiam si non.dot.8.C.de iur.
dot.* Et de appendicibus plerumque idem esse solet judi-
cium , quod de principali : quippe accessorium naturam
sui principalis imitatur.*l.cùm principalis. 178.ff.de reg.jur.
& c. accessorium. 42.de reg.jur.in 6.*
Sed disceptatio non levis est : an à marito volente pro 10
conservanda dote fidejussor dari possit:Et dari posse, affir-
mant *Jac.de Raven Cynus,Joan. Andreæ.& Rom.quos secu-
tus Alexand.in l.si constante. 24.§.quotiens.7 col.2.v.tertiò
limita ff.sol.matr.illosque secuti Baldus Novell in tr.de dote,* 11
*part.6.privil 2 n.5.Joan Boscheus in tr.de nupt lib 4.n.56.
Duar. in method tr. de jure dot.c.4.Connanus lib 8.Comm.
jur.civ.c 9.n 8.Menoch. de præsumpt lib.4 præs 190.n 43
ad fin.& lib.6.præs.1.n. 17. Hartwigus Dassellius in Comm.
ad statuta Lunaburg.art.10.n 4.Ungep. exerc Just.11.q 7.
p.424.cum seq ad ult. Antonius Pichard.in hoc § nostro.n.11.
& 12.Harnon.disp 15. controv.4. Arumæus Exerc. Just.13.
th.12.Joh.Copp.lib.2 obser.pract 29.ad fin D. Besold vol 2.
cons.72 n.4.& seqq.p.302.Knips.h.exerc. Acad. 7 quæst. 6.
p.260.& Hunn.lib.3.var.resol jur civ.tr. 5.quæst. 3. & in
resolut.ad Treutler.vol.2.disp. 8 th.3. quæst. 17 p. 90.&
seqq.* Verum plerique alii existimant:non solùm prohiberi
fidejussorem accipi,constante matrimonio,à marito volen-
te idoneo : sed & adversa fortuna ad inopiam inclinante.
*Bartolus,Baldus,Jason,Salicetus,Cujacius,hosque referens Gæd-
deus d.c.6.n.369.Azo in summa tit.C.ne fidejussor dot.dent.
Petr.Vanderan de privil.credit c 4.n.13.& seqq. Fachinæus
lib 8. controv. jur.c. 76 Alciat lib.4 parerg.c.26. Andreas
Gerhardidecad.14 quæst. 1. Matth. Stephani cent. 3. q. 47.
Roberus disp.16.ad Instit.thes.10 Anton. Matthæus in hoc §.
Treutler.vol.2.disp.7.th.2.lit H.ibique in suis not. & anim-
adv Bachov. p.342.cum seq & P.Barbos. in l.si cùm dotem.
21.§.transgrediamur.12.n 39. ff.sol.matrim. Ant. Merenda
lib.6.controv.jur.c.13.n.17.& seq.p.425.Hering. d.c. 6.n.
156.ubi plures citat.* Moventur hi Interpretes tum rubri-
cæ *dicti tit.C. ne fidejussores dot. dent.* generalitate, eaque
prohibitoria: tum *l. 1. & 2.Cod eod.& suprà* adductarum
rationum perpetuitate. Siquidem eadem absurditas , ea-
dem turpitudo, idem fidei & amoris conjugalis contem-
ptus hic versatur. Sive enim à volente,sive ab invito ma- 12
rito fidejussor detur:mulier,(quæ se suamque vitam mari-
to committit,*l.hac lege.8.C. de pactis convent.*) fidei mariti
diffidere,plusque fidejussoris,quàm mariti,fidei tribuere vi-
detur *contra d.l.2 Cod.ne fidejuss dot dent.* Et hæc sententia 13
apertiùs confirmatur *ex l.unic.Cod Theodos.de fidejuss dot.
lib.3.tit.15.* ubi iidem Impp. Valent & Theodosius,quorũ
est *d.l.1.C.ne fidejuss dot. dent.* qui adeò optimi sui ipso-
rum possunt esse Interpretes, in hæc verba rescripserunt:
*Omnium sponsorum vel fidejussorum deinceps in exactione do-
tis sponsione promissiones absolvimus.* Et frustrà hujus legis 14
auctoritatem dissentientes elevant : quia ut maximè istæ
constitutiones Theodosianæ non sint authenticæ: eas ta-
men ad explicandos juris nostri textus plurimum momẽ-
ti habere,nemo sanus facile negaverit. Quòd præterea Ad- 15
versarii respondent:dictas ll. 1.& 2.C.ne fidejussor dot dent.
de marito coacto sive invito,non verò ultrò offerente fi-
dejussores,accipiendas esse:ad rationem juris nostri si exi-
gatur, nullius omninò est ponderis: quia nemo ultro hoc
facere, & hoc onere , quod in jure nostro non grave tan-
tum,sed famosum pene habetur.*l. testamento datos. 17.in
fine.ff.de testam.tutel.* se obstringere velle præsumitur. Et 16
aliàs sane nullo negotio constitutionibus illis fraus fieret:
imò illæ eluderentur penitùs:quòd semper mulieres obla-
tos ultrò sibi fidejussores dicerent:neque mariti qui in u-
xorum nihil non initiò gratiam facere amant: citra turpi-
tudinis propriæ allegationem sese ab uxoribus coactos,
esse , excipere & prætendere possent. Ac proinde frigidè
Antagonistæ captant verbum,*exigenti,in d.l.2.C.ne fide-
juss.dot.dent* positum: quoniam ex ratione juris omnis fi-
dejussor intelligitur exactus.*Idque accuratius explanat Ba-
chovius loco supra designato.*
Non adversatur huic sententiæ,quòd cùm pignus à ma- 17
rito

Digitized by Google

rito uxori pro dote dari possit. *l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff de donat. inter vir. & uxor.* eadem ratione etiam fidejussor dari queat; cum fidejussio pignoris dationi par similisque esse censeatur. *l. promissor. 21. §. ult. ff. de constit. pecun.*

18 Nam respondetur; evidentem esse inter pignus & fidejussorem diversitatis rationem; quoniam pignore dato dos ponitur tantum in tuto: non etiam committitur alterius personæ, quam mariti ipsius, fidei. Fidejussor obtinet locum debitoris; pignus locum rei debitæ. Non quæritur aliena fides, si quæritur pignus; secus, si fidejussor. In eo siquidem mulier fidem alienam sequitur, quod inter conjuges fieri absurdum esse, & perfidiæ occasionem generare, Justinianus Imp. rescripsit. *d. l. 2. C. ne fidejussor. dot. dent. ibique Cujac. Fachin d. lib. 8. c. 76. versic. secundum argum.* & Vide aliter sentientem Antonium Merendam. *d. lib. 6. controvers. jur. cap. 12. num. 5. cum seqq. pag. 421. & seq.*

19 Sic quoque non refragatur *l. ium dotis. 55. ff. de jure dot.* ubi cùm fidejussor, pro muliere dotem promittente intercedens, teneatur: ex eo consequens videtur, cum & pro marito intercedentem obligari. Diversa namque sunt: causa dotis expromisse dare fidejussorem, & dare causa dotis servandæ vel restituendæ. Expromittere, est novandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem pro alio, soluto ab omni obligatione alio: quia novatio liberat debitorem prius obligatum. Igitur *d. l. 55.* sententia hæc est: si quis dotem debitam ab uxore promiserit viro, novandi animo, & fidejussorem dederit: utique fidejussor tenebitur. Neque enim ab uxore, sed ab extraneo expromissore, datus est. *Ita recte ex Cujacio explicat illam legem Fachin. d. c. 76. ad finem.*

20 Nihil item resistit *l. si, constante 2. § quotiens. 2. ff solut. matrimon.* ubi Ulpianus, *Quotiens*, inquit, *mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus: si maritus satisdare non possit: tunc, deducto commodo temporis, condemnatio residui repræsentatur*, &c. Satisdare autem, est proprie fidejussoribus cavere. *l. 1. in fine ff. qui satisdare cogantur.* Et quòd de marito Ulpianus loquatur, qui constante matrimonio ad inopiam vergit, ex responsi principio patet. Nihil, inquam, lex illa resistit. Quandoquidem in allegato § quotiens non agit Jurisconsultus de dotis repetitione, quæ fit constante matrimonio ob inopiam mariti imminentem: sed de dotis repetitione, quæ fit matrimonio jam soluto. Idque colligitur ex his verbis: *de solutione dotis post certum tempus.* Tempus sane hic intelligitur, non, quod constante matrimonio est: quia ut ob inopiam emergentem dos repetatur certo tempore, concludi non potest: sed tempus intelligitur pacto conventum, intra quod, soluto matrimonio, dos reddi debebat, aut caverit de eo 1: & *l. Atilicinus 17. ff. de pactis dotalib.* Præterea idem convincunt illa verba: *tunc deducto commodo temporis*, &c. Etenim si constante matrimonio dos repetatur: nulla fit temporis deductio: cùm omne illud commodum cedat lucro mariti in compensationem oneris matrimonialis. *l. pro oneribus. 20. Cod. de jure dot.* Et licet in principio *dictæ l.* si constante de dotis repet tione, quæ fit constante matrimonio, tractetur non tamen protinus consequens est, de eadem quoque agi in d. § quotiens. quia directo cum principio legis non cohæret. Sed & (citra veritatis præjudicium) concesso, quòd ex d. § quotiens colligi possit: Ulpiani ætate licuisse pacto convenire, & ultro uxori fidejussorem dare dotis causa constante etiam matrimonio: id tamen nunc merito fieret propter recentiores constitutiones, jus vetus illud & consuetudinem prohibentes atque tollentes. Auctores siquidem dicta l. 2. & d. l. 2. C. ne fidejussor. dot. dent. tempore posteriores esse, & auctoritate majores Ulpiano, nemo non perspicit, docente D. Gasp... *de contrah. & committ stipul. c. 6. concl. 23. n. 385. & seqq. ubi & alia argumenta, non multum ad rem facientia, elidit.* De intellectu *dictæ l. si constante. 24. §. quotiens. 2. ff. sol. matrim.* videatur quoque Heringius *d. tr. de fidejussor. c. 6. n. 188. & seqq.*

21 Denique nihil obest, quòd favori pro se introducto quilibet renunciare queat. *l. penult. Cod. de pact. l. pactum. 46. ff. eod. l. sed & p. 4. §. quaf. tum. 4. ff si quis cautionib. in judicio sistendi.* & *c. l. si judex. 41. ff. de minorib. l. potest heres 7. §. ad leg. Falcid.* ac proinde etiam maritus prohibitioni *dicta*

22 *l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent.* sponte obviare possit. Nam ut renunciatio alicujus juris, pro aliquo introducti, obtineat; necessario hæc tria intervenire & concurrere debent. I. Ut sit tantum jus positivum, mere in alicujus solius favorem introductum, non simul concernens publicam utilitatem. *l. jus publicum. 38. ff. de pact. l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. l. nec ex prætorio. 27. ff. de reg. jur.* II. Ut renunciatio non inducat aliquid contra bonos mores, nec det occasionem ad delinquendum. *l. alia causa. 1. . § 1 ff sol. matrim.* III. Ut renuncians sit talis, qui sibi præjudicare possit. Cum igitur *d. l. 2. Cod. ne fidej. dot. dent.* in publica utilitate, in morum reverentia, & vitanda delinquendi occasione, apertissime sit fundata; manifestum fit, ejus renunciationem marito permissam non esse, *juribus traalleg atis, & bene tradidit Heringius d. cap 6. n. 182.* Quibus ita breviter discussis; merito concluditur, a volente etiam marito fidejussorem, pro dote conservanda, dari minime posse.

Utrum obligationi, quæ ex delicto descendit, fidejussor 23 accedere possit, vehementer controvertitur? Sed cum delicta quædam pecuniariam solummodo pœnam contineant; quædam vero pœnam capitalem seu corporalem mereantur; idcirco de iis distincte, more aliorum Interpp. tractabimus; prout etiam fecimus ad §. sed si... 2. n. 2... & *seqq. infr. de satisdationib.* Quod igitur ad delicta, propter quæ pœna tantum pecuniaria irrogari solet, attinet: de illis non dubium videtur, quin reus, ob hujusmodi delictum in carcere detentus, datis fidejussoribus, custodia & carcere sit relaxandus, quantumvis in flagranti crimine deprehensus, aut etiam delictum judicialiter confessus fuerit. Nam primo manifesto manifestius est, quod per datum fidejussorem 24 certior sive securior fiat accusator vel fiscus de solutione pœnæ istius pecuniariæ; adeoque judicium, fidejussoris datione, non eluditur, nec executio impeditur, sed promovetur potius. Si enim ipse principalis, quod vel absens & fugitivus, vel solvendo non sit, pœnam non solvat, eam fidejussor solvere compellitur. Deinde nihil quicquam interest actoris vel fisci, uter pœnam illam pecuniariam solvat, ipsemet reus, an fidejussor, vel quis alius, *arg. l. solutione. 23. & l. solvere 53. ff. de solution.* Quare esti carcere liberatus reus aufugiat: pœnam tamen non evitat; nec etiam actor aut fiscus, cui pœna applicanda venit, ea defraudatur. Præ- 25 terea huc confert textus *in l. 1. vers. hos autem vel pro criminis quod objicitur, qualitate. ff. de custod. & exhib. reor.* ex quo indistincte evincitur, quòd si delictum non sit ita grave, ut corporis habeat pœnam afflictivam, sed solum pecuniariam, reus non sit in carcerem conjiciendus; vel, si eo detineatur captivus, dato fidejussore dimittendus. Eodem in 26 super facit *l. si a reo. 70. §. ult. ff. hoc tit.* ubi Cajus JC. simpliciter respondet, quod in crimine furti, cujus pœna jure Justinianeo pecuniaria est. *§. pœna manifesti. 5. §. ult. inf. de oblig. quæ ex del. nascunt. l. de his. 1. & l. falsus. 19. Cod. de furtis.* fidejussor accipi possit a reo furti; propterea quòd 27 magna ratio suadeat, pœnas ob maleficia solvi, id quod fidejussoris datione efficiatur. Et ita quamvis in *d. l. 70.* de furti crimine certo constaret, tamen fidejussorem admitti Jurisconsultus statuit.

Nec hanc sententiam offendit *l. si confessus 5. ff de custod. & exhib. reor.* ubi Venulejus, *si confessus* inquit, *fuerit reus; donec de eo pronuncietur in vincula publica conjiciendus est.* 28 Nam præterquam quod (ut aperte liquet ex inscriptione ejus, quæ sic habet, *Venul. Saturnin lib. 2. de publicis judiciis*) lex illa loquitur de criminibus gravioribus capitalibus, vel corporis coercitionem habentibus; comode sic accipi poterit, quod reus confessus donec de eo pronuncietur, in vincula publica sit conjiciendus, nisi velit fidejussorem dare, & de judicio sisti, deque pœna ipsi decernenda cavere. Atque ita scribunt & docent *Jacobus Menochius lib. 2. de arbitr. jud. cent. 4. cas. 303. n. 6. 7. 8. & 12. Gaudens de Caimment. de contrab. & committ stipul. c. 6. concl. 23. n. 428 cum seqq. Arum. Exer. Just. 13 th. 13. And. Gerb. d. dec. 14 9 4. & Hunn. d. lib. . var. re. ol. jur. civ. tr. 5 q. 4.* Tametsi interpretes alii in diversa opinionum divortia abeant. *Hippolyt. de Marsil. in pract. crimi. §. attingam. n. 3. & seqq. Petr. Faberius in pract. crim. in verb. ex ... liberentur. & c. Jod. Damhoud. in praxi rer. crim. c. 20. n. 1. Coler. in decis. Germ... decis. 29. n. 18. & rursus decis. 107. n. 5. cum seqq. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 10 n 396. & seqq. & cæteri.*

Atque

Digitized by Google

Atque hactenus de eo casu, quo pro crimine commisso pœna pecuniaria est præstanda. Si verò corporalis, sive sanguinis, sive alicujus alterius gravioris coercitionis pœna reo carcerato infligenda sit, puta quia commisit homicidium, vel crimen læsæ majestatis, aut cudit falsam monetam, vel quid simile fecit: hoc casu, oblatam à reo cautionem fidejussoriam acceptari non debere, etiamsi vellet mille dare fidejussores, Doctores communiter tradiderunt *Bald. in l. 2. col. 1. in fine. Cod. de exhibend. & transmitt. reis. & l. eos. 6. §. super his. Cod. de appellationib. Angel. Aretin. in tr. malefic. in verb. fama publica. vers. decimò quartò. n. 66. Gomez. tom. 3. var. res. c. 9. n. 8. Clarus lib. 5. sent. §. fin. q. 46. n. 7. Covarr. l. 2. var. resol. c. 8. n. 8. Nevizan. cons. 61. n. 22. Joh. Saixon. in consuet. Turon. tit. 1. §. 24. Gloss. 3. vers. quæro decimo sexto. Ant. Cordub. de Lara, in repetit. l. si quis à l. 5. §. sed utrum. 1. n. 23. ff. de liber. agnosc. Fichard. cons. 66. n. 5. part. 1. Euan. Soar. in thes. recept. sent. lit. F. n. 144. Valent. Franc. in tr. de fidejuss. c. 3. n. 201. cum seqq. Farinac. in praxi crim. t. de carcer. & carcerat. quæst. 33. reg. 1. n. 151. & seq. M. Ant. de Amatis decis. 101. incip. secutâ carceratione. n. 9. & 10. Rutger. Ruland. de Commiss. part. 4. l. 6. c. 4. n. 46.* hosq; laudans *Hering. d. c. 10. n. 408. & seqq.* Cæterùm alii intrepidè concludunt, & isthoc casu fidejussorem admittendum, eoq; dato reum à carcere relaxandum: sic tamen, ut arbitrio & discretioni judicis relinquatur dijudicare, consideratis diligenter delicti circumstantiis, & personæ conditione ac qualitate, quando fidejussor admitti & reus custodiâ relaxari possit. *d. l. 1. 2. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. l. eos. 6. §. super his. 3. Cod. de appellation. Menoch. d. l. 2. de arbitr. jud. cas. 303. n. 16. & 17. Wesenbec. in paratit. ff. hoc tit. n. 4. vers. sed an in criminalib. & c. Gadd. d. c. 6. concl. 23. n. 416. cum seqq. Arumæus d. Exerc. Just. 23. th. 13. Guil. Forster. l. 3. tract. Just. disp. 17. th. ult. Hanon. disp. 15. ad Instit. sub controv. 5. Gerh. d. decad. 14. q. 4. & Hunnius d. l. 3. tr. 5. q. 5. nec non in resol. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 3. q. 18. pag. 192. & seqq.* Idque & nos explicatiùs probavimus *in d. §. sed hodie 2. n. 33. & aliquot seqq. infr. de satisdat.*

30 Nec obstat huic conclusioni *l. liber homo. 13. in princ. ff. ad leg. Aquil.* ubi dum Ulpianus ait, neminem esse dominum membrorum suorum: inde dicendum videtur, quòd fidejussor in causis capitalibus pro reo intercedens, ad pœnam corporalem se obligare non possit. *Nam respondetur:* fidejussorem in causis capitalibus admitti, non ut pœnam corporalem promittat, ad quam reus tenetur: sed ut in se recipiat, reum judicio sistere & præsentare. Enimverò si eveniat, ut reus ille aufugiat, ita ut fidejussor nequeat eum exhibere aut præsentare: hoc utique casu fidejussor non eâdem pœnâ, quâ reus criminis convictus afficiedus foret, sed extraordinariâ arbitrio judicis plectitur. *l. si quis reum. 4. ff. de custod. & exhibit. reor. Bachovius hic n. 1. pag. 785.*

31 Minùs obstat *l. Divus Pius. 3. ff. d. tit.* ubi Ulpianus ex epistolâ Divi Pii refert: non esse in vincula conjiciendum eum, qui fidejussores dare paratus est: nisi tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, verùm hanc ipsam carceris pœnam antè supplicium sustinere. *Etenim* in istâ lege non quodvis intelligitur capitale crimen, quod grave sit, sed illud duntaxat capitale crimen, quod ita sit grave, ut hanc ipsam carceris etiam pœnam reus ante supplicium sustinere debeat: cujusm. est crimen læsæ majest. parricidii, latrocinii, raptûs cum incestu, &c. Et cùm saltem hoc criminis genus atrocissimum excipiat Jurisconsultus: censetur in cæteris omnibus capitalibus criminibus arbitrio judicâtis relinquere, utrùm fidejussorem admittere velit, *arg. l. cùm prætor. 12. in pr. ff. de judic. Gadd. d. c. 6. n. 418.* Adhæc *dicta l. 3.* non loquitur de fidejussore dando, ob relaxationem carceris ob custodiam, sed propter relaxationem carceris ad pœnam, hoc est, ejus carceris, qui pœnæ causâ decretus est. A carcere, quo pœnæ loco reus detinetur, fidejussoris datione non relaxari aut liberari reum, facilè conceditur. *Hunn. d. quæst. 5. vers. denique; & ideo, &c.*

32 Multò minus obstat *suprà adducta l. si confessus. 5. ff. de custod. & exh. reor.* ubi absq; ullâ distinctione dicitur, quòd reus crimen confessus, donec de eo pronuncietur, in vincula publica sit conjiciendus: adeoq; pro reo criminis capitalis fidejussor non admittendus. *Nam* illud proculdubio temperamentum accipit *ex d. l. eos. 6. §. 3. Cod. de appellat.* & ita limitatur: nisi reus, crimen confessus, fidejussorem dare paratus sit, *ut explicatum suprà n. 24.* Etenim textus cum textu conferri debet, ita ut id, quod in uno textu generaliter dictum est, ex alio restrictionem & declarationem accipiat, *arg. l. incivile. 24. & l. non est novum. 26. ff. de legib.* Vel certè *dicta lex 5.* sic limitanda erit: nisi tam grave sit scelus, ut reus neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, *juxta d. l. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. & notata Hunnii d. quæst. 5. in fine.* Plura noviter istâ de quæstione comportavit Dn. Collega Bocerus *in hoc tit. n. 92. cum multis subseqq. p. 315. & seqq.* Bachovius *in not. & animadvers. ad Treutl. d. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. A. p. 910. & seqq.* Balthasar Amescua *in tr. de potestate in se ipsum l. 1. c. 14. n. 6.* huncque referens Antonius Merenda *lib. 5. controvers. jur. cap. 13. pag. 369. & seqq.*

Expeditæ modo quæstioni vicina illa controversia est: utrùm ad carceres pro debitore principali fidejubendo quispiam sese adstringere possit, adeò, ut si non solvat principalis, tum fidejussor in carcerem detrudatur? Et licet multi negativè respondeant, *Speculator in tit. de renunciatione & conclusione. §. item est beneficium. n. 29. Bartol. & ad eum Albanus. Imol. Alexand. Angel. & Roman. in l. alia. 4. §. eleganter. ff. sol. matrim. Salicet. in l. 1. C. qui bon. ced. poss. & Felin. in c. ex rescripto. 9. de jurejurand. Bachovius in dict. not. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F. vers. hinc. & ad carceres pag. 937. & seqq.* contrarium tamen hisce potissimum defendi solet argumentis. I. Omne factum licitum & honestum in stipulationem deduci, & stipulatione promitti potest. *l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. obligat.* Atqui aliquem pro debito per magistratum carcerari, est factum licitum & honestum, *arg. l. nemo carcerem. 2. vers. vel certè si quis, & c. C. de exactorib. tributor. Berlich. part. 2. conclusion. practicab. conclus. 27. n. 28.* II. In *d. c. ex rescripto. 9. de jurejur.* habetur: obsides dari posse pro debito pecuniario; & valere pactum, ut si creditori satisfactum non fuerit, tum in obstagio esset debitor, vel ipsius fidejussor, hoc est, in loco convento sese sisteret, nec recederet, donec promissa adimpleverit. Obstagium autem censetur species carceris, *arg. l. succurritur. 9. & l. nec non 28. §. 1. ff. ex quib. caus. majores, &c. Vide Bacchovium in dictis not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F. vers. hinc obstagii pœnam. p. 939. & ibidem Hunnium in resolut. quæst. 30. p. 213. itemq; D. Besold. in thesauro pract. lit. L. n. 36. p. 513. & seq.* Igitur conventio, quâ liber homo se ad carcerem obligat, valere videtur. III. Ulpianus *in l. quod & lex. 3. §. si quis. 5. ff. de homine lib. exhibend.* apertè scribit: Si quis volentem retineat, non videri dolo malo retinere. Jam verò qui ex conventione debitorem in carcerem auctoritate magistratûs detrudit, donec solvat, detinet volentem. cùm semel is in hoc consenserit: nec attendatur, quòd nunc dissentiat, *arg. l. si ut 5. Cod. de obligat. & actionib.* Ergò, qui in carcerem debitorem, vel ipsius fidejussorem conjicit, cùm ad hoc prius ille conventione sese obligarit, dolo non facit, sed jure suo utitur. IV. In *l. Titius servum. 9. ff. de servis exportand. & l. si quis sub hoc pacto 56. ff. de contrah. empt.* traditur: quòd, accedente pacto de manûs injectione, regulariter permissa sit detentio. Nec moverit; hosce textus loqui de servis: ac proinde, cùm dicantur esse in bonis nostris, *§. 2. seqq. supr. de jure person. §. item ea, quæ ex hostibus. 17. supr. de rer. divis.* de illis faciliùs hujusmodi valere conventionem: at nihil quicquam agere textus illos de hominibus liberis, qui hominum commercio exempti sunt *§. ult. infr. de empt. & vend.* Etenim nihil diversitatis subesse videtur, quare manûs injectio ex pacto non ita debeat contra debitorem concedi, prout tribuitur adversus alienum servum: cùm, in proposito, servus venditus & traditus emptori, tam quoad dominium, quàm etiam quoad possessionem, in nostra potestate esse desierit. *§. per traditionem. 40. supr. de rer. divis. & l. traditionibus. 20. Cod. de pactis.* Atq; hisce, & similibus rationibus hanc sententiam defendunt *Udalricus Zasius lib. 2. singularium respons. c. 8. Henning. Gœdd. consil. 2. lib. 9. n. 59. & seqq. Mynsinger. cent. 6. observ. 51. n. 3. & seqq. Andr. Clud. de sequestrat. c. 1. n. 106. Coler. in process. execut. part. 1. c. 6. n. 44. cum seqq. Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 4. sub lit. F. eosq; citans Hunnius d. l. 3. var. resol. jur. civ.*

33 34 35 36 37

Digitized by Google

8 *reg jur.* Conventio quippe & pacta dant legem contractui. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. dep. f. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. c. contract. 85. eod. in 6.* Actum autem aliud censetur, si in instrumento cautionis expressum sit, quòd fidejussor duntaxat, vel solus fidejussor, non etiam ipsius heres, obligari debeat. Quotiescunque enim aliquid additum est, ex quo apparet, contrahentes ad propriam ipsorum personam respectum habuisse, & ad semetipsos contractum coarctare voluisse, toties obligatio, quæ ex sui natura etiam heredes comprehendit, propter verba illa restrictiva, ad heredes non transit. *l. juris gentium. 7 § pactor. 8 l. & heredi. 21. §. ultim juncta l seq l. si unus 27. §. pacta. 4. vers. ante omnia. ff de pact l. si necessarias 8 ⁊. de vendendo. 3. ff. de pignor. act l. non solum. 8. ⁊. tal. 3 ff de liberat. legat. Tiraquell. de retract convent. §. 1. gl. 6. num. 2. & seqq. Joan Jacob. Plebst. disp nov. antiq. 2. th. 53. sub lit. a. Hartman. Pistoris part. 2. quæst. 26. num 3 ubi ad hoc plures allegat.* Eandem sententiam in terminis amplectuntur. *Matt. Coler. in tr. de process. execut. part. 1. c. 10. num. 318. Francus in tr de fidejuss. c. 5. num 87. & seqq. Bachovius in not. ad Treutl. vol. 2. disp 24. th. 5 lit B.*

9 *vers excipe tamen. &c. pag. 942. & ibidem Hunnius in resol. vers limitatur, &c. pag. 217.* Tametsi contrariam opinionem longè veriorem esse, judicet, *post alios*, Berlichius *d. conclus. 26 n. 19. & seqq.* Idem statuendum est, si conventio inita proponatur inter creditorem & debitorem, de substituendis sive subrogandis in locum demortuorum aliis fidejussoribus. Nam hæc conventio similis est priori: quoniam & in ea id tacite actum fuisse videtur, ut fidejussio tantùm ad vitam fidejubentis duraret, & post mortem ipsius statim exspiraret, adeoque heres ejusdem conveniri nequiret, *arg § at si ita. 3 verb. quoad vivam supr. de verb. obligation. & l penult ff hoc tit. Hegius hic num. 5. Wesenbec consil. 14 n 8. & 86* Atque ita in Dicasteriis Lipsiensi & Jenensi jam dudum de jure uniformiter responsum fuisse, testatur Coler. *de process execut part 1 cap. 10. num. 280 in fin. & decis. German. 30. n 6 & seqq* eumque referens Heringius, *d. c. 20. ⁊. 10 n. 63. ubi plura observatu perdigna diligenter declarat.* Idem refert Berlichius *d. part. 2 conclus. 26 num 14. & seqq ubi & alias nonnullas restrictiones ad lucit.* Adde Dn. Collegam Besoldum *consil. 35. num 4 & seq. vol. 2 pag. 50. item consil. 72. num. 34. & seqq. pag. 904.*

§. *Fidejussor & præcedere.* 3.

Fidejussor & præcedere obligationem, & sequi potest.

SUMMARIA.

1 *Fidejussor & sequi & præcedere principalem obligationem potest.*
2 *Fidejussoria obligatio est accessio quædam.*
3 *Accessio rem principalem sequitur.*
4 *Fidejussor sub conditione accipi potest.*
5 *Servitus quatenus futuro ædificio constituatur.*
6 *Explicatio & consideratio l. si debitori. 47. §. 1 ff. hoc tit.*
7 *Mens & sententia l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligat.*
8 *Differentia inter fidejussorem, & mandatorem atque constitutorem.*
9 *D. Boceri dissentientis instantia diluitur,*

1 FIDEJUSSOREM & sequi & præcedere principalem obligationem posse, non solum Justinianus hoc loco disertè adstruit: verùm etiam liquido constat *ex l potest. 4. in princ. & stipulatus sum. 6. ⁊. ult ff. boc tit.* itemque *l. non quemadmodum 35 ff. de judiciis & l eo tempore. 10. in princ. vers. sed fidejussorem. ff de peculio.* ubi etiam futuræ obligationi fidejussor rectè adhibetur. Non obstat, quod fidejus-

2 soria obligatio sit accessio quædam principalis alicujus obligationis. *⁊ fidejussores. 5 infra, hoc tit l. generaliter. 5. ibi, ex causa accessionis. & l. bi. qui accessionis. 34. ff. eod.* Ac-

3 cessio autem natura rem principalem sequatur, non præcedat. *l. cum principalis. 178. ff. de reg jur. accessorium. 42. eod in 6.* Nam respondetur: fidejussoriam obligationem præcedere quidem posse principalem obligationem ordine temporis, & conceptu verborum: sed effectu & re ipsâ non item. Quia antequam reus principalis debeat, fidejussor conveniri non potest *l. fidejussor, antequam. 57 ff. hoc tit.* hoc est, isthæc futuræ obligationis fidejussio tum demum effectum habet, cùm obligatio subsecuta fuerit. Fidejussorem siquidem etiam sub conditione accipi posse, 4 apparet *ex d. l stipulatus sum. 6. ⁊. 1 ff. eod. Et ita tradunt Cantiunc. Porcius, Mynsinger. & Giphanius in hoc §. nec non Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit F q. 22. p. 200.* Sic quoque servitus prædii, quæ 5 prædii adjunctum & accessio est, potest imponi & constitui ædificio futuro, promissione scilicet, sed non revera, nisi extructo ædificio. *l si servitus. 23 § ultim. ff de servitutibus prædior. urban. l. Labeo. 10. ff. de servitutib. præd. rustic. & explicatum ad §. ideo 3. n. 3. supr de servitutibus præd* Quod autem fidejussio illa non ex præsenti tempore 6 vires habeat: sed ex tempore principalis obligationis existentis robur capiat, colligitur *ex l si debitori. 46. § 1. ff. hoc tit.* Namque in facti specie ibi proposita filiusfamilias crediturus alicui pecuniam ex peculiari causa, accepit fidejussorem futuræ illius obligationis nomine: sed emancipatus postea credidit pecuniam. Fidejussor ille non patri, sed filio jam emancipato obligatus dicitur: quia eo tempore, quo cœpit principalis obligatio ob creditam pecuniam, filius ille non ampliùs fuit in patria potestate. Cæterùm quòd illic filio, *humanitatis intuitu*, actio ex fidejussione dari dicitur, hoc est, utilis actio, non directa: ideo fit, quòd tempore fidejussionis filius adhuc erat in patria potestate: proindeque patri directa actio competere videbatur: cùm obligatio & actio à filiofamilias quæsita, ne momento quidem in persona filii constitisse existimetur. Quia verò non patri, sed ipsi filio ex ea fidejussione competit actio: inde manifestum evadit quòd fidejussio futuræ obligationis nomine facta, non ex die interpositæ fidejussionis; sed ex tempore principalis obligationis, vires capiat.

Cui non obsistit textus *in l. si filiusfamilias. 78 ff. de* 7 *verb. obligationib.* ubi Paulus, *Si filiusfamilias*, inquit, *sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit: deinde extiterit conditio: patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.* Nam inter stipulationem principalem, & accessoriam obligationem ex fidejussione distinguendum est. Principalis stipulatio facta sub conditione, quodammodo statim ex præsenti tempore vires accipit, quamvis ex ea petitio suspensa sit. *l cedere diem 213 ff de verb. signific.* Quod autem quodammodo statim cedat dies stipulationis conditionalis, liquet ex eo, quòd hæc stipulatio etiam ad heredes transit, *§. sub conditione. 4. vers ex conditionali. supr. de verb. obligat.* Ast accessoria stipulatio in futurum collata, vel sub conditione facta, vires non statim accipit ex præsenti tempore; sed est in suspenso, quoad existat aliqua principalis obligatio. Accessoria itaque ex principali pendet: principalis per se subsistit, nec pendet aliunde: aliqui non esset principalis. *l. a diserte hoc explicat D. Collega Bocerus in h. c t t. num. 1 2. & seq. pag. 218* Porrò quod 8 hic dicitur, fidejussorem præcedere & sequi obligationem posse in eo ipse à mandatore & constitutore differt. Mandator etenim præcedit tantum obligationem principalem *l si verò 12. §. f. post creditam. 4 l si mandavero. 22. in princ. & § 1. l si quis. 27. in princ ff mand t.* constitutor verò eam sequitur. *l. 1. ⁊. an potest. 5 & seq. ff de constit. pecun. & notant Eguinarius Baro & Mynsinger. hic numero 2. Francisc Connan. lib. 6. Commentar juris civil. cap. 6. num. 1.*

Cæterùm hoc discrimen inter fidejussorem & mandato- 9 rem non rectè intelligit Dn. Collega Bocerus, *dum in hoc tit. in stro, num . pag. 204* inquit: mandatum sæpe numero sine alia præcedente vel sequente obligatione consistere. Etenim mandatum, de quo hic loquimur, non refertur ad principalem obligationem, quæ nulla ex parte attingit mandatorem: sed consideratur ratione obligationis fidejussoriæ, quæ sequitur mandatum. Et licet subsequens ratihabitio mandatum inducat: attamen inspecta fictione juris, qua retrotrahitur ratihabitio, etiam hic mandatum præcedere intelligitur. Vera ergo manet illa differentia inter mandatum & fidejussionem: quòd illud tantum præcedat obligationem: ut noviter quoque bene sentit D. Bachovius *in not. ad Treutler. vol. 2. part. 2. pag. 892.*

§. Si

[illegible] & si plures. 4.

Si plures sint fidejussores : quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modò solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit : hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit : hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit : & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

SUMMARIA.

1 *Si plures idem debitum fide sua esse jubeant : singuli in solidum obligantur.*
2 *Correorum quæ sit conditio.*
3 *Creditor, reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest.*
4 *Jure novo inter fidejussores obligatio æqualiter, pro virilibus partibus dividitur.*
5 *Quod quidem procedit, si modò omnes fidejussores sint solvendo litis contestatæ tempore.*
6 *Divisio [illegible] ipso jure, sed ope tantùm exceptionis.*
7 *Si fidejussor [illegible] divisionis beneficium omiserit, & solidum [illegible] : an quod amplius parte sua [illegible], à [illegible].*
8 *Num fidejussor, [illegible] parte sua [illegible], à reliquis [illegible] repetere queat.*
9 *[illegible] obligatio.*
10 *Cui competat negotiorum gestorum actio.*
11 *Divisionis exceptio quando opponenda sit.*
12 *Quibus casibus divisionis beneficium cesset.*
13 *Intellectus l. pupillo. 6. ff. de [illegible] & nominator. tutor.*
14 *Consideratio l. si [illegible] ff. eod. tit.*
15 *Divisionis beneficium non habet, qui se fidejussisse negavit.*
16 *Item, qui ei renunciavit.*
17 *Item cessat [illegible] beneficium, si mulier & Titius pro Cajo fidejusserint.*
18 *Scire debere, & scire posse, paria sunt.*
19 *Consideratio l. 17. §. ult. & l. 18. ff. ad SC. Velleian.*
20 *Consideratio l. si sponsus. 5. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.*
21 *Consideratio l. si paternam. 8. C. ad SC. Velleian.*
22 *Cessat divisionis beneficium, quando fidejussor alium fidejussorem dedit.*
23 *Plures fidejussores, qui se ad factum obligarunt, divisionis beneficio non gaudent.*
24 *In obligationibus obstagiorum, isti beneficio non est locus.*
25 *Ordinis seu excussionis beneficium quando habeat locum.*
26 *Exceptio dilatoria ante litis contestationem opponenda.*
27 *Principalis debitoris excussio usque ad peram & saccum fieri debet.*
28 *Quibus casibus excussionis beneficium non procedat.*
29 *Juri suo quisque renunciare potest.*
30 *Utrum fidejussor, qui se ut principalem obligavit, ordinis beneficio renunciasse censeatur.*
31 *In contractuum instrumentis nullum verbum debet esse otiosum.*
32 *Verba contractuum accessoria magis ex stylo & consuetudine Notariorum, quàm ex mente contrahentium, adjici solent.*
33 *Contrahentes per pacta sua formam contractui dare dicuntur.*
34 *Renunciare nihil aliud est, quàm se principaliter constituere.*
35 *Nemini licet adversus sua pacta venire.*
36 *Verbis, vel facto se [illegible] censetur.*
37 *Ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficit.*
38 *Novatio quando inducatur.*
39 *Sententia Novell. 4. c. 1. & Novell. 136. in prim. & c. 1.*
40 *Aliud reum principalem, aliud conjunctum: item aliud conjunctum, aliud fidejussor.*
41 *Numquid fidejussor excussionis beneficio renunciasse existimetur, si jurejurando se obligaverit.*
42 *Juramentum induit naturam contractus, cui [illegible].*
43 *Natura obligationis [illegible] quæ.*
44 *Excussionis exceptio [illegible] aliter.*
45 *Juramentum ad incogitata, & futura extendi non debet.*
46 *Quomodo juramentum sit servandum.*
47 *[illegible] intelligitur.*
48 *Sensus cap. ex rescripto. 9. ext. de jurejurando.*
49 *Fidejussor subsidiarius sive indemnitatis, ordinis bene[illegible] renunciare nequit.*
50 *Excussionis beneficium non habet fidejussor, si debitor principalis sit absens, ita ut sine magna difficultate conveniri non possit.*
51 *Si debitor notoriè solvendo non est, prædictum beneficium cessat.*
52 *Item cessat, si fidejussor se fidejussisse inficietur.*
53 *Lex mendaces odio habet.*
54 *Propria mendacii pœna est, ut ei, etiam vera dicenti, non credatur.*
55 *Legis auxilium frustrà implorat, qui in illam committit.*
56 *Excussionis beneficium non admittitur, si pater pro filio fidejusserit.*
57 *Item si fidejussor debitori succedat.*
58 *Cedendarum actionum beneficium quale.*
59 *An fidejussor actionum cessionem non solùm ante, vel in ipsa solutione, sed etiam post factam solutionem, petere debeat.*
60 *Enucleatur l. cum is, 36. ff. hoc tit.*
61 *Non omnium unà sunt quantitates.*
62 *Emptori quando actio empti competat adversus venditorem.*
63 *Solutione debiti omnis obligatio tollitur.*
64 *Donatio non præsumitur.*
65 *Mens & sententia l. Modestinus. 76. ff. de solutionib.*
66 *Num fidejussori solidum solventi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confidejussores cedi debeat.*
67 *Quibus casibus cedendarum actionum beneficium cesset, remissive.*
68 *Utrum exceptiones, debitori competentes, ejus quoque fidejussoribus dentur.*
69 *Omnes exceptiones reales, quæ debitori competunt, etiam fidejussoribus tribuuntur.*
70 *Exceptiones reales cur ita dicantur.*
71 *Exceptiones personales ad fidejussorem non porriguntur.*
72 *Privilegia, in gratiam alicujus personæ concessa, illam personam non egrediuntur.*
73 *Pactum personale non extenditur ad aliam personam.*
74 *Intellectus l. in persona. 32. ff. hoc tit.*
75 *Fidejussor non in plus, sed arctius, obligari potest, quàm principalis.*
76 *An beneficium restitutionis in integrum minoris, etiam fidejussoribus prosit.*
77 *Quatenus, liberato debitore principali, accessiones quoque liberentur.*

Hic quoque de effectu fidejussionis tractatur, & docetur: quòd etsi plures idem debitum fide sua esse jusserint : singuli tamen in solidum, & non in partes viriles, obligentur; sic ut creditor à singulis, & à quocunque velit, totum suum debitum petere possit. *l. non rectè. 3. & l. reos. 23. C. hoc tit.* Ratio est perspicua: tum quia plures isti sunt correi promittendi: quorum hanc esse conditionem, ut singuli in solidum teneantur, liquet ex § 1. *supr. de duob. reis stipuland. & promitt. l. 2. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis constituend. l. 2. Cod. eod. & notat Hotoman. hic enunciat. 1.* Tum quia id agitur fidejussoribus, ut cautum sit creditori, *per principium hujus tit.* Optimè autem ei cautum est, si singuli in solidum teneantur, *tradente hic Giphanio.* Quinimò creditor, etiam reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest. *l. si mandavero. 22. §. interdum. 2. ff. mandati. l. jure nostro. 5. l. liberum 16. l. omissis. 17. l. si alienum. 19. l. sententia 20. & d. l. reos. 23. C. hoc tit.* Verùm hæc duo posterioribus Imperatorum constitutionibus immutata sunt, & correcta. Etenim prius, de quo hic agitur, & quo dictum est, plures fidejussores in solidum singulos teneri, & à singulis id peti posse, Imper. Hadrianus correxit, sanxitque : ut obligatio inter fidejussores æqualiter pro virilibus partibus dividatur: hoc est, ut creditor non amplius solidum, sed partem à singulis petat. Quod tamen primùm ita accipiendum; si modò omnes fidejussores sint solvendo litis contestatæ tempore, sive cùm creditor ab iis petit. Ideoque si quis ex fidejussoribus ante exactam à se partem sine herede decesserit, vel litis contestatæ tempore non sit solvendo; hoc ad cæterorum onus respicit. Si verò post litem contestatam fortunæ ludibrio bonis illorum aliquis labatur, creditori nocet, nec obest confidejussoribus, *hoc §. nostro v. sed ex epistola, & ibique Mynsing. n. 4. l. inter fidejuss. 26. cum duab. ll. seqq. ff. h. t. d. l. 3. in fine. & l. fidejuss. 10. §. 1. Cod. eod. Gail. in Comm. de contrah. & committ. stip. c. 9. concl. 5. n. 10. & seq. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 28. Ant. Hering in tr. de fidejussorib. c. p. 27. part. 2. num. 17. & seqq. Valentin. Franc in tractat. de fidejussorib. cap. 5. num. 162. & seqq.* Deinde illud ita intelligendum : ut isthæc divisio non fiat ipso jure, sed ope tantum exceptionis. *d. l. inter fidejussores. 26. & l. si contendat 28. ff. hoc tit.* In quâ lege 28. fidejussor nequa-

Digitized by Google

nequaquam (*ut opinatur hic Anton. Pichardo Vinuesa Hispanus. num.* 24.) actionem instituit pro obtinendo beneficio Epistolæ divi Hadriani: sed creditoris molestiam fortè subveritus, contendit: confidejussores suos esse solvendo, & ob id se non debere lacessiri judicis officium implorando, ut is declaret & pronunciet, sibi exceptionem competere, seq; liberatum esse ab actione, quæ in se creditori competierat, aut adhuc competere posset; contendit, *inquam*, fidejussor per modum vel exceptionis, sive depulsionis, vel simplicis querelæ, aut supplicationis, non per viam alicujus actionis. Quæ sanè hic ne somniari quidem potest: cùm ad beneficium divisionis non aliter deveniat fidejussor, quàm si à creditore, in excusso principali, relictisque confidejussoribus, solvendo adhuc existentibus, solus conveniatur. Quamdiu igitur tacet creditor, tamdiu etiam facilè fidejussor tacere potest, nec opus habet, ut actionem aliquam instituat. *Idque exquisitius declarat Heringius d.c.27. part. 2. n. 15. & seq Borcholt. in Comment. de pact. c. 5. n. 80. item Heigius hic n.6. & sequente.* Vide Bachovium *in not. & animad. ad Treutler. vol.2. disp.28. th.5. lit.F. p.958. & seq.*

7 At quid juris, si fidejussor conventus hanc exceptionem, sive hoc divisionis beneficium omiserit, & solidum creditori solverit: ecquid quod amplius parte suâ solvit, à creditore tanquam indebitum repetere poterit? Id quod negat hic Imperator: & rectè quidem. Sibi enim imputare debet fidejussor, quòd exceptionem istam non opposuerit; & ut, pro parte in se daretur actio minùs desideraverit, *per hunc §. nostr. vers. sed si ab uno, &c. l. ut fidejussor. 39. & l. si testamento. 49. §. 1. v. quòd si duo. ff. hoc tit. Franc. d.c.5 num.443. Hering. d.c. 27. part. 2. n. 84.*

8 *& seqq.* Nunquid verò fidejussor, quod amplius parte suâ exsolvit, id à reliquis confidejussoribus repetere poterit? Id ipsum quoque negari videtur *hic in fine & d.l. ut fidejussor. 39. ff. hoc t. & in l. cum alter. 11. Cod. eod.* Ratio e-

9 jus, hæc est: quia inter confidejussores nulla contrahitur obligatio: ac proinde nulla competere potest actio, *d. l.*

10 *cum alter. 11. C. hoc tit.* Et quamvis regulariter huic, qui alterius negocium utiliter gessit, aut dissolvit debitum, negociorum gestorum actio detur. *l. 2. l. si pupilli 6. §. 1. cum seq. ff. de negotiis gestis* illa tamen fidejussori adversus confidejussorem hoc in casu meritò denegatur: quoniam fidejussor non principaliter contemplatione confidejussoris sui solvit: sed ut principalem debitorem, & se ipsum liberaret. *Ita sentiunt Donell. in d. l. cum alter. 11. C. hoc tit. Rittershusius & Schneidew. hic n.22. & seq. Berlichius part.*

11 *2. conclus. practicab. concl. 22. n. 76. aliique per hunc citati.* Illud controversum inter Doctores videtur: quando hæc divisionis exceptio opponenda sit? Et (non attentis opinionibus contrariis, *quas referunt Salicet. n. 5. & Sichard. n.10. cum seq. in d. l. fidejussor. 10. Cod. hoc tit. nec non Colerus de process. execut. part.4. c.1. n.96*) eam, utpote peremptoriam, etiam post litis contestationem, usque ad sententiam definitivam opponi posse, rectè statuitur, *d. l. fidejussor. 10. §. 1. ibi, ante condemnationem. C. eod. & ibi Accurs. Cyn. Bartol. Alberic. de Rosat. Bald. Angel. & alii communiter. Speculator in tit. de renunciat. & conclus. §. 1. vers. sequitur videre, &c. Ioan. Petr. de Ferrar. in suâ pract. in forma lib. contra plures reos debendi. verb. beneficio novar. constitutionum. n.2. Gomez. tom.2. var. resolut. c. 13. n. 15. Valent. Franc. de fidejussorib. d.c.5. n.460. Dn. Bocer. class.2. disput.16. thes.33. ed.2. & in hoc tit. n.204. cum seq. p. 330. Hackelman. illustr. disput. 22. thes. 19. ad lit. B. Ioan. Faber, Platea, Bachovius n. 3. p. 788. & Heigius n. 7. in hoc §. aliique per eos allegati. Adde Locamerum quæstionum juridicar. fascic. 37. quæst. 7.*

12 Enimverò hoc divisionis beneficium primò non admittitur in pluribus fidejussoribus, qui pro uno tutore spoponderunt, *rem pupilli salvam fore*; ex hac ratione, ne una causa in plures dividatur cum pupilli incommodo, *l. ult. ff. rem pupilli salv. for. Mynsinger. hic n.6. Anton. Pichard. n.19. D. Bocer. n. 208. pag. 331. & Rittershusius in fine.* Quibus adjiciatur Philippus Knipschildt *exerc. Iustin. 7. quæst. 13. pag. 168.*

13 Non adversatur *l. pupillus. 6. ff. de fidejussor. & nominator. tutor. & curator.* ubi pluribus fidejussoribus, pro tutore intervenientibus, hoc divisionis beneficium competit. *Nam* ibi plures tutores aliquot dederunt fidejussores, quibus, si tutores solvendo sint, beneficium divisionis ex persona tutorum (qui & ipsi exemplo fidejussorum ad portionum virilium rationem admittuntur. *l. 1. § nunc tractemus. 10. & §. seq. ff. de tutelæ, & rationibus distrahend.*) conceditur. Ast ubi ab uno tutore plures fidejussores sunt dati: tunc illis beneficium illud, ob favorem pupilli denegatur. *d. l. ult. ff. rem pupill. salv. fore. Cujac. in Comment. ad Papin. in d. l. 6. ff. de fidejuss. & nomin. & c. tut.*

Neque repugnat *l. si fidejussores. ff. eod. tit.* ubi unus 14 tutor plures fidejussores dedit: & tamen inter eos actio dividitur. *Etenim* ratio ibi hæc subindicatur: quòd adolescens sibi ipsi in illo casu præjudicaverit, dum contentus fuit, fidejussores stipulanti sibi promittere, se reddituros, quod à tutore convento servari non potuisset. Quia enim adolescens onus fidejussorum (quod erat, ne actio divideretur, *d. l. ult. ff. rem pupill. sal. for.*) fulsisse per secundam stipulationem videtur, *arg. l. penult. ff. de prætor. stipulat.* rectè Papiniano placuit, inter illos fidejussores, qui solvendo sunt, actionem dividi debere. *Ita bene hoc explicat Anton. Hering. d. tract. de fidejussorib. c.27. part.2. n. 51. & seq.*

Secundò non obtinebunt divisionis beneficium, qui se 15 fidejussisse falsò & temerè inficiati fuerint. *l. si dubitet. 10. §. ita demum, 1. ff. hoc tit. Hippolyt. de Marsil. in repetit. rubr. de fidejussorib. n.322. Iason in l. 1. n.11. Cod. de transactionib. Gomez. d. Comment. de contrah. & commit. stipul. c. 9. conclus. 5. n. 112. Harm. Hartmanni in pract. observ. tit. de fidejuss. obs. 5. Fulvius Pacianus lib. 1. de probationib. c. 19. n.27. & 71. Borcholt. hic n.3. & d. Comment. de pact. c.5. n.80. & in Comment. de feud. c.8. num. 116. & Ant. Gabriel Roman. lib.5. commun. conclus. tit. de acquir. vel amitt. possess. conclus. 5. num. 13. & per tot. qui per multas negationis pœnas recensent.* Quod quidem verum est, si in judicio conventi in specie se fidejussisse negaverint; secus, si generaliter per illa verba: *nego narrata, prout narrantur*: quomadum, *post Bartol. in d. l. si dubitet. 10. §. ita demum. ff. hoc tit.* tradit Mynsinger. *hic num. 469. & sequente.*

Tertiò divisionis remedium non indulgetur iis, qui ef- 16 ficaciter illi renunciarunt, *arg. l. penult. Cod. de pact. l si quis in conscribendo. 51. Cod. de Episcop. & cleric. & Novell. 136. c. 1. Hippolyt. de Marsil. in d. rubr. de fidejussor. n. 27. Gomez. d. tom. 2. var. resol. c. 13. n. 15. vers. limita tamen, &c. Juvenalis à Costaforti, Bellonus n. 12. Anton. Pichard. n. 13. & alii in hoc § nostro, Frideric. Schenck. in viridar. concl. 90. Ioh. Gutierrez. in tr. de jur. confirm. part. 1. c. 23. & lib. 3. pract. q. c. 95. latissime Matthias Berlichius d. part. 2. conclus. practic. conclus. 22. n. 35. & seqq. ubi varias Dd. opiniones recenset.* Ratio ejus manifesta est: quia cùm hoc casu ipsimet fidejussores ad jus vetus, quo singuli in solidum tenentur, sponte suâ, & quidem hac ipsa renunciatione in favorem creditoris vergente, redeant; atque Epistolæ D. Hadriani beneficio, pro se introducto renuncient: satis absurdum esset, illos redire ad id, cui renunciandum putarunt, ut rescripsit Imper. Justin. *in l. si quis jusjurandum. 11. vers. satis enim absurdum. C. de reb. credit. & l. ult. vers. quod enim semel. Cod. de condit. insert. Anton. Hering. d.c.27. part.2. n.73. & sequenti.*

Quartò cessat divisionis auxilium, si mulier & Titius 17 pro Cajo fidejusserunt. Hoc casu licèt uterque fidejussorum solvendo sit: tamen, subductâ muliere, quæ ex Senatusconsulto Vellejano intercedere prohibetur, datur in solidum adversus Titium actio: cùm is scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere. Pa- 18 ria quippe esse censentur: scire debere, & posse. *l. si Titius. 48. in pr. ff. hoc t. junctâ l. 1. ff. de ædilit. edict. & l. si duo 38. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Et qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus, *l. qui cum alio. 19. in pr. ff. de reg. jur. l. gen. ff. de Senatus c. Macedon. Constant. Harmenopul. lib. 3. Epitom. tit. 6. Franc. d.c.5. num.474. Mynsinger. hic n.6. in fin. & Schneidew. n. 20. vers. sextò cessat, &c.*

Cui non obstat *l. idem & si 18. juncto §. ult. legis proximè præcedentis. ff. ad Senatusconf. Vellejan.* ubi mulier pro 19

parte conveniatur; adeòque divisioni locus est. *Etenim si masculus & mulier pro alio fidejusserint in rem communem: cessat Senatusconsulti Velleiani auxilium l. aliquando 13. in princ. ff. d. tit.* hoc est, mulier tenetur quidem pro parte suâ: non pro parte masculi correi, *l. vir uxori 17. §. ult. ff. eod.* At si in rem prorsus alienam mas & fœmina fidejusserint: tota persona mulieris subtrahitur creditori, & mas integrum obligationis onus sustinet, *d. l. si Titius 48. ff. hoc tit.*

20 Nihil etiam stringit *l. si sponsus 5. §. 1. ff. de donation. inter vir. & uxor.* ubi & mulier & Titius teneri dicitur. *Nam* præsupponendum est, illo casu mulierem efficaciter obligatam fuisse, non minùs, quàm Titium: siquidem non omnes contractus, à muliere celebrati, statim omnino sunt inutiles: cùm & ipsa rectè in creditum abire possit, intercessione saltem ejusdem prohibitâ, *l. 1. & 2. ff. ad Senatusconsult. Vellejan. Hering. d. c. 27. part. 2. n. 61.*

21 Nihil item obsistit *l. si paternam 8. C. ad Senatuscons. Vellejan.* ubi pro parte intercesserunt filii & filiæ, sicq; mares & fœminæ: & tamen mares, subductis filiabus, non in solidum, sed tantùm pro parte obligantur. *Isto* enim casu ab initio contractûs, inque continenti caverant fratres & sorores pro parte virili: atque ideo correi non erant *l. inter eos 51. in princ. ff. hoc tit.* Non igitur mirum, si fratres, subductis sororibus, etiam in id duntaxat teneantur, in quod se obligaverunt. *Hering. d. c. 27. part. 2. n. 26. & seq. ubi latiùs paulo hoc explicat.*

22 Quintò divisionis beneficium non admittitur, quando fidejussor alium fidejussorem dedit. Inter hunc etenim & principalem fidejussorem non magis dividetur obligatio, quàm inter reum & fidejussorem: cùm is fidejussor, cui alius accessit, rei principalis loco esse videatur, *l. si plures 27. §. ult. ff. hoc tit. Mynsʃ. hîc n. 6. vers. secund. est & Schneidew. n. 20. vers. quartò cessat, &c. Hering. d. c. 37. n. 26.*

23 Sextò plures fidejussores, qui se ad factum aliquod obligarunt, divisionis beneficio non gaudent: cùm factum individuum pro parte præstari nequeat, *l. heredes 25. §. an ea stipulat. 9. ff. familiæ erciʃc. l. 2. §. 1. l. stipulationes non dividuntur 72. ff. de verbor. oblig.* Nisi fortè factum fuerit promissum sub hac conditione: *si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Ut enim hoc casu stipulatio aptè dividitur: ita etiam solutionem rectè dividi existimandum est: cùm pecunia partis præstationem bene & commodè recipiat, *d. l. 2. §. 1. & §. idemque 4. & d. l. stipu-*

24 *lat. 72. ff. eod. tit.* Unde fit, ut in obligationibus obstagiorum, *in den Verschreibungen oder Verpflichtungen zum einreitten* (quæ merum factum sapiunt) divisionis beneficio locus non sit relictus: ut in terminis consuluit Modestinus Pistor. *consil. n. 58. & seqq. vol. 2.* eumque secuti Valentinus Franc. *d. tract. de fidejussor. c. 5. n. 475.* Anton. Hering. *eod. tract. cap. 27. p. 2. nu. 91. & seqq.* Regner Sixtin. *consil. 12. n. 125. cum seqq. vol. 2. consilior. Marpurg.* & Justus Mejer. *in Disputat. ad lib. 46. Pandect. tit. 1. th. 25. n. 16* Quibus in locis illi plures casus, quibus divisionis cessat beneficium, diligenter exponunt.

25 Porrò alterum, de quo in præsenti §. non agitur, & quo dictum est *suprà nu. 3.* creditorem à fidejussoribus solidum petere posse, omisso reo principali, ab Imp. Justiniano planè est abrogatum. Is enim constituit, ut non ante reum principalem fidejussores: Sed principalis ante fidejussores à creditore conveniatur. Quod dicitur beneficium ordinis seu excussionis: quo fidejussor, à creditore conventus, ante litem contestatam utitur: ut nimirum priùs debitor principalis conveniatur & excutiatur, quàm à se debitum postuletur. *Nov. 4. cap. 1. & Auth. præsente & ibib. Sichard. C. hoc tit. & Auth. hoc si debitor. C. de pign. & hypoth. Mynsinger. cent. 2. obs. 15. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civ. cap. 48. p. 578. Heigius hîc n.*

26 *9. Althuʃ. lib. 1. Dicæolog. c. 86. n. 35. p. 305.* Ideo autem istha excussionis exceptio ante litem contestatam opponi debet: quia dilatoria censetur, quæ regulariter, ante litis contestationem opponenda est, *argum. l. 2. §. fin. ff. de exceptionib. l. Pomponius 40. §. ratihabitionis 3. ff. de procuratorib. l. exceptionem 19. C. de probationib. Fachin. lib. 8. controverʃ. jur. cap. 52. Græveus lib. 2. conclus. 27. consid. 10. Ciar. §. Dn. Collega Besold. claʃʃ. 2. Collegii Polit. disp. 8. coroll. 2. Joan. Grivellus decis. Senatus Dolani 71. nu. 8. fol. 206.* Unde si fidejussor priùs, quàm principalis, conventus eam non objiciat, sed taceat, litemque contestetur: postea illam opponendo non auditur, sed solvere compellitur: præsertim, cùm ipso jure priùs conveniri poterat, quàm reus principalis, *l. jure nostro 5. Cod. hoc tit. Cynus in d. auth. præsente n. 8. Cod. eod. Alexand. consil. 33. vol. 4. & consil. 29. n. 23. & seq. vol. 7. Boër. decis. 221. n. 16. Guid. Papæ decis. 44. & decis. 570. Jacob. de Arenâ in tract. de excuss. bonor. n. 18. Gozadin. consil. 42. n. 12. Vasquius lib. 1. illustr. controv. cap. 3. n. 7. Matthias Coler. in tract. de process. execut. part. 4. cap. 1. num. 96. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 14. vers. tertiò limita, &c. Anton. Gabriel Roman. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. nu. 12. & seq. p. 157. Dn. Collega Bocerl. claʃʃ. 2. disputat. 16. thes. 20. edit. 2. Schneidewin. in hoc §. num. 14. Arumæus Exercitat. Justini. 13. thes. 19. Zanger. in tractat. de except. part. 2. cap. 14. nu. 1. & seqq. edit. 1. & alii communiter.* Tametsi non desint, qui exceptionem istam in judicio quandocunque, etiam usque ad conclusionem causæ, opponi posse, æquius esse contendant, *Andr. Gail. lib. 2. observ. 27. n. 3. Benedict. de Plumbino de discuss. n. 18. Gœddeus in Commentar. de contrab. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 5. n. 103. cum seqq. Emanuel Soarez in thesaur. recept. sent. lit. F. nu. 136. Valentin. Francus in tract. de fidejussor. cap. 5. n. 286. & seqq. pluresque alii, ab his allegati.* Adde Berlichium *part. 1. concl. practicab. conclus. 11. n. 21. & seqq. & Hunnium in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 5. qu. 33. p. 218.* Et sanè principalis debitoris ex- 27
cussio adeò rigorosa censetur, ut usque ad ungulam, sive usque ad sacculum & peram (*uti loquuntur*) fieri debeat, antequam adversus fidejussorem, aut tertium possessorem pignorum agi possit, *Jacob. de Arenâ d. tract. de excuss. bon. n. 1. & 2. Jason in §. fin. n. 6. infr. de actionib. Ludovic. Gomez in §. item Serviana 7. infr. eod. Vincentius Carocius de excuss. bonor. quæst. 1. nu. 1. bosque citans Anton. Heringius in tract. de fidejussor. c. 27. part. 1. n. 7.* ubi inquiunt, hodie debitores excuti in omnibus bonis, etiam usque ad indumenta, non relicta ipsis, nisi unicâ veste, quâ corpus tegant, ne nudi incedant. *Et eâ de re bellè disserat Anton. Faber part. 1. de errorib. pragmat. decad. 5. error. 8.*

Cæterùm istud ordinis seu excussionis beneficium pri- 28
mò locum non obtinet, quando fidejussor ei specialiter renunciavit: cùm quisque habeat licentiam renunciandi 29
his, quæ pro ipso introducta sunt, *prædictâ l. penult. Cod. de pact. d. l. si quis in conscribendo 51. Cod. de episcop. & cleric. & d. Novell. 136. c. 1. late Wesenbec. consil. 10. nu. 4. cum seqq. Joan. de Imol. ad l. 1. §. quæsitum n. 15. & 18. ff. quib. appellare non lic. Pulandt. in tractat. de commiʃʃ. part. 4. lib. 6. c. 4. n. 29. Berlichius part. 2. conclus. practic. concl. 22. nu. 5. Gail. d. observ. 27. n. 21. Gœddeus d. c. 9. concl. 5. n. 97. Joh. Koppen in decisionib. suis quæst. 53. per tot. Francus d. c. 5. n. 343. cum multis seqq. & Hering. d. c. 27. part. 1. n. 186. & seqq.* Unde fit, quod cauti fœneratores & negociatores, sive creditores fidejussorem accipientes, diligenter curant, ut is utrique, tàm divisionis, quàm excussionis beneficio renunciet: hoc est, ut jure veteri & in solidum, & ante reum principalem conveniri possit, *tradente hic Angelo in fine, & Schneidewino n. 10.* Vide eâ de re copiosiùs dissertantes, Bachovium *in not. ad Treutler. d. vol. 2. disp. 28. th. 5. lit. C. & D. vers. dubitari autem &c. p. 947. cum seq. & ibid. Hunnium in resol. qu. 38. pag. 221. & seq.*

Quæstio hîc valde agitata, anceps & difficilis movetur: 30
utrùm fidejussor, qui se ut principalem, *als einen selbstschuldnern*, obligavit, sicque se principalem debitorem constituit, huic ordinis remedio renunciasse censeatur? Et in negativam sententiam plerique descendunt, *Accurs. in Novell. 4. cap. 1. verb. fidejussorem Azo in summa Cod. hoc tit. Angelus de Clavasio in summa suâ verb. fidejussor. n. 13. Panormitan. in cap. pervenit. 2. ext. hoc tit. Petrus de Ravenna singul. 201. Tiberius Decian. consil. 25. numer. 10. volum. 2. Bertazolius in tractat. claus. instrumentor. claus. 39. Gloʃʃ. 4. numero 1.*

Sche-

Sebastian. Medices in tract. de conservand. post f. n. 312. vers. decimotertiò fallit. Franch. Nonat. in consil. 124. in princ. vol. 2. Anton. Faber decis. Ped. 166. n. 2. cumque referens D. Mascardus tom. 3. de clausul. novissimar. tit. fidejussor. c. 47. fol. 178. Fraetius Cothman. respons. 22. Andr. Gerhard. decad. 14. quaest. 5. Guido Papae decis. 370. num. 6. Schneidewin. hic n. 11. Gail. de arrest. de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 255. Dn. Collegii Besold. d. disp. 2. collegii Politici. disp. 8. corollar. 1. & in delibat. juris n. lib. 46. ff. quaest. 1. p. 171. Ant. Merenda lib. 5. controvers. jur. c. 31. p. 367. Franeus d. tract. de fidejussor. c. 5. aliique plures, ab iis relati. Verùm contrariam ajentem sententiam, tanquam aequitati magis amicam, & in foro crebrius receptam, haud sine rationibus tuentur *Hippolytus de Marsil. in repetitione rubricae de fidejussor. n. 62. & seq. Stephan. Aufr. et ius in addit. ad Capell. Tholosan. decis. 23. Gail. d. lib. 2. obs. 28. n. ult. Natta consil. 52. n. 1. cum seq. & consil. 345. n. 3. Annius in tract. de execut. in prolegomen. c. 2. n. 27. Hieronym. Grat. respons. 87. vol. 1. Franc. Beccius consil. 45. n. 49. Iac. Puteus decis. 58. ad fin. lib. 3. Muscatell. in pract. fidejuss. part. 1. mono 12. n. 7. mono 13. n. 9. & modo 20. n. 18. item part. 2. q. 16. n. 30. Wesenbec. de consil. 10. n. 19. Camill. Borellus in controvers. 11. n. 11. 12. & 13. Barnab. Cornaccanus decis. Rotae Lucens. 113. n. 55. Hackelman. disp. 22. th. 18. lit. F. Franc. Diez varier. quaest. lib. 1. quaest. 11. Iacob. Curt. lib. 1. conjectur. ad Vividium. c. 13. Hartman. Hartmanni de fidejuss. obs. 1. v. item fidejussor renunciavit. Dn. Bocer. in hoc tit. n. 197. cum seq. p. 329. Arumaeus Exercitat. Iustin. 13. th. 17. (ubi ipsi contrarias disput. 23. ad ll. praecipuas Pand. th. 5.) Oleman. ad Giphan. lib. 3. disp. 27. n. 37. Paul. Busens. disp. 10. ad Instit. them. 2. quaest. 6. Coler. de process. execut. part. 1. c. 12. n. 263. & seqq. Fachin. lib. 8. controvers. jur. c. 54. Unger. aur. exerc. Iustin. 1. quaest. 8. p. 437. cum seq. edit. ult. Zang. de except. c. 15. n. 9. part. 2. aliique quos laudat & sequitur Antonius Herting. d. tract. de fidejuss. c. 27. part. 1. n. 118. & seqq. item Dominic. Card. Tuschus tom. 3. pract. concl. lit. E. concl. 404. n. 82. cum seqq. & lit. F. concl. 310. n. 10. cum seq. item Berlichius d. part. 2. concl. 23. n. 4. & seq.* Etenim satis ex verbis, in quibus se quis constituit ut principalem pro alieno debito (*Ich setze und verschreibe mich zu einem Haupt und selbst schuldner* i. e. Ego me debitorem ipsum principalemque constituo) apparet: quòd creditor ejus filius, non autem personae veteris debitoris, fidem secutus fuerit. Et certè non hoc admitteretur:

31 clausula ista superfluè posita, atque nullius momenti esset: cùm tamen in contractuum instrumentis, nedum clausula, sed ne minimum quidem verbum debeat esse otiosum, & sine virtute operandi. *l. si quando. 109. ubi Gloss. & Bartol. ff. de legat. 1. l. si stipulatus. 4. in princ. ff. de usur. c. si Papa. 10. ibi, cum verba aliquid operari debeant. de privileg. in 6. Iason in rubr. C. de contrah. nupt. n. 9. Alex. consil. 151. n. 6. vol. 1. Purpurat. consil. 48. n. 4. Hondedaeus consultat. 48. n. 34. vol. 1. part. 3. Ioachim. a Beust. in l. 3. n. 1. ff. de jurejurand. Mattiae*

32 *de Afflict. decis. 44. n. 19.* Et licet objici queat, axioma illud tantum exaudiri tum esse de verbis contractuum dispositivis, non item de accessoriis & executivis; quae magis ex stylo & consuetudine Notariorum, quàm ex mente contrahentium, adjici soleant: ac proinde in consideratione non veniant, *per notata Socini junioris, consil. 116. n. 21. & consil. 158. n. 18. libr. 2. Parisii. consil. 20. n. 87. lib. 1. Decii consil. 352. colum. pen. vers. quia respondetur. & Andr. Rauchb. part. 1. quaest. suar. quaest. 2. n. 15.* non tamen credendum est, quenquam fore, qui dicere audeat, illa verba (*constituo me principalem, &c.*) non esse dispositiva, sed ex stylo Notariorum tantummodo adjecta; cùm nullus eorum tam audax sit, qui ex proprio cerebro vel penu suâ, citra metum infamiae, vel condignae poenae, tanti ponderis clausulam instrumento adscribat. *Menoch. consil. 87. n. 45. & seqq.*

33 *lib. 1. Hering. d. c. 27. part. 1. n. 91. & seqq.* Praeterea contrahentes in omnibus obligationibus conventionalibus per pacta sua legem ac formam contractui dare dicuntur. *l. 1. ff. deposit. l. in conventionalibus. 52. in princip. ff. de verbor. obligat. l. vetustissimam. 3. §. 1. Cod. de jure emphyt. impetrand.* Atqui indubitatum est, quòd fidejussor ad principalem obligationem, secundum juris praescri-

ptum, tantum accessoriè accedat. *l. 1. l. stipulatus. 6. §. ult. ff. de fidejussor. 3. l. hujus acceptionis. 34. ff. hoc tit.* ac, nisi velit, in plus, quàm accessoriè, obligari non possit. *§. fidejussores. infr. hoc tit.* Quòd si igitur ab hoc suo privilegio sponte recedat, seque principaliter obstringat: quidni ex accessorio fiat principale, juxta legem, contractui sponte ab ipsomet fidejussore dictam? *l. contract. 23. ff. de reg. jur. Novell. 136. c. 1. in fine.* Ac sanè dubium 34 nec debet esse ullum, quin isto casu beneficium excussionis eodem modo amittat, ac si ab initio expressè illi renunciasset. Nihil enim aliud est renunciare, quàm se principalem constituere. Ideoque meritò succedunt hoc casu notissima illa juris axiomata: quod nemini liceat 35 adversus sua pacta venire, & contrahentes decipere, *d. l. si quis in conscribendo. 51. Cod. de episcop. & cleric. d. l. pen. C. de pact.* quòd paria sint: verbis, vel facto se declarare. 36 *l. de quibus. 32. §. 1. ff. de legibus.* quòd non simus soliciti de modo, quando habemus effectum. *l. cum servus. 104. ff. de verbor. oblig.* quòd denique, ubi personae con- 37 ditio l cum fact beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat. *l. in omnibus. 68. ff. de reg. jur.* Hancque assertionem pluribus rationibus confirmat Heringius d. c. 27. *part. 1. num. 126. & seqq.* Eandemque novissimè amplectitur Dn. Brunnemannus *in thesauro pract. lit. S. num. 49. pag. 740.* licet olim secus senserit, ut monetur supra *num. 30.*

Cui obstat, quòd novatio non inducitur, nisi express- 38 sè id agatur. *l. ult. C. de novat.* & consequenter non est ipsa obligatio principalis debitoris sublata. Ergo neque fidejussoris obligatio, quae accessoria est, sublata intelligitur: ac proinde suam naturam retinet: ut scilicet fidejussor non prius conveniatur, quàm principalis debitor fuerit excussus. Illud, *ajo*, non obstat. Licèt enim ex ita gimur, novationem non induci, nisi expressè id agatur: sed negamus consequentiam, ex hac ratione: quia haec duo possunt simul cohaerere, & etiam cohaerent: ut debitor principalis remaneat obligatus; & simul quoq; fidejussor, sed sine beneficio excussionis. Non potest quippe hoc casu fidejussoris obligatio naturam suam servare: quoniam repugnat fidejussoris conventio, quasi uti debitorem principalem obligavit. Nam si at, principalis debitor obligatus est: ergo non ut fidejussor: ac per consequens fidejussoris beneficio non gaudet quasi ipsi data sibi renunciavit: *quemadmodum explicat Fachinaeus d. lib. 8. cap. 54. vers. nec obstat illud, &c.*

Similiter non adversatur *Novell. 4. c. 1. & Novell. 136.* 39 *in princip. & cap.* 1. ex quibus loquis colligitur, quòd etiam constituens, sive constitutum pecuniae reus, à creditore conventus, ordinis excussionem objicere possit: *id quod etiam probant Schneidewinus n. 29. & Zasius in fine. in §. in personam. S. inst. de actionib. Hartm. Hartmanni in pract. obs. tit. de fidejuss. obs. 4. D. Daniel Moller. in Commentar. ad Constit. Saxon. constit. 18. num. 4. part. 2.* Respondetur enim brevit.: aliud esse reum principalem, aliud constituentem, *l. ubi quis. 28. ff. de pecun. constitut.* item, aliud constituentem, aliud fidejussorem esse: alias duae rubricae *infr. & C. de constit. pecun. & de fidejussorib.* frustra positae fuissent, *contra l. si non. 17. C. de concil. & l. de non usu 13. in princ.* Cumque ob id constituere se reum principalem ex fidejussore; aliud, nudo pacto se constituere pecuniae reum facere: hoc casu beneficium excussionis eum habere, illo minimè, *per supra dicta, & tradita ab Hering. d. c. 27. part. 1. n. 126. & seqq. ubi & alii Adversariorum rationibus satisfacit.* Vide de ista quaestione exquisitius utramque in partem disputantem Bachovium *in praefatis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 28. thes. 5. lit. C. & D. pag. 949. & seqq.* itemque Frantzkium *exercit. 10. quaestion. 8. pag. 316. & seq.*

Illud quoque intricatissimae quaestionis est; num fide- 41 jussor excussionis beneficio renunciasse existimetur, si jurejurando se obligaverit? Et si fidejussorem, cum juramento intervenientem, ab excussionis beneficio excludi, censuerunt *Baldus & Panormit. in c. ex rescripto. 9. extra. de jurejur. Marsilius in d. rubr. de fidejussor. num. 9.*

Digitized by Google

Gozadin. consil. 32. *n.* 14. *Gratus consil.* 28. *n.* 16. *vol.* 1. *Tiraquell. in repetit. l. si unquam* 8. *in præfat. n.* 137. & 152. *Cod. de revocand. donationib. Roland. à Valle consil.* 6. *n.* 45. *vol.* 1. *Dominic. Cardinal. Tusch. tom.* 3. *pract. conclus. lit. E. concl.* 404. *n.* 63. & *n.* 88. & *lit. F. concl.* 310. *n.* 540. & *seq. Berlich. d. part.* 2. *conclus.* 22. *n.* 22. & *seqq. Joannes Ronchegallus ad l.* 3. §. *ubi duo. n.* 127. *ff. de duob. reis constituend. Seraphinus de Seraphinis de privileg. juramenti, privileg.* 88. *Jacob. Ayrerus in explicat. l. unic. n.* 86. *C. de errore calculi. Natta consil.* 426. *n.* 22. *Vincent. Carocius de excuss. bonor. part.* 2. *quæst.* 15. *n.* 2. *cum seqq. Joan. Koppen. in decisionib. suis, quæst.* 56. *n.* 10. *Joan. Gutierrez. de contract. jurat. cap.* 23. *n.* 27. & *seq. Gail. d. lib.* 2. *observ.* 27. *n.* 21. & *seqq. Laurentius Tennius Rudolphus in tract. cautelar. cautel.* 80. *n.* 12. & *seqq. Daniel Moller. lib.* 1. *semestrium. cap.* 16. & *d. Comment. ad constitut. Saxonicas, constit.* 17. *n.* 1. & *seqq. Treutler. selectar. disp. vol.* 2. *disp.* 28. *th.* 5. *in d. in fine, eosque laudans Heringius d. cap.* 27. [illegible] 45. & *multis sub seqq.* Cæterùm alii verius & [illegible] esse, statuunt: ex solo juramento nullam renunciationem factam argui posse, *Alciatus in c. cum contingat* 28. *n.* 174. *ext. de jurejur. Alex. Jas. & Decius in l. ultim. ff. de reb. credit. si cert. pet. Andr. Barbat. consil.* 43. *lib.* 2. *Grammatic. consil. civil.* 170. *n.* 4. *Antonius Tessaur. decis.* 47. *n.* 4. & *decis.* 166. *n.* 4. *Duennas reg.* 335. *limit.* 20. *Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. F. n.* 122. *Covarruv. in repetit. c. quamvis* 2. *in prima parte.* §. 4. *n.* 4. *de pact. in* 6. *Bertazol. in clausul.* 41. *Gloss.* 7. *n.* 2. *Muscatell. in practic. fidejuss. part.* 2. *quæst.* 10. *n.* 4. & 5. *Rutger. Ruland. in tract. de commiss. part.* 4. *lib.* 6. *cap.* 4. *n.* 32. *Fachinæus lib.* 3. *controvers. jur. cap.* 15. *Ungepaur. d. exercit. Justin.* 11. *quæst.* 8. *pag.* 428. *cum seq. edit. ult. Zahger in tract. de except. part.* 2. *cap.* 15. *n.* 9. *Gomez. lib.* 2. *var. resolut. c.* 13. *n.* 21. *Arumæus exercit. Justin.* 13. *th.* 18. *Hackelman. illustr. disp.* 22. *th.* 18. *ad lit. F. Schæffer. lib.* 3. *quæst.* 7. *Moller. lib.* 1. *semestr. cap.* 6. *D. Besold. in prædictis delibatis jur ex lib.* 46. *Pand. quæst.* 1. *p.* 171. *Berens d. disput.* 10. *them.* 2. *quæst.* 7. & *Franciscus in tract. de fidejussorib.*

42 *c.* 5. *n.* 386. & *seqq.* ubi huic opinioni libentiùs se subscribere, eamque tutiùs disputando obtineri posse asserit: eâ maximè ratione, quòd juramentum sequitur & induit semper naturam actûs sive contractûs ejus, cui adjicitur, *argument. l. sed si pogniori* 11. §. *item si juravero* 2. *ff. de jurejur. l. ultim. in princip. ff. de liberali caus. l. ultim. ff. qui satisdare cog. l. ultim. Cod. de non num. pecun. c. ex parte tua* 13. *de clericis non residentib. c. accessor* 42.

43 *de reg. jur. in* 6. Sed natura obligationis fidejussoriæ est, ut ante reum principalem fidejussor conveniri non possit, *prædicta auth. præsente. Cod. hoc tit.* Ergo juramentum contrarium effectum parere non potest, ita ut juranti adimat hoc excussionis beneficium: cùm non jurarit, se beneficiis sibi concessis uti nolle; sed se servaturum ipsam conventionem; salvis tamen beneficiis sibi indultis, quæ sibi tacitè excepisse atque reservasse intel-

44 ligitur. Accedit, quòd excussionis exceptio seu beneficium summa nititur æquitate; adeoque sublatum per jusjurandum dici nequit. *Nec* commodè objicitur, quòd jurans exceptionem illam opponens, propterea fidem fallat, aut in dilatorias solutionum latebras & circuitus se abdat, proximumvè suum decipiat, contra illud, quod legitur *Levitic. c.* 19. *vers.* 11. Nam eo ipso, dum excussione factâ, & reo solvendo non reperto, ipse solvere cogitur; utique promissioni atque juramento satisfacit. Juramentum siquidem hic interpositum firmat solummodo ac munit contractum: non ipsa legum beneficia, fidejussori competentia, tollit, *per notata Alciati, Barbat. & Covarruviæ locis præællegatis.* Neque verò juramentum frustrà dicitur adjectum, licèt non tollat excussionis beneficium. Hoc enim præstat & operatur, ut certò creditor sibi persuadeat: fidejussorem, tanquam hominem Christianum, non facturum esse irrita, quæ de labiis ipsius processerunt; atque ita animosior & auden-

45 tior factus, multò promptius debitori succurrat. Præterea juramentum, cum stricti sit juris, ad incogitata, de quibus mentio nulla facta est, extendi minimè debet: sed potius de rebus præsentibus, non futuris intelligendum est, *c. clericus* 35. *ibique Gloss. in verb. quod promisit de jurejurand. Glos. in auth. Sacramenta puberum in verb. externa C. si advers. vendition.* Atqui excussionis exceptio, tempore initi contractûs atque præstiti juramenti, nondum competebat; sed futura erat tunc demum, si reus principalis solvendo non esset. *Franc. d. cap.* 5. *n.* 388. & *seq.*

Non elevat aut imminuit hanc sententiam, quòd ejusmodi juramentum servari absque dispendio salutis æternæ possit, habeatque vim præcisæ ac enixæ voluntatis, & sic quasi expressæ renunciationis, *l. cùm pater* 77. §. *filius matrem* 23. *ff. de legat.* 2. Etenim quod dicitur, juramentum servandum esse: id accipiendum & intelligendum est, observato juris ordine, ut priùs scilicet fiat excussio debitorum principalium; & tunc demum, istis non idoneis existentibus, fidejussores ad solutionem compellan- 46
tur. Sed & negatur, illiusmodi juramentum habere vim expressæ renunciationis: nec id probat *d. l. cùm pater.* 77. §. *filius*, cùm casus ibi expositus ad nostrum non rectè referatur: adeoque à separatis malam illationem esse, probè affirmetur *l. Papin.* 20. *ff. de min.* 25. *an. l. ult. ff. de calumniatorib. l. qui fundum.* 7. §. 1. *ff. pro empt. Arum. loco præallegato.* Et sanè in *d. l. cùm pater* 77. §. *filius* 23. *ff. de leg.* 2. à matre non simpliciter propter religionem jurisjurandi: sed quia fuit heres ab intestato, debentur fideicommissa, tanquam ex codicillis, *l. ex testamento.* 29. *C. de fideicommiss. l. Titia.* 13. *ff. de inoffic. testam. Donell. lib.* 7. *Comment. de jur. civ. cap.* 18. Non igitur *ex d.* §. *filius* 23. evincitur, quòd juramentum habeat vim expressæ renunciationis, *Ungepaur. d. quæst.* 8. *pag.* 429. 47

Pari ratione non obstat *c. ex rescripto* 9. *de jurejurand.* 48
ubi fidejussori, qui jurejurando interposito pro debitore intercessit, Pontifex mandat; ut solvat, & quidem simpliciter ac absolute, non adhibitâ ullâ distinctione, an principalis debitor excussus sit, nec ne. *Licèt* enim Pontifex illic fidejussori mandet, ut solvat: tamen ob id beneficium legis non tollit. Quòd si juramentum id efficeret, necesse erat illud exprimere: sicuti aliàs Pontifex solet, cùm aliquid statuit propter juramentum, quod legibus repugnat, ut patescit *ex c. cùm contingat.* 8. *de jurejurand.* & *d. c. quamvis* 2. *de pact. lib.* 6. & *notat Fachin. d. lib.* 3. *cap.* 15. *vers.* & *hanc sententiam,* &c. Adde Hunnium *in resolut. ad Treutler. vol.* 2. *disp.* 28. *th.*
5. *quæst.* 39. *pag.* 222. & *seqq.* Itemque vide Antonium 49
Merendam *lib.* 5. *controvers. jur. c.* 32. *pag.* 368. Sane fidejussorem subsidiarium sive indemnitatis (vulgò *Schadlosburgen, oder Ruckburgen*) ordinis beneficio renunciare nullo modo posse, plerique astruunt, hoc præcipuè fundamento suffulti: quòd hic fidejussor sub hac conditione debeat, *si à reo principali exigi non poterit*: ac proinde in primis necesse sit, ut constet, quantum à principali consequi possit creditor, ad hoc, ut indemnitatis promissio locum habeat, *l. decem* 116. *ff. de verb. oblig. l.* 1. *ibique Bartol.* & *Joan. de Platea. C. de conveniendis fisci debitorib. Alexand. Decius, Angel. Jason* & *Alciat. in l. fin. ff. de reb. credit. si cert. pet. Laurent. Tennius Rodolphus d. tract. cautelar. cautel.* 81. *n.* 1. & 2. *Andr. Gail. d. lib.* 2. *obs.* 27. *n.* 13. *Wesenbec. d. consil.* 10. *n.* 31. *Matth. Colerus in tract. de process. execut. part.* 1. *cap.* 10. *n.* 400. *Arumæus d. exercitat. Justin.* 13. *thes.* 17. *circa finem. Gomez. d. tom.* 2. *var. resolut. cap.* 13. *n.* 3. *Donell. lib.* 15. *Commentar. de jur. civ. c.* 48. *p.* 579. *n.* 10. *Soarez. d. thesaur. recept. sentent. lit. F. n.* 137. *Caroc. de excuss. bonor. part.* 2. *quæst.* 14. *n.* 8. *Hunnius in d. resolut. quæst.* 40. *pag.* 225. *Franciscus d. tract. de fidejuss. c.* 5. *n.* 169. & *Hering. eodem tract. cap.* 27. *part.* 1. *n.* 142. & *seqq. ubi copiosius id explicat.* Porrò de fidejussore indemnitatis vide plenius differentes Eberhardum Speckhan. *cent.* 8. *quæst.* 32. *clas.* 1. Dn. Collegam Besoldum *in d. thesauro pract. lit. R. num.* 48. *pag.* 703. & *lit. S. n.* 12. *p.* 716. & Doctorem Martain *tom.* 3. *Digestorum novissimor. tit. fidejussor. cap.* 26. *cum seq. fol.* 175. & *seqq.*

Secundò excussionis seu ordinis beneficio non gaude- 50
bit fidejussor, si debitor principalis in longinquis regionibus sit absens, ita ut sine magno negocio & difficultate conveniri nequeat. Hæc quippe diuturna absentia creditori incommodo atque fraudi esse non debet, *Auth. præsente.*

Digitized by Google

sent. il ique C nus & Scilicet. n.3. Sichard. n.10. & 11. C. hoc tit. Alexand. consil.1.0. incip. … col. penult. vol. 5. Hiero. Gratus resp. … n.17.lib.1. Mynsinger.cent.2. observat.15. Gail. d.lib.2. observat. 27.n.5. Schneidewin. hic n.3. Pract. Ferrar. in forma libell. contra plures reos. §. *quilibet ipsorum.n.4.* Idemque juris esse videtur, si debitor quidem sit præsens, sed lateat, arg. *l. Fulcinius. 7. ff quib.ex caus.in possess. eat. Guido Papæ in decis.670.n.1. Ant.Gabriel Roman.conclus.1.n.50.Francus d.c.5.n.33. & Hering.d.cap.27.n.263.ubi plures citat.*

51 Tertiò cessat excussionis beneficium, si debitor notoriè solvendo non existit: quia frustrà excussio adversus eum instituitur, qui nihil in bonis habet. *l. nam is nullam. 6.ff.de dol.mal.gloss. in l. decem. 116. in verb. excussum & ibidem Zasius n.9.ff.de verb.oblig. Hippolyt. de Marsil. in repetit. dictæ rubr. de fideiussorib.n.10.Gail.d.observ.27.n. 14.& seq.Mynsinger.d.observ.15.Gomez.d.tom.2.var.resol. c.13.n.14.Iacob.de Arena in tract. de excuss. bonor.n.5. & 6.Tiber.Decian.respons.42.n.9.vol.2.Dominic Card.Tusch. d.tom.3.conclus.practicab.lit. E.conclus.403.n.34. cum seq. & conclus.404.n.29. & conclus. 405 n.10.& lit.F.conclus. 310.n.57. Heigius hic n. 12. Ioan. Bernard. Muscatell. in pract.fideiussor.part.2.quæst.10.n.6. Zanger. in tractat. de exceptionib.part.2.c.19.n.1.edit.2.Gratus respons.87.n.23. lib.1.& respons.63.n.43.lib.2.Græveus d.lib.2.conclus.27. n. 2. & seq.* Quomodo autem notorietas illa probetur: post alios, à se relatos, latè abundèque exponunt Francus & Heringius *dictis modò locis: ille num.320.cum seq. hic verò n. 200. & seqq.*

52 Quartò huic beneficio ordinis meritò non est locus, si fidejussor fidem suam se interposuisse inficietur, mendaciique deinceps convincatur. *l.si dubitet.10.§. 1.ubi Glos. & Angel.Imola,Castrens. & alii.ff.hoc tit. Roland. à Valle consil.88.n.2.cum seqq.vol.4. Aufer.ad Capell.Tholos.decis. 80.Mynsinger.d.cent.2.observ.15.Gratus respons.63.n.44. lib. 1. Aurel.Corbul. in tract. de jure emphyt.c.2.n.6.Vincent. Caroc. de excuss. bonor. part. 2.q.69. Fulvius Pacian. lib.1.de probationib.c.19.n. 27. & 71. Muscatell. in pract. fidejuss.part.2.q.10.n.24.Ant.Gab. Rom.d. concl. 1. n. 29. Gomez.d.c.13. n. 14. v. septimo limita, &c.* Præterquam

53 enim, quòd lex mendacia severè prohibet, mendacesque odio habet. *l.de ætate 11.§.si cum esset.3.ff.de interrog. in jure faciend.l.falsus.43.§.si quis.3.ff. de furt.l.quicunque 4.C.de servis fugit.l.2.C.si minor se major. dix.l. ult. C. de*

54 *accus.* & apud bonos ac graves viros, mendacii osores, propria mendacis pœna est, ut postea si, etiam vera dicenti, non credatur. *l. etsi legibus. 5. C. si contra jus, vel utilitat. publ. &c. c. sedes. 15. in fin. & cap. super lit. 20.*

55 *ext. de rescriptis.* insuper juris est non incogniti, quòd nemo debeat consequi fructum ex eo, quod nisus est impugnare: siquidem frustra legis auxilium implorat, qui in legem committit. *l. Papinianus. 8. §. meminisse, 14.ff.de inofficioso testam.l.auxilium. 37.in fine.ff.de minorib.l.post legatum.5.§.fin.ff.de his,quæ ut indignis auferunt. c.quia frustra.14.ext.de usur.c.ex eo.38. de regul. jur. in 6. Schurff.consil.37.n. 1. cent. 1. Menoch. remed. 9. recuper. possess.n.169.hosque citans Heringius d. … de fidejussorib. c.27.part.1.n.214. & seqq. ubi … exceptionem multiplicem subjicit.*

56 Quintò excussionis beneficium non admittitur, si pater pro filio fidem suam interposuerit. Nisi enim pater teneretur: illaquearentur, & deciperentur creditores, filiis nihil habentibus, unde ipsis solvi posset. *l.denique 3.§.sed utrum 4. vers. proinde ff. de minor. l. penult. §.tabernæ.2. ff.de institoria act.l.si mandator. 8. C. quod cum eo, qui in aliena potest. est, &c.l.1.ibi.si non fidem suam obstrinxit.C. ne filius pro patre,vel pater pro filio,&c.Gail.d.lib.2.observ. 27.n.33.Mynsinger.d.cent.2. observ. 15. Soarez d.thesaur. recept.sentent. lit. f.n.140. Ant.Tessaur.decis.166.n.5.Duenas reg.335.limitat.13.Muscatell.d.pract.fidejussor.part.2. quæst.10.n.31.Arumæus d.Exerc.Iustin.13.thes.18. in fine. Hering.d.c.27.part.1.n.244. & seqq.ubi similiter illud pulchrè declarat.*

27 Sextò non recipitur excussionis exceptio, si fidejussor debitori succedat: quia hoc casu convenitur non ut fidejussor, sed ut heres debitoris. *l. fidejussoris. 24. ubi Dd. communiter. C. hoc tit.* cum ipsa successione & confusione soluta sit intercessionis obligatio: pro parte nimirum hereditaria, salva interim remanente obligatione principali *l.debitor.5.ff. de separationib. l. si reus. 13. ff. de duob. reis constit.iun. dict. 93.in princ. & fine. ff. de solutionib. l. generaliter 5.& ibi Accurs.… 14.& l. Lucius. 24. ff. hoc tit. l. debitori 7.Cod.de pact. Hippolytus de Marsil. ad d. rubr. de fidejussorib. n.20. Duenas d. reg. 355. limitat. 23.Muscatell.d.quæst. 10. n. 25. Francus d. tract. de fidejussorib. c. 5. n. 428. & seq.* Porrò plures casus, quibus fidejussor isthoc excussionis beneficio non fruitur, recensent *Fernand.Vasquius lib.1 controv. illustr. c. 33. n. 12. cum multis seqq. Duenas. Gabrielius, Gomezius, Hering. Francus, Marsilius, & cæteri locis antè design.* Quibus adjiciantur *Iustus Meier.in d.Disput.ad lib. 6. Pandectar. tit. 1. thes.17. Althusius lib.1.dicæolog.c. 86.n. 36. p. 305. & Berlichius d.part.2.conclus. 24. ubi nonaginta & unum casum exponit, in quibus excussionis beneficium locum non habet.*

Superioribus duobus hactenus expositis beneficiis, fidejussoribus competentibus, adjici solet tertium, quod vulgò cedendarum actionum vocant: quo creditor fidejussori solidum exsolventi, vel solvere parato, actiones suas, quas ipse habet, atque jus totum, tum contra debitorem principalem (qui tamen alioquin actione mandati fidejussori tenetur; *ut, volente Domino, explanabitur ad §. si quid autem fidejussor. 6. infra hoc tit.*) tum contra confidejussores cedere sive præstare cogitur. *l. si mandatis 13.l.fidejussoribus. 17. l. cum is 36. l. ut fidejussor.39.ff. hoc tit. l. Modestinus 76. ff. de solutionibus l. Papinianus. 28. & l. qui mandatum. 43. ff. mandati. l. cum alter. 12. & ibi Glos.Bartol.Donellus & Dd. plerique Cod. hoc tit.Novell.4.cap.1. in fine. Ioan. Ronchegalli. in l. reos. 11. in princip. n. 55. ff. de duob. reis constituend. Albert. Leoninus consil. 90. n. 28. Bertazolius in tract. clausular. instrum.claus.40.Glos.4.n.7. & 8. Hartman. Pistor. lib. 1. q.jur.q.48.Franc.d.tract.de fideiussorib.c.5.n.480.cum seq. Gasparus Schifordegher. lib. 2. tract. 8. quæst. 1. & seqq. Hering.d.tract.de fidejussorib.cap. 27.part.3.n.6. & seq.* 58

Cæterùm de eo valde dubitatur: an isthanc actionum cessionem fidejussor non solùm ante, vel in ipsa solutione: sed etiam post factam solutionem petere debeat? Non desunt enim, qui vel ante solutionem, vel in ipsa solutione cessionem istam fieri debere putant, postea autem minimè. *Scaccia.in tit. de renunciat.§.1. n. 23. Marianus Socin.consil. 18. n. 9. vol. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt.45.n.26.& præsumpt.143 cum seq. W… … in Paratitl.hoc tit. n. 6. Rutger. Ruland. de commiss.part.4. lib.6.cap.4.num. 40. Gæddeus in Comment. de contrah. & committ. stip. c. 9. conclus. 5. n. 120. cum seqq. Dominic. Cardin. Tuschus tom. 3. pract. concl. lit. F. concl. 318. n. 11.Berlichius d. part.2.conclus. 22. n. 67. & seq. Coler. in tract.de process. execut. part.1.c.10 n. 367. & seq. Cost.d. in d.l.Papinianus.28.ff. mandati. Donell. ad d. l. cum alter. 11.n.7.& 8. Cod. hoc tit. eosque referens Ioannes Zanger. in tract.de except.part. 2.cap.15.n.148. edit. 2. Schneidewein. hic n. 24. Iacob. de Arena in tract. de cess. actionis & juris. rubr.6.n.70.circa finem. Iohannes à Gratiis comment. tract. de cessione juris & action.§.6.n. 5. & novissimè Schifordegher.d.tract.8.quæst.2.& seqq.* Sed verior est, & æquior sententia existimantium, quod non modò ante solutionem, vel in continenti in ipso solutionis actu, sed & ex intervallo, factâ à fidejussore solutione, cessio actionum à creditore peti, adeoque creditor actione empti ad faciendam cessionem compelli possit: cùm hoc casu fidejussor solvens, sit quasi emptor nominis, cui creditor, quocunque tempore postulat, jus suum tradere necesse habet, *per textum apertum in l. cum is. 36. ff. hoc tit.* ubi Paulus in hæc verba respondit: *Cum is, qui & reum & fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus acceptâ pecuniâ præstat actiones: poterit quidem dici, nullas jam esse: cùm suum perceperit, & perceptione omnes liberati sint. Sed non ita est. Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit: & ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones.* In hoc textu Paulus IC. ab 60

Digitized by Google

ab initio dubitandi rationem movet *ex l. Modestinus 76. ff. de solutionibus*, quod nimirùm per solutionem, ab uno ex pluribus fidejussoribus factam, omnis obligatio &
61 actio sublata sit. Quod igitur amplius non est, id etiam cedi nequit: cùm non entium nullæ sint qualitates, *l. si procurator* 8. §. *si liber homo* 5. *vers. nullæ ff. mandati l. decem* 116. *ff. de verb. obligat. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de actionib. empt.* Postquam hanc dubitationem Paulus movit, respondet hoc modo: *Sed non ita est.* Quibus utique verbis Paulus Modestini sententiam disertè corrigit: quasi dicat, solutione ab uno factâ, non est extincta obligatio, per hanc decidendi rationem: *Non enim* (inquit) *in solutum accepit*: hoc est, creditor ab uno fidejussore solidum accipiens, non reverâ, quoad alios confidejussores, datam pecuniam in solutum accipit, sed quodammodo cæterorum nomina vendit illi fidejussori, qui pro aliis solvit, *arg. l. fidejussoribus* 17. *ff. hoc tit. & l. solvitur* 5. §. *si convenerit* 2. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Unde alibi quoque habetur, quòd precium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio, quæ fuit, perempta videatur, *d. l. Modestinus* 76. *in fine ff. de solution. l. cùm pupillus* 21. *ff. de tutela, & ration. distrahend. l.*
62 *cùm possessor.* 5. *in fine principii ff. de censibus.* Quemadmodum ergo emptori ex empto actio quandocunque (modò precium sit solutum) adversus venditorem competit, *l. ex empto* 11. *in princ. & l. Julianus* 13. §. *offerri.* 8. *ff. de action. empti*, ita & hîc dicendum erit in creditore, qui cæterorum fidejussorum nomina uni, qui solidum solvit, vendidit. Adde, quod Paulus *in fine dictæ l. cùm is* 36. *ff. hoc t.* expressè dicit, creditorem ad id ipsum teneri, ut præstet actiones. Compelluntur siquidem stipulatores ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina, *d. l. fidejussorib.* 17. *ff. eodem.* Itaque necessitas creditori incumbit, ut fidejussori solidum solventi, hoc est, cæterorum nomina ementi, quandocunque actiones taliter venditas cedat, *l. venditor*, 23. *ff. de heredit. vel act. vendit.* Atque hanc sententiam, frequentioribus calculis receptam, tenent & tuentur *Jason in l. si res obligata* 57. *n.* 44. *ff. de leg.* 1. *Bald. in l. alterius* 20. §. *fin. ff. de tutel. & rat. distrah. Purpuratus in l.* 1. *n.* 68. *C. de transactionib. Antonius de Padilla in l.* 1. *n.* 42. *C. de jur. & facti ignorant. Nicolaus Everhardi consil.* 184. *col.* 3. *in princ. Francus d. tract. de fidejussorib. c.* 5. *nu.* 484. *cum seqq. Joann. Köppen in decisionib. suis qu.* 51. *nu.* 5. *Daniel Moller in Commentar. ad constit. Electoral. constit.* 3. *n.* 7. *in fine part.* 1, *hosque cum aliis laudans Antonius Hering. d. tract. de fidejussorib. c.* 28. *n.* 38. *& seqq. item Joan. de Imol. Raphael Cuman. & Bartol. in d. l. Modestinus* 76. *nu.* 3. *ff. de solution. Theod. Marcilius hîc p.* 496. *cum seqq. & Petrus Heigius n.* 17. *cum seqq. & in quæstion. jur. qu.* 38. *nu.* 13. *& seqq. Dn. Collega Bocerus class.* 2. *disput.* 16. *th.* 37. *& in hoc tit. num.* 222. *cum seqq. pag.* 333. *Conradus Oleman. ad lib.* 3. *disputat. jur. civil. Giphan. disput.* 27. *n.* 40. *& seq. itemque Joan. Jacob. Plebst. disp. nov. antiq.* 2. *th.* 63.

63 Huic sententiæ nihil negocii facessit, quod objicitur, ideo fidejussori solventi, post solutionem, petitionem cessionis actionum adversus confidejussorem denegari, quòd solutione debiti sublata fuerit omnis obligatio, *per princip. tit. infr. quib. mod. tollit. obligat. l. verborum* 107.
64 *ff. de solutionib.* Quia illud verum est respectu creditoris (qui sanè bonâ fide idem post solutionem bis petere haud potest, *l. bona fides* 57. *ff. de reg. jur.*) non autem respectu confidejussoris, & actionis cedendæ. Donatio quippe in fidejussore solvente minimè præsumitur; cùm præsertim alia conjectura haberi possit, *l. cùm de indebito* 25. *in princip. vers. qui enim solvit ff. de probationibus l. eleganter* 24. §. 1. *ff. de pignorat. act. l. si cùm aurum* 50. *ff. de solutionib. l. Campanus* 47. *ff. de operis libertorum.* Eaque donatio in proposito tantò minùs præsumenda est, quòd fidejussori solutio ex necessitate incumbat: quæ profectò necessitas nullam donationem arguit. *Franc. d. c.* 5. *nu.* 486. *& seqq.*

65 Nihil quoque obstat *d. l. Modestinus* 76. *ff. de solutionib.* ubi dicitur, si non ante solutionem, sed ex intervallo post solutionem actiones cessæ sint, nihil eâ cessione actum esse, adeòque cessionem esse inutilem: cùm nulla actio superfuerit. *Etenim* lex illa ne minimo quidem vocabulo mentionem facit fidejussorum: sed expressè de tutoribus loquitur, *ibi, quod ex caussa tutelæ debeatur.* Ratio diversitatis hæc est: quia fidejussori, solidum solventi, nisi cessæ fuerint actiones à creditore, nulla planè datur actio contra eum, qui unà fidejussit, *d. l. ut fidejuss.* 39. *ff. hoc tit. d. l. cùm alter* 11. *Cod. eod.* Ideoque æquum est, cum post solutionem factam habere actiones cessas. Tutori verò, qui in solidum satisfecit pupillo ex causa tutelæ, licèt à pupillo nulla actio cessa fuerit, utilis tamen actio adversus contutores competit, idque ex rescripto Imperatorum, *l.* 1. §. *& si fortè* 13. *ff. de tutela, & rat. distrahend. Joh. Andreæ in addit. ad Specul. tit. de fidejussor. in princ. vers. hoc etiam scias, &c. Marcil. hîc in fine. Hering. d. cap.* 28. *n.* 45. *& seqq. ubi & aliis objectionibus sufficienter respondet.*

Controversiæ modò expeditæ convenienter & illa 66
quæstio satis dubia succedit: num fidejussori solidum solventi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confidejussores cedi debeat? Quam quæstionem breviter & eleganter duabus conclusionibus explicasse videtur Valentinus Francus *d. tractat. de fidejussorib. cap.* 5. *nu.* 490. *& seqq.* Prior conclusio est: Fidejussori, qui solidum solvit, ita cessio actionum à creditore facienda est, non ut eam portionem, quæ ipsum solventem contingit, sed eas tantum partes, quas extra suam solvit, à confidejussoribus recuperare queat. *Exempli gratiâ*: Tres sunt fidejussores, Titius, Sempronius, & Mævius pro summâ trecentorum florenorum. Sempronius conventus in solidum satisfecit creditori, cedenti illi rursus actiones adversus Titium & Mævium confidejussores. Hoc casu Sempronius à duobus confidejussoribus, Titio & Mævio, ducentos duntaxat florenos repetet: centum verò suæ portioni cedent. Æquitati namque haud consentaneum est, nec natura cessionis id patitur, ut quispiam pro ea portione cessionem impetrare velit, aut debeat, quam ipse obligatione suâ agnoscit; & cùm in pari causa sit, melioris tamen fortunæ, quàm confidejussor esse velit, *argum. l. si plures* 38. *ff. de administrat. & peric. tutor.* Posterior conclusio hæc est: Si fidejussori solventi actio à creditore cessa fuerit, eam non ita adversus confidejussores exercere potest, ut extra suam portionem, solidum ab eo, quem convenit, consequatur: sed ut ratas seu viriles portiones exigat. *Veluti*, ut in proposito exemplo maneamus, unus ex tribus confidejussoribus si solverit trecentos florenos, actione sibi cessâ à cæteris duobus singulis non nisi centum repetere poterit. Idque, *post alios*, plenius declarant *Francus d. c.* 5. *n.* 491. *cum seqq. Hartman. Pistorius lib.* 1. *quæst. jur. tam Rom. quàm Sax. q.* 48. *n.* 5. *cum seqq. Coler. de processib. execut. part.* 2. *c.* 2. *n.* 11. *cum seqq. & Hering. d. tract. de fidejussor. c.* 27. *part.* 3. *n.* 28. *& sequent.* Quemadmodum 67
autem superiora juris beneficia, fidejussoribus indulta, divisionis nimirum & excussionis, multis in casibus cessant, de quibus plerisque expositum *suprà, n.* 12. *cum seqq. item nu.* 28. *& aliquot seqq.* ita & iisdem ferè casibus hoc cedendarum actionum beneficium cessare exploratum est, *de quibus consulatur Heringius d. c.* 27. *part.* 3. *nu.* 19. *& aliquot subsequentib. Et de renunciatione istius beneficii multa cumulavit Berlichius d. part.* 1. *conclusion. pract. conclus.* 22. *n.* 50. *& seqq.* Cæterùm an solutio per fidejussorem creditori, nomine debitoris facta; sine cessis à creditore actionibus, nihilominus dominium transferat ut contra debitorem agere possit: an verò specialis cessio necessariò requiratur, prolixè in utramque partem disputat Forsterus junior *in libr. singulari, de dominio c.* 8. *n.* 74. *& seqq.* ubi *n.* 76. concludit, cessionem specialem hoc casu necessariam non esse, allegans eam in rem Vivium *lib.* 2. *decis.* 210. *in princ.* Antonium Fabr. *in Cod. Fabriano, lib.* 8. *tit.* 27. *defin.* 17. Donellum *ad l. mandati* 14. *C. de fidejussorib.* & Colerum *de process. execut. part.* 1. *cap.* 10. *num.* 380.

Porrò coronidis vice & illam insignem quæstionem hoc 68
loco attingere placet: utrùm exceptiones, debitori competentes, ejus fidejussoribus quoque accommodentur?

Hæc

Digitized by Google

69 Hæc quæstio itidem duabus conclusionibus sive regulis,
ex ipsis legibus depromptis, quàm commodissimè expe-
ditur: *Prior est*: Omnes exceptiones merò reales, seu rei
& obligationi cohærentes, quæ debitori competunt, fide-
jussoribus ejus, & quidem etiam invito reo principali, uti-
liter conceduntur, *l. si stipulat.* 15. *& l. ex persona* 32. *ff.*
hoc tit. l. & heredi. 21. *in fine, cum legibus aliquot seqq. ff. de*
pactis. l. exceptiones 7. *§.* 1. *& l. omnes* 19. *ff. de exceptionib. l.*
defensiones 11. *C. eod. §. ult. ibique ego & plerique Interpr.*
infr. de replication. Bertazolius in tract. clausul. instrument.
claus. 41. *Gloss.* 7. *n.* 4. *Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejus-*
sorib. n. 173. 267. *&* 284. *Jo. Zanger. in tract. de exception.*
part. 3. *§. ult. n.* 59. *ed.* 2. *Joh. Bernhard. Muscatell. in pract.*
70 *fidejussor. part.* 2. *quæst.* 8. *n.* 1. *&* 2. Dicuntur autem hæ
exceptiones propterea reales, quia rem ipsam afficiunt,
& ex ipsa re causam atque originem trahunt. Non igi-
tur mirum, eas etiam fidejussori competere: cùm is ab
initio rei obligationivè, non autem debitoris personæ,
accesserit: atque ideo meritò ad rem ipsam sive causam,
non verò ad personam, respiciatur, *argum. l. cùm unus*
12. *in princ. & l. privileg.* 32. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.*
l. juris gent. 7. *§. pact.* 8. *ff. de pact. Surdus decis.* 301.
n. 13. *Franc. d. tract. de fidejussorib. c.* 3. *n.* 24. *cum seqq. &*
Hering. eodem tract. c. 27. *part.* 4. *n.* 1. *& seqq. Qui duo*
71 *regulam istam præclare ac copiosè declarant.* Posterior re-
gula est: Exceptiones merè personales, seu personæ Rei
principalis medullitus cohærentes, ad fidejussorem neu-
tiquam porriguntur, *d. l. exceptiones* 7. *in princ. ff. de ex-*
72 *ceptionib.* Ratio ejus haud obscura est: quia privilegia in
gratiam alicujus personæ concessa, illam personam non
egrediuntur, *c. privileg.* 7. *ibique Dynus & Petrus Pe-*
ckius. de reg. jur. in 6. *l. in omnibus causis* 68. *& l. privi-*
73 *leg.* 196. *ff. de reg. jur.* & pactum personale ad aliam non
extenditur, quàm ad eam personam, cui illud factum est
l. idem 25. *§.* 1. *ff. de pact. Knipschildt. exercitat. Acad.*
7. *quæst.* 11. *pag.* 265.

74 Nec nostram regulam turbat *d. l. ex persona* 32. *ff. hoc*
titul. ubi dum Ulpianus ait, ex personâ rei exceptionem,
& cætera rei commoda fidejussori competere posse: in-
de dicendum videtur, exceptionem personalem fidejus-
sori prodesse. *Nam* illa verba (*ex personâ rei*) nequa-
quam ad personalem, sed realem exceptionem referenda
sunt, nec aliud volunt, aut arguunt, quàm exceptionem
realem ex personâ rei, hoc est, ipsi reo primùm compe-
tentem, fidejussori competere. Omnes siquidem excep-
tiones reales ex personâ rei competunt: in quibus tamen
proxima & immediata causa non est ipsa persona, sed
res: ubi & extinctâ personâ, non extinguitur exceptio,
arg. d. l. except. 7. *§.* 1. *ff. de exceptionib. & d. l. privile-*
gia 32. *ff. de reb. auctorit. jud. possidend.*

75 Similiter non repugnat §. *fidejussores ita.* 5. *infr. hoc*
tit. & l. Græcè. 8. *§. illud.* 7 *ff. eod.* ubi fidejussor non potest
in plus obligari, quàm principalis. Atqui si exceptio reo
competens ad fidejussorem non extenderetur: fidejusso-
rem in plus obligari, nemo non videt. Non, *inquam*, re-
pugnat. Quia breviter respondetur; quòd isto casu fide-
jussor non in plus, sed efficaciùs tantùm & arctius ad-
stringatur, ratione scilicet privilegii quod reus ex suâ per-
sonâ habet; fidejussor non habet. *Sed videantur Francus*
d. c. 3. *n.* 98. *cum multis seqq. & Heringius d. c.* 27. *part.* 4.
n. 76. *& multis seqq. ubi prædictam conclusionem sive regu-*
lam pluribus exemplis accuratè illustrant. Vide quoque
Justum Schützium *exercit. juris disp.* 15. *th.* 13. *&* 14. *p.*
76 237. *& seq.* Tandem & illud hîc addendum: quòd bene-
ficium restitutionis in integrum minoris, haud prosit ejus
fidejussori, *per textum expressum in l. in causa* 13. *in princ.*
ff. de minor. l. 1. *&* 2. *C. de fidejussor. minor.* Non obstat, quod
77 liberato debitore principali, etiam accessiones, velut pi-
gnora & fidejussores liberentur, *l. in omnib.* 43. *ff. de so-*
lutionib. Nam regulâ isthæc locum habet duntaxat in li-
beratione, quâ ita liberatur reus, ut tollatur obligatio vel
ipso jure, vel per exceptionem, jure communi compe-
tentem: non etiam, quando obligatione manente, reus
aliquo modo consequitur, ne teneatur. Etenim tunc di-
citur magis persona eximi obligatione, quàm liberari: at-
que tunc licet subducta sit persona debitoris: nihilominus
tamen tenentur ejus fidejussores: quia subsistit obligatio, cùm fidejussores accedunt, *l. ult. ff. de duob. reis constit.* Atque sic per restitutionem in integrum eximitur obligatione minor: quoniam & civili & naturali obligatione is obligatus erat. Illâ quidem: quia ideo utitur restitutione, quòd jure communi obstrictus tenetur. Naturali verò, propter conventionem & fidem datam, *l. cùm amplius* 84. *in fin. ff. de reg. jur.* Sed extraordinario auxilio minor consequitur, ne conveniatur, *l.* 1. *& l. in causæ cognitione* 16. *in princ. ff. de minor.* adeoque obligatione salva manente, eâ solùm eximitur. Et restitutio non tollit obligationem civilem; sed ejus effectum impedit. *Reliqua argumenta, quæ pro contraria opinione produci solent, abundè refutant Bronchorst. cent.* 1. *ἐναντιοφανῶν, assert.* 60. *Pacius cent.* 2. *quæst. resolut. jur. civ. pag.* 1055. *& seqq.*

§. *Fidejussores ita.* 5.

Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant: obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit: fidejussor in quinque rectè obligatur: contra verò obligari non potest. Item si ille pure promiserit: fidejussor sub conditione promittere potest: contra verò non potest. Non solùm autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus est enim, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

SUMMARIA.

1 *Fidejussor neque aliud debere, neque in plus obligari potest, quàm ipse principalis.*
2 *Fidejussoria obligatio, est principalis obligationis accessio.*
3 *Plus in accessione, quàm in principali, esse nequit.*
4 *Fidejussoris conditio non debet esse gravior, quàm ipsius principalis.*
5 *Fidejussio est species quædam stipulationis: ac proinde stricti iuris.*
6 *In stricti juris contractu nihil evenit, nisi quod nominatim est actum.*
7 *Fidejussor quibus modis sese in plus obligare dicatur.*
8 *Re quando plus debeatur.*
9 *Tempore quomodo & quando.*
10 *Loco quando plus debeatur.*
11 *Causa item quando debeat fidejussor, quàm principalis.*
12 *Quatenus fidejussores in minus, quàm principalis, obligari possint.*
13 *Et quid, si fidejussor majorem summam, quàm principalis, promiserit, tota fidejussio sit inutilis: an verò saltem ad concurrentem summam fidejussor obligetur,*
14 *Quicquid in stipulatione est receptum, idem in fidejussione obtinet.*
15 *Major numerus semper in se continet minorem: & num.* 29.
16 *Quoties promissum est plus, quam promitti oportuit: non tota obligatio, sed superfluum tantùm infirmatur.*
17 *Quatenus utile per inutile non vitiatur.*
18 *Quando fidejussor obligetur.*
19 *Mens & explicatio l. Græcè.* 8. *§. illud.* 7. *ff. hoc tit. item n.* 21.
20 *Constitutores & mandatores ad sortem principalem obligantur.*
21 *Alia consideratio dicta l.* 8. *§.* 7. *ff. hoc tit.*
22 *Verbum omnino idem significat, quod in solidum.*
23 *Sententia §. præterea.* 5. *supr. de inutilib. stipulat.*
24 *Consideratio l.* 1. *§. si quis simpliciter.* 3. *ff. de verb. obligat.*
25 *Stipulatio & quatenus sit actus individuus.*
26 *Individuum pro parte adimi non potest.*
27 *Testamentum quatenus actus sit individuus.*
28 *Consideratio l. continuus.* 137. *§.* 1. *ff. de verb. obligat. & §. si de alia.* 22. *supr. de inutil. stipulationib.*
29 *In summis, quod minus est, spondere videtur.*
30 *An & quatenus mora rei principalis noceat fidejussori, distinctione expeditur.*
31 *Quamdiu obligatus permanet principalis, tamdiu etiam durat obligatio fidejussoris.*
32 *Mora habetur pro delicto, quamvis in omittendo consistat.*
33 *Ex facto alterius nemo damnum pati debet.*
34 *Mora unicuique sua debet nocere, & non alii.*
35 *Sententia l. fidejussores.* 68. *§.* 1. *ff. hoc tit.*
36 *Fidejussor ad pœnam, in quam debitor incidit, non tenetur.*
37 *Effectus contractus semper respicit tempus contractæ obligationis,*

Digitized by Google

38 *Fidejussor in usuras & accessiones ex morâ debitori tenetur, si in omnem causam se obligaverit.*
39 *Contractus formâ specificâ adimplendus.*
40 *Summa l. commun. C. prae. & ff. de eo, quod certo loco, &c.*
41 *Sententia l. initio. 5. C. de pact. inter emptor. & vend. composit.*
42 *Intellectus l. mora. 86. ff. de verb. obligat.*
43 *Instantia refutatur.*
44 *Interpretatio accurata l. quaero. 54. in princ. ff. locati.*
45 *In dubio a propriâ Verbi significatione non recedendum.*
46 *Paraenthesis: propria significatio.*
47 *Instantia diluitur.*
48 *Consideratio l. si ab uno 47. ff. legator. seu fideicom. servand. caus. cav.*
49 *Quatenus fidejussor rei locum obtineat.*
50 *Consideratio l. amissi. 52. §. 2. ff. hoc tit.*
51 *Consideratio l. 2. §. fin. & l. seq. ff. qui satisdare cogantur.*
52 *Intellectus l. si quis pro eo. 56. §. 2. ff. hoc tit.*
53 *Intellectus l. si postea. 10. ff. rem pupilli salvam for.*
54 *In gratiam pupillorum multa singularia sunt constituta.*
55 *Consideratio d. l. fidejussores 68. §. 1. ff. hoc tit.*
56 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
57 *Consideratio l. 2. §. penult. ff. de administrat. rer. ad civitates pertinent.*
58 *Consideratio l. si quis solutioni. 24. §. 1. ff. de usur.*
59 *Quatenus indefinita propositio aequipolleat universali.*
60 *Si solus fidejussor moram commisit, an ex hac morâ ad accessiones teneatur.*
61 *Fidejussor ex delicto conditionem suam meliorem facere non debet.*
62 *Quatenus fidejussor in duriorem causam, quàm principalis, obligari possit.*

1 QUemadmodum fidejussor pro alienâ obligatione intercedere & obstringi possit, hoc loco explicat Imperator Justinianus, & ostendit: quòd sicut fidejussor non potest aliud debere, quàm debet ipse principalis; ita etiam non possit obligari, ut plus debeat, quàm debet is, pro quo obligatur: quamvis in minus obligari queat, *l. Graece* 8. §. *illud* 7. & §. *seq. l. hi, qui accessionis* 34. *l. si Stichum* 38. *l. si ita fidejussorem* 42. & *l. si a reo* 70. §. *si reo* 2.
2 *ff. hoc tit.* Ejusque ratio est perspicua: tum quia fidejussoria obligatio est accessio quaedam principalis obligationis, *hoc §. nostro, vers. nam eorum & d. l. hi, qui* 34. *ff.*
3 *eod.* Accessio autem naturam principalis sequitur, non excedit: cùm absurdum sit, plus esse in accessione, quàm in re principali, *arg. l. cum principalis* 178. *ff. de reg. jur. c. accessorium* 42. *eod. tit. in* 6. *Gaeddaeus in Commentar. de*
4 *contrah. & committ. stipulat. c.* 6. *conclus.* 2. *n.* 433. Tum quia iniquissimum est: fidejussoris, qui nullo jure cogente, & gratis quidem, officio humanitatis, & amore proximi adductus, fidem suam interponit, graviorem esse conditionem atque damnosiorem, quàm ipsius principalis, *notante Valentino Forstero in tract. de fidejussorib.*
5 *cap.* 4. *n.* 87. Tum etiam, quia fidejussio, ceu species quaedam stipulationis, stricti juris contractus est, *arg. §. actionum* 28. *infr. de actionib. l. in actionib.* 5. §. *ult. & l.* [illegible] *ff. de [illegible]. Anton. Pichard. Vinnius supra ad* [illegible] *n.* 1. *Henning. Wegner. disp.* 11. *ad Inst.*
6 *thes.* 8. *h. t.* in quo nihil venit, nisi quod nominatim est actum, *l. quidquid adstringendae* 99. *ff. de verb. oblig. l. blanditus* 12. *C. hoc tit. Roland. a Valle consil.* 58. *n.* 10. *vol.* 1. *Anton. Hering. in tract. de fidejuss. c.* 24. *n.* 33. &
7 *seq.* Caeterum in plus sese obligare fidejussor dicitur, vel re, vel tempore, vel loco, vel causa, *hoc §. nostro vers. itaque si reus. &c. §. si quis agens* 33. *vers. plus autem in-*
8 *fr. de actionib.* Re plus deberet fidejussor, quàm principalis: si principali in quinque aureos obligato, fidejussor in decem obligaretur, *d. v. itaque si reus, &c. & d. v.*
9 *plus autem, &c.* Tempore plus deberet fidejussor: si principali ad diem, vel sub conditione obligato, fidejussor purè obligaretur, *hoc §. nostro, circa finem. & d. §. si quis*
10 *agens* 33. *vers. tempore. infr. de actionib.* Loco plus fidejussor deberet: si reum purè interrogassem, & fidejussorem cum adjectione loci accepissem, *l. fidejussor.* 16. §.
11 1 *ff. hoc tit.* Causa denique plus deberet fidejussor, quàm principalis: si à reo principali stipulatus hominem aut decem, à fidejussore stipularer hominem aut decem, utrum ego velim. Quo casu non obligabitur fidejussor: quia durior ejus conditio facta est, *d. l. Graece* 8. §. *idem Julianus* 9. *ff. eod.* Sicut nec haec fidejussio valet: si Stichum à principali stipulatus, à fidejussore Stichum aut decem stipularis: non tam quia durior hic sit conditio fidejussoris (mortuo quippe Sticho, tenetur ad decem) quàm quia in aliam potiùs obligationem accipitur, *d. l. Graece* 8. §. *si quis Stichum* 8. *ff. hoc tit.* Et quod hoc loco 12
& alibi affirmatur: fidejussores in minus, sive in leviorem causam, quàm principales, obligari posse; ita intelligendum est: dummodo non in aliam rem, quàm principales, obligentur. Nam in aliam rem, quàm quae principali credita est, fidejussor obligari non potest, *d. l. si ita fidejussorem* 42. *ff. eodem. Et de illis subtiliter disput. Schifordegher. lib.* 1. *ad Anton. Fabr. tractat.* 28. *quaest.* 1. & *seqq.*

Porrò difficillima hic examinanda venit quaestio: u- 13
trùm, si fidejussor majorem summam, quàm principalis, promiserit, tota fidejussio sit inutilis; an verò saltem ad concurrentem summam, hoc est, eam, quam principalis debet, fidejussor obligetur? Et totam fidejussionem inutilem esse, responderunt *Accursius, Bartol. & alii in d. l. Graece* 8. §. *illud* 7. *ff. hoc tit. Fulgosius in l. hactenus* 11. §. 1. *ff. de constit. pecun. Alex. & Jason n.* 9. *in l.* 1. §. *si stipulanti. ff. de verb. obligat. Hippolyt. de Marsil. in rubric. de fidejussorib. n.* 291. *Ludovic. Roman. consil.* 66. *incip. vir eximie, &c. Connan. lib.* 6. *Commentar. jur. civ. cap.* 6. *n.* 8. *Gaeddeus in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 4. *conclus.* 1. *n.* 74. *cum seqq. Bertazolius in tractat. clausul. instrum. claus.* 40. *Gloss.* 6. *n.* 2. *Franciscus Jametius in Commentar. ad tit. de fidejussor. Haenonius disp.* 15. *ad Instit. controvers.* 11. *Hartman. Pistoris lib.* 3. *quaestionum jur. q.* 10. *n.* 20. & *seq. Francus d. tract. de fidejussorib. c.* 4. *n.* 92. & *seq. Fachinaeus lib.* 8. *controversiar. jur. c.* 51. *Timaeus Faber disput. anniversar.* 23. *ad Institut. Imperial. th.* 10. *Giphanius, Anton. Matthaeus, Bachovius & Hotoman. enunciat.* 1. *in hoc §. nostro. Horatius Carpanus ad statut. Mediolan. part.* 2. *c.* 189. *n.* 8. *Schifordegher. lib.* 2. *tr.* 9. *ad Anton. Fabr. per tot. Pyrrhus Maurus Arretinus in tract. de fidejussorib. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. & *seqq. pag.* 291. *Reifenbergius disput juris civil. renovata.* 1. *coronid.* 2. *Erasmus Ungepaur. Exercit. Justin.* 11. *sub quaest.* 5. *p.* 411. *cum seqq. edit. ult. & Paulus Berens disp.* 10. *ad Instit. them.* 2. *quaest.* 3. Sed contraria sententia, quòd videlicet tantùm pro excedente quantitate invalida sit obligatio, pro parte verò concurrente valeat, benignior mihi, & probabilior videtur. Eaque stabilitur sequentibus potissimùm juris fundamentis. I. Quicquid in stipulatione est 14
receptum, idem etiam obtinet in fidejussione: cùm ea nihil aliud sit, quàm fidejussoria stipulatio, sive species stipulationis, *ut monitum suprà n.* 5. Ast in stipulatione ita jus est, ut si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, in decem obligatio contracta dicatur, *l.* 1. §. *si stipulanti* 4. *ff. de verb. oblig.* idque propterea, quòd qui viginti dicit, etiam in decem consentire censeatur: cùm major numerus semper in se minorem contineat, *l. cum furti* 9. 15
ff. de in lit. jur. l. qui concubinam 29. §. 1. *ff. de legat.* 3. Idem ergo & in fidejussione locum sibi vindicare debet. Si enim fidejussor seriò fidejussit in viginti: tum utique eum habuit animum, ut in viginti sese obligaret. Multò igitur magis in decem se obligasse intelligitur, *l. inter stipulantem* 83. §. *diversa* 3. *ff. de verbor. oblig.* II.
Quoties promissum est plus, quàm promitti oportuit: 16
non tota obligatio, sed id, quod superfluum est, tantummodo infirmatur, & obligatio in suo robore perdurat, quasi nullo penitus alio adiecto; sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse creditur, *l. hactenus* 11. *in fine cum l. seq. ff. de constituta pecun. l. praeterea* 3. §. *ult. cum l. seq. l. rogatus* 33. *ff. mandati. l. qui his idem.* 18. *ff. de verbor. oblig. l. sive generalis* 61. *in princ. ff. de jur. dot. l. sancimus* 34. *in princ. C. de donationib. l. hac edictali.* 6. *in fine principii. vers. sin verò plus C. de secund. nupt.* §. *is, qui exequitur* 8. *infr. de mandato.* Quid si igitur hoc in constituto, stipulatione, mandato, dote, & donatione receptum est, *sicut praedictae leges probant*: ratio nulla dari potest, quare non aequè in fidejussione, quae per stipulationem contrahitur, locum habere queat.
Siquidem & aliàs toties utile per inutile, non vitiatur, 17
quoties utile ab inutili & separari & distingui potest, *l. pecunia* 9. *l. usuras* 20. & *l. placuit* 29. *ff. de usur. l. si sponsus* 5. §. *generaliter* 2. & *l. sed si vir* 31. §. *si vir uxori.*

Digitized by Google

[..]tori 2. *ff. de donat. inter vir. & uxor. l.* 1. §. *Trebatius* 18. *ff. de aqua quotid. & æst. l. eum, qui ita* 56. §. 1. *ubi Gloss. in verb. [...] ff. de verb. oblig. d. l. sancimus* 34. *in princ. C. de donat. [...] 37. ibique Dynus & Peckius itemq; Joan. Baptista Vivianus de reg. jur. in* 6. *Hubertus de Bonacurso in [...] de impedimentis quæ contra*

18 *rescripta, &c. n.* 105. *p.* 252. *& seq.* III. Tum obligatur fidejussor, quando nil amplius debet, quàm principalis debito, *arg. d. l. Græce* 3. §. *illud* 7. *& d. l. hi, qui accessionis,* 34. *ff. hoc tit.* Atqui si in summam concurrentem tenetur, non debet plus, quàm principalis, *ut ad sensum patet.* Nec quenquam morari debent illa *dictæ l.* 8. §. 7. verba, *omnino non obligari.* Nihil enim vetat, quo minùs accipiamus, *omnino non,* pro *non omnino*: quemadmodum Haloandri lectio habet. Haud quippe novum est, ut particula negativa interdum postponatur, cùm præponi debuisset: ut, *omnes non,* pro *non omnes, in l. si servus.* 9. §. 1. *ibi, omnes [...] non esse. ff. si quis cautionib. in judic. sistendi caus. fact. & potest non recusare,* pro *non potest recusare,* in *l. sed & si hereditas.* 11. § 1. *vers. nam si solebat. ff. ad exhibend. & omnibus non sufficere,* pro *non omnibus sufficere,* in *l. de pupill.* 5. §. *si plurium.* 6. *ff. de operis novi nunciat.* Sed & hoc non insulsè dici poterit: Ulpianum *in d. l.* 8. §. 7. *ff. hoc tit.* ad id tantùm, quod summam principalem excedit, respexisse: ejusque excessûs intuitu respondisse, fidejussorem omnino non ob-

19 ligari, id est, neque civiliter, neque naturaliter. Atque hanc fuisse mentem Ulpiani, ex eo liquidò apparet, quòd *de universis,* qui pro aliis intercedunt, asseratores in du-

20 riorem causam adhibitos omnino non obligari. Jam verò jus certum atque indubitatum est: reliquos intercessores, nempe constitutores & mandatores, si pro majori summâ interveniant, ad sortem principalem, sive summam in principali obligatione comprehensam obligari. *d. l. hactenus.* 11. *ff. de constit. pec. d. l. rogatus.* 33. *ff. mandati.* Idem ergo de fidejussoribus dicendum: ut ii, in majorem summam fidejubentes, in concurrentem teneantur. IV. Denique hanc assertionem plurimi insignes Interpretes in terminis amplectuntur & defendunt, *Azo in summâ tit. C. hoc tit. n.* 7. *Cynus & Alberic. de Rosat. in l. fin. C. eod. Francisc. Balduin. Eguinarius Baro, Stephanus Bodeus, Gerardus Tuningius, Mynsinger. Wesenbec. Borcholt. Heigius n. . & Vultejus, n.* 10. *in hoc* §. *nostro. idem Wesenbec. in paratit. l. ff. hoc tit. n.* 5. *Decius n.* 12. *& Molinæus in addit. ad Decium lib.* 8. *in l. in eo, quod plus.* 110. *ff. de reg. jur. idem Molinæus Lancell. Galiaula, Alciat. Coras. & Duaren. ad d. l.* 1. §. *si stipulanti. ff. de verb. oblig. Gomez. tom.* 2. *var. resolut. c.* 13. *n.* 2. *& ibi Emanuel Suarez in addit. sub lit. a. idem in thesaur. recept. sentent. lit. F. n.* 129. *Gulielm. Fornerius select. lib.* 3. *c.* 11. *Fernand. Vasque lib.* 1. *illustr. controvers. c.* 40. *n.* 5. *Treutler. select. disput. vol.* 2. *disput.* 28. *th.* 4. *lit. b. ibique Bachovius in suis not. vers. sed videamus, &c. p.* 930. *cum seqq. & Hunnius ibidem in resolut. q.* 27. *p.* 205. *cum seq. idemque libr.* 3. *var. resol. jur. civil. tract.* 5. *quæst.* 9. *Gochausen in sua necessariâ informatione, &c. disp. ult. p.* 291. *Andreas Kohl. in tract. de sub feudis. c.* 2. *n.* 36. *Joh. Jacob. Plebst. disput. nov. antiq.* 2. *thes.* 51. *lit. C. Hering. d. tract. de fidejussorib. c.* 24. *n.* 65. *cum multis seqq. Dn. Collega Bocer. class.* 2. *disp.* 16. *th.* 19. *edit.* 2. *& in hoc tit. n.* 162. *cum seqq. p.* 324. *Cramer, disp.* 19. *th.* 6. *Arumæus exerc. Just.* 13. *th.* 15. *Gilbert. Reg. lib.* 2. *ἐναντιοφανῶν, c.* 20. *p.* 85. *Marcus Lycklama lib.* 6. *membran. Eclog.* 16. *Bronchorst. cent.* 4. *ἐναντιοφανῶν, assert.* 53. *Andr. Gerhard. decad.* 14. *q.* 20. *Jul. Pac. in epitom. jur. disp.* 13. *th.* 16. *Hilliger. in Donelio enucleat. lib.* 15. *c.* 48. *lit. l. Joh. Schroterus distrib. domestic. decad.* 7. *q.* 10. *Arnoldus Vinnius lib.* 2. *Jurispr. contractæ c.* 51. *ad tit. L. p.* 189. *aliique ferè innumeri.*

21 Non obstat huic ita firmatæ decisioni textus *in d. l. Græce* 8. §. *illud* 7. *ff. hoc tit.* ubi respondetur; illud commune esse in universis, qui pro aliis obligantur, quòd si fuerint in duriorem causam adhibiti, omnino non obligentur. Si igitur omnino non obligantur: ergo nec in concurrentem quantitatem, sive in id, quod aliàs reus principalis debebat. Nam dictio negativa, *non,* signo universali postposita, facit: ut verbum potentiæ suo contradictorio æquipolleat, ut *omnino non,* idem significet; quod *nullo modo,* per notata Bartoli *in l. legitimos* 5. §. *in legitimis* 2. *ff. de legitimis tutorib. & Decii in d. l. in eo, quod plus* 110. *n.* 11. *ff. de regul. jur.* Non, *inquam,* textus ille obstat. Etenim, *præter expositiones supra allatas n.* 19. hanc mentem Ulpiani fuisse nonnulli appositè satis contendunt: quòd illi, qui pro aliis obligantur, si in duriorem causam fuerint accepti, *omnino non,* id est, in soli-

dum non obligentur: sed tamen obligentur pro eâ parte, 22
pro quâ & ipse reus tenetur: ut ita hoc loco verbum *omnino,* idem significet, quod verba *in solidum*: perinde ac si Jurisconsultus eos, in solidum non obligari dixisset. Quam interpretationem non solum rationes *supra n.* 14. *& seqq.* adductæ suadent: verùm etiam illi comprobant textus, quibus verba isthæc, *omnino vel omnimodo non,* idem denotant, quod *non in solidum,* sive *in totum*: ut in *l. cum filiusfamilias* 11. *in fin. ubi Ludovic. Charond. ff. de legat.* 1. *l. si mihi purè* 59. *circa finem. ff. de legat.* 2. *l. sive in duplum* 3. *ff. qui satisdare cogant. l. voluntate* 10. *in princ. vers. neque omnimodo. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Gilbert. Reg. d. lib.* 2. *c.* 20. *Hunn. d. quæst.* 9. *vers. ad primum, &c. Knipschildt. exercit. Acad.* 7. *quæst.* 7. *p.* 261. *cum seq. Hering. d. c.* 24. *n.* 86. *& seqq. ubi hanc solutionem fusius declarat.*

Non item resistit §. *præterea.* 5. *supra, de inutilib. sti-* 23
pulat. ubi Justinianus ait; inutilem stipulationem esse, si quis quinque aureos à te dari stipuletur, & tu decem promittas. Eodem igitur modo inutilis videtur fidejussio, si creditor sibi quinque aureos dari stipuletur, & fidejussor decem sua fide esse jubeat. *Respondetur enim*: in illo §. inutilem esse stipulationem, quatenus quis non respondet ad ea, de quibus erat interrogatus: quemadmodum ipse Ulpianus hoc interpretatur *in d. l.* 1. §. *si stipulanti.* 4. *ff. de verb. obligat.* ubi cùm interroganti & stipulanti decem, promissa essent viginti, adeoque ad interrogationem congruè responsum non esset, dicit Jurisconsultus: quoad decem, stipulationem contractam non esse. Sic igitur & illud, quod Justinianus *in d.* §. *præterea.* stipulationem istam inutilem pronunciat, si quis quinque aureos stipulanti decem promittat; eodem modo, quo prius, accipiendum est, quod scilicet non simpliciter & in totum sit inutilis stipulatio, sed solùm quoad summam redundantem, *d. l.* 1. §. 4. *ff. de verb. obligat. Hucque conferenda sunt, quæ ulteriùs annotavimus ad d.* §. *præterea. sup. de inutilib. stipulat.*

Non quoque repugnat, quòd cùm adjicitur, vel de- 24
trahitur aliquid obligationi, semper probandum sit, vitiatam esse obligationem, *l.* 1. §. *si quis simpliciter* 3. *ff. de verb. obligat.* Atqui in propositâ quæstione, ubi fidejussor majorem summam, quàm principalis, promittit, aliquid obligationi adjicitur. Ergo vitiatam esse obligationem, dicendum erit. Hoc, *inquam,* non repugnat: quia regula ista, quâ dicitur, quòd cùm aliquid adjicitur, vel detrahitur obligationi, vitiata sit stipulatio, neutiquam procedit in stipulatione, in qua interrogatio & responsio, quoad quantitatem seu summam, non congruunt: sed solum in stipulatione, in qua, quoad qualitatem responsio ab interrogatione discrepat: ut manifestè patet ex exemplis, *in d. l.* 1. §. *si quis simpliciter.* adductis. Etenim de ista stipulatione, in qua de aliâ summâ est responsio, quàm de quâ erat interrogatio, alia subjicitur regula *in d. l.* 1. §. *si stipulanti* 4. *ff. de verb. obligat.* Quod si verò prædicta regula omnino de his quoque stipulationibus, quarum responsio ab interrogatione quoad quantitatem discrepat, intelligi debet: tum non malè respondetur, stipulationem non in totum sed saltem quoad eam quantitatem, quæ amplius erat in responsione, vitiatam esse, cum obligationi aliquid additur, vel detrahitur, prout declaratio illius regulæ statim subjungitur *in d.* §. *si stipulanti.* 4. *Hunn. d. lib.* 3. *tractat.* 5. *quæst.* 9. *in fine.*

Non adversatur etiam, quòd stipulatio sit actus indi- 25
viduus, *l.* 1. §. 1. *l. continuus* 137. *in princ. ff. de verb. oblig.* Actus autem individuus pro parte valere, & pro parte non valere, nequit, *l. si ita stipulatus* 30. §. *ult. ff. de operis libertor.* Et quod individuum est, pro parte adimi, vel pro parte amitti non potest, *l. pro parte* 11. *in fine ff. de servi-*

Digitized by Google

26 ſervitutib. l. una eſt 18. ff. de ſervit. præd. ruſticor. Cùm igi-
tur fidejuſſio per ſtipulationem contrahatur, videtur di-
cendum, quòd ſimiliter pro actu individuo ſit habenda;
& per conſequens partim valere, partim non valere, haud
poſſit. Non adverſatur, inquam, Etſi enim ſtipulatio eſt
actus individuus, quoad formam ſtipulationis, hoc eſt,
interrogationem & reſponſionem: interim tamen ſummæ,
in ſtipulationem deductæ, ſunt dividuæ & ſeparabiles, l.
2. §. 1. l. ſtipulationes non dividuntur 72. ff. de verbor. oblig.
27 Neque id adeò mirum eſt: cùm & teſtamentum quoad
ordinationem, ſit actus individuus, argum. l. ſi iis, qui
teſtamentum 25. ff. qui teſt. fac. poſſ. Decius & Cagnol. in
l. jus noſtrum 7. n. 1. ff. de reg. jur. & tamen res in eo con-
tentæ diviſionem ac ſeparationem patiantur, tot. tit. ff. de
hered. inſtituend. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciſ.
28 Denique nihil refragatur, quòd ſi de aliâ re ſtipulator,
de aliâ promiſſor ſenſerit, perinde nulla contrahatur ob-
ligatio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet, d. l.
continuus 137. §. 1. ff. de verb. oblig. §. ſi de alia 22. ſup. de
inutil. ſtipulat. Cùm igitur in noſtro themate creditor de
minore, fidejuſſor verò de majore ſumma ſentiat: vide-
tur etiam nulla contrahi obligatio: maximè cùm & is
omnino non reſpondeat, qui ad interrogata non reſpon-
det, l. de ætate 11. §. quod autem 5. ff. de interrogat. in jure
faciend. Nihil, inquam, refragatur. Quia illud intelligen-
dum eſt de diverſis corporibus, quæ vel ſubſtantiâ, vel
qualitate planè differunt. At ſi res eadem ſit, quamvis in
quantitate & ſummâ ab invicem differat, quam creditor
ſtipulatur, & fidejuſſor promittit: tunc aliud eſt dicen-
dum: quoniam in ipſum corpus, ſive in eandem rem uter-
que conſentit: nec opus eſt hic adeò congruere ſummam:
cùm plus quàm manifeſtum ſit, majori ſummæ minorem
ineſſe: & ſemper in ſummis id, quòd minus eſt, ſponde-
29 ri videatur l. ſi ita 12. d. l. inter 83. §. diverſa 3. & l. ſi
ita ſtipulatus 109. ff. de verb. obligat. l. ſi ita relictum 43.
§. ult. ff. de legat. 2. Hering. d. cap. 24. num. 106. Vide
eandem quæſtionem ingenioſe explicantem Frantz-
kium exercitat. 10. quæſt. 7. p. 313. & ſeqq.
30 Porrò cum ex prædictis conſtet: fidejuſſorem in aliud
non obligari quàm quod reus principalis ab initio promi-
ſit: non inconvenienter quæri ſolet: utrùm mora rei prin-
cipalis noceat fidejuſſori, adeò, ut ad uſuras, pœnam, ac-
ceſſiones & intereſſe ob moram debitoris teneatur? Circa
quam quæſtionem non ineptè ſic diſtinguitur: ut mora
rei ſive debitoris principalis noceat quidem fidejuſſori ad
continuandam & perpetuandam obligationem: non verò
noceat ad augendam ejuſdem obligationem, ut in uſu-
ras, vel id quod poſtea acceſſit, aut intereſt, condemne-
tur; niſi in omnem cauſam vel eventum fidejuſſerit.
Prius diſtinctionis propoſitæ membrum, quòd nempe
mora principalis obſit & noceat fidejuſſori ad continuan-
dam & perpetuandam obligationem, (ita, ut licèt res
debita, quam ſua fide eſſe juſſerat fidejuſſor, interierit;
non tamen tali interitu liberetur fidejuſſor, ſed adhuc
obſtrictus teneatur) evidenter probatur ex l. ſi ſervum 91.
§. nunc videamus 4. l. cum filiusfamilias 49. in princ. & §. 1.
ff. de verb. obligat. & l. ſi à colono 58. in fine. ff. hoc tit.
31 Accedit & hæc ratio: quòd, cùm fidejuſſoris obligatio ſit
quædam principalis obligationis acceſſio: idcirco quam-
diu non liberatur, ſed obligatus permanet principalis,
tamdiu etiam duret obligatio fidejuſſoris. Jam verò cer-
tum eſt; quòd, licèt res perierit caſu fortuito: morâ tamen
debitoris interveniente, duret ac perſiſtat obligatio ipſius
principalis. Ideoque nec fidejuſſoris obligatio tolletur,
aut extinguetur. Ita ſentiunt poſt alios, Gœddeus in Com-
mentar. de contrah. & commit. ſtipul. c. 11. concluſ. 10. n.
123. cum ſeq. & Hunnius lib. 3. variar. reſol. jur. civ. tract.
5. quæſt. 8. verſ. cæterùm ad continuandam &c. pag. 1049.
Alterum iſtius diſtinctionis membrum, quòd videlicet
fidejuſſor ex morâ rei principalis non teneatur in uſuras,
aliaſque acceſſiones, niſi in omnem cauſam ſeſe obligarit,
32 ſequentibus rationibus confirmatur. I. Quia cùm fidejuſ-
ſio ſit ſtricti juris, & mora etiam pro delicto habeatur,
quamvis per ſe in omittendo conſiſtat, Gloſſ. in l. ſi mora.
9. in verb. ne facto ff. ſolut. matrim. Joh. Bapt. Plotus in
tract. de in lit. jurand. §. 11. n. 20. non mirum eſt, illud,
quod ex morâ præſtandum venit, non eſſe in obligatione
fidejuſſoria, arg. l. quicquid adſtringendæ 99. in princ. ff. de
verb. oblig. cum durum atque iniquum foret, & facto al- 33
terius alterum damnum pati, l. ſi ex duobus 17. ff. de noxa-
lib. action. l. paterfamilias 44. ff. de hered. inſtituend. Andr.
Rauchbar. part. 2. qu. 7. n. 10. II. Quia tritiſſima juris re- 34
gula eſt: quòd mora unicuique ſua, & non alii, obeſſe
debeat, l. quod te mihi 5. ff. de reb. credit. ſi cert. pet. l. ſi
in Aſia 12. in fine. ff. depoſiti. l. ratio 3. §. fin. ff. de actionib.
empt. l. mora. 32. §. quid ergo 3. ff. de uſur. l. ſi rem æſti-
matam 14. ff. de jure dot. l. cùm ſervus 39. §. 1. v. ipſius
quoque & l. cùm res 47. in fin. ff. de legat. 1. l. qui ſolidum
87. in princ. & §. 2. l. ſi quis ſervo 84. ff. de leg. 2. l. cui fidei-
commiſſar. 18. in princ. ff. ad Senatuſconſ. Trebellian. l. in
condemnatione 173. §. 2. ff. de reg. jur. & c. mora 25. eod.
in 6. Quare & mora debitoris principaliis ipſi, & non
fidejuſſori, nocere debet. III. Huc non parùm confert 35
l. fidejuſſores magiſtratuum 68. §. 1. ff. hoc t. cujus in ſpe-
cie quærebatur, utrùm fidejuſſor non ſolùm in ſortem,
quam ſua fide eſſe juſſerat, ſed etiam in uſuras ob mo-
ram à debitore principali commiſſam, teneretur? Reſpon-
det Paulus: fidejuſſorem non teneri ad uſuras: & hujus
ſuæ reſponſionis hanc rationem affert: quòd ſe in ſola
centum annua, adeòque in certam ſummam, & non in
omnem conductionem, vel omnem conductionis cauſam
obligaverit. Ex quo ſine ullo negocio colligitur: quòd
quoties fidejuſſor ſe non in omnem contractûs cauſam
expreſsè obligat: ad uſuras, morâ à principali commiſſa,
non teneatur. IV. Eadem ſententia corroboratur per l. 36
ult. ff. eod. ubi ad pœnam, in quam propter ſuam moram
vel culpam debitor incidit, fidejuſſor non tenetur: item
per l. fidejuſſor 10. Cod. tot. tit. ex quâ patet, quòd ad
hoc, ut fidejuſſor teneatur ad uſuras, requiratur, ut no-
minatim in uſuras accipiatur: alioquí ſimpliciter accep-
tus, in ſortem duntaxat obligetur. V. Quia cùm effec- 37
tus contractûs ſemper ſe referat ad tempus contractæ
obligationis, arg. l. Rutilia 69. ff. de contrah. empt. non
videtur fidejuſſor, ſimpliciter intercedens in aliud ſe
obligare, quàm interceſſionis tempore debebatur. Eo
autem tempore nihil præter ſortem in obligatione erat.
Ergo in nihil aliud, præterquàm in ſortem fidejuſſor ſe
obligare cenſetur, l. per retentionem, 4. & l. pignorib. 22.
Cod. de uſur. l. cùm te 3. C. ne uxor pro marito, &c. VI.
Firmat hanc concluſionem textùs rotundus in l. quæro 38
54. in principio ff. locati. ubi ſemel atque iterum affir-
matur; fidejuſſorem in uſuras & acceſſiones ex morâ
debitoris teneri, ſi in omnem cauſam ſe obligaverit. Quam-
obrem ſi non in omnem contractûs cauſam ſe obligave-
rit expreſsè fidejuſſor: propter moram principalis ad
acceſſiones non tenebitur. Conditio enim in formâ ſpe- 39
cifica adimplenda eſt: adeò, ut ſi hoc factum non fuerit,
actus pro non geſto habetur, arg. l. qui hered. 44. in princ.
l. Mævius 55. & l. Titio 73. ff. de conditionib. & demonſtrat.
VII. Accedit quoque textus in l. centum Capuæ 8. ff. de 40
eo, quod certo loco dari oportet. ubi dicitur, ob moram
rei principalis obligationem fidejuſſoris nullo modo au-
geri, ſive pleniorem fieri. VIII. Stabilit pronunciatum 41
noſtrum l. initio 5. C. de pact. inter emptor. & vend. com-
poſit. ubi cùm Gordianus Imp. reſcribat: uſuras à debi-
tore, & eo, qui in omnem cauſam fidem ſuam adſtrin-
xerit, exigi poſſe, morâ à debitore commiſsâ: ſatis hoc
ipſo ſignificat, quòd is, qui non in omnem cauſam ſeſe
obligarit, in uſuras non teneatur. IX. Denique deciſio-
nem iſtam ſuis muniunt ſuffragiis Johan. Coraſius lib. 2.
miſcellan. jur. civ. c. 12. n. 8. & ſeqq. Vultejus hic n. 4.
cum ſeqq. Donell. & Duaren. ad l. mora 88. ff. de verb. ob-
lig. Valentin. Franc. in tract. de fidejuſſ. c. 5. n. 26. cum ſeqq.
Bronchorſt. cent. 2. ἐναντιοφανῶν, aſſert. 92. ed. 1. Treutler.
diſput. 28. th. 5. ſub lit. A. volum. 2. Gœddeus d. Comment.
de contrah. & commit. ſtipul. c. 11. concl. 10. n. 123. & ſeqq.
Hunnius d. lib. 2. var. reſolut. tract. 5. quæſt. 8. Olemannus
ad Giphan. lib. 3. diſput. 27. n. 11. & 12. Arumæus exerci-
tat. Juſtin. 13. theſ. 16. & in Commentar. de morâ c. 8. n. 16.
Paulus Berens diſput. 10. ad Inſtit. them. 2. q. 4. Anton. He-
ring. in tract. de fidejuſſorib. cap. 24. n. 124. cum multis ſeqq.
Knipſchildt d. exercit. 7. quæſt. 10. p. 264. & alii.

Huic

42 Huic verissimæ sententiæ primò non obstat, *l. mora. 88. ff. de verb. obligat.* ubi Paulus simpliciter & generaliter respondit: *moram rei fidejussori quoque nocere.* Quamvis enim mora rei principalis noceat fidejussori, ad hoc scilicet, ut perpetuetur obligatio: non tamen nocet, ad hoc, ut principalis obligatio augeatur, *d. l. si servum 91. §. nunc videamus 4. ff. de verb. obl. & d. l. si à colono 58. in fin. ff. hoc tit.* Neque probè replicaverit quispiam, nullo modo
43 dici posse, principalis moram fidejussori nocere: cùm jam ante eam commissam teneatur fidejussor, ita ut non moræ imputandum sit, si obligatio duret, sed fidejussoris consensui, qui obligationi accessit. Rectè namque nihilominus Paulus *in dict. l. 88. ff. de verb. obligationib.* dixit, moram rei fidejussori nocere. Siquidem cùm fidejussor pro Sticho, sicque re certâ, fidejusserat: dicendum videbatur, eo mortuo obligationem fidejussoris extingui, utpote extincto homine, pro quo fidejusserat. Quo non obstante, responsum est, obligationem fidejussoris manere: quoniam facto suo reus principalis obligationem perpetuat, ut loquitur idem Paulus *in d. l. si à colono 58. §. 1. ff. hoc tit.* quod factum ut obesse, ita nec prodesse debet fidejussori: interim tamen nocere dicitur, scilicet ne fidejussor liberetur; sed ipse etiam ad æstimationem Stichi teneatur, tametsi moram non fecerit, *Arumæus d. Commentar. de mora. cap. 8. n. 16. & Vultejus hic num. 6.*

44 Secundò non obstat *suprà nu. 38. pro nostrâ conclusione adducta l. quæro 54. in princ. ff. locati.* in quâ decisionis rationem, ob quam fidejussor ad usuras teneatur, hanc fuisse plerique existimant: quia in omnem causam fidejussor, bonæ fidei contractui accedens, se obligasse censeatur: eò quòd usuræ etiam bonæ fidei contractûs obligatione contineri intelligantur, *argum §. in bonæ fidei 30. infr. de actionib.* Unde particulam *Si*, in *d. l. 54.* interpretantur pro *quia*: in quâ significatione in aliis quoque legibus isthæc particula invenitur, *ut in l. videamus 4. in pr. ff. de in lit. jurand. l. Titium 47. §. à matre 3. vers. si manent. ff. de administrat. & peric. tutor. l. qui Romæ 122. §. Agerius 4. & §. seq. vers. si Seja ff. de verb. obligat.* Deinde idem ex eo probari putant, quòd Paulus *in d. l. quæro.* ait: exemplo coloni usuras à fidejussore præstari. Atqui exploratum est, colonum post moram teneri ad usuras, non quidem ipsa promissione & obligationis necessitate, sed officio judicis, secundùm ejus actionis naturam, cui inservit: ut *ex d. l. quæro. vers. usuræ enim in bonæ fidei. ff. locat.* colligi autumant. Non, *inquam*, lex illa obstat. Quandoquidem disertè (*uti suprà num. 38. ostensum*) sententiam nostram corroborat: cùm sub hac conditione fidejussorem de usuris teneri dicat, *si in om-*
45 *nem causam sese obligarit.* Ubi particulam *Si*, notam esse rationis, atque idem, quod *quia* denotare; non verò notam esse conditionis, minimè admittendum est: propterea quòd in dubio, in quo nunc versamur, non debeat recedi à propriâ verbi significatione, præterquàm si manifestissimum sit, legislatorem id voluisse, *vulg. l. non*
46 *aliter 69. in princ. ff. de legat. 3.* Proinde cùm hæc sit genuina & propria particulæ istius *Si*, significatio, ut non rationem, sed conditionem denotet: consequens est, quòd etsi aliàs idem, quod *quia* significet: id tamen hoc in loco recipiendum non sit: maxime cùm interpretationi huic suprà relatæ æquitatis & juris rationes reclament, & perspicuè evincant, quod aliter fidejussor in usuras & accessiones non teneatur, quàm cùm apertè in omnem causam fidejusserit.

47 Sic nec alterum quicquam ad rem facit, quod *ex d. l. quæro.* eliciunt. Nam, *ut ex ipso contextu clarissime liquet*, non idcirco fidejussor illic exemplo coloni tenetur in usuras, quia officio judicis adstringatur: sed quòd in omnem causam sese obligaverit. Itaque si non in omnem causam sese obligaverit fidejussor: non tenebitur exemplo coloni in usuras. Nec ibi instituitur comparatio coloni & fidejussoris in genere, sed nominatim & in specie illius fidejussoris, qui in omnem causam se obligavit, *D. Hunn. d. l. 3. var. resol. tract. 5. q. 8. vers. nec magni ponderis, &c.*

48 Tertiò non obloquitur *l. si ab uno. 17. ff. ut legator. seu fideicommiss. servand. caus. caveat.* ubi Paulus IC. asserit: si ab uno coheredum eodem legato gravatorum fidejussor datus sit, & postea pars unius vel omnium coheredum accrescat huic, qui fidejussorem dedit: tunc in solidum legatum teneri hunc fidejussorem: licèt ab initio videatur in partem legati fidejussisse. *Nam* juri accrescendi locus est in coherede adeunte, cæteris deficientibus. Hinc est, ut ab initio hæc fidejussio perinde habeatur, ac si pro toto legato facta esset: quia eventus docet, eum totum legatum retrò debuisse: quod ita est, nisi disertè in partem legati intercessisset. Sed & hanc cautionis interpretationem elicit suadetque favor legatorum ac fideicommissorum: ne legatarius & fideicommissarius sub specie fidei in reliquo decipiatur. Idq; latiùs declarat D. Gœddeus *d. Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 11. conclus. 10. nu. 141.*

Quartò nihil impedit conclusionem nostram, quòd fi- 49
dejussor rei locum obtineat: ac proinde obligatus sit in usuras easdem, in quas obligatus est reus principalis, *l. potest. 4. in fine. ff. hoc tit.* Locum enim rei fidejussor obtinet non in omnibus & singulis; sed in his duntaxat, quæ promisit, non etiam in aliis, de quibus fortè ne cogitatum quidem fuit. Atq; hæc interpretatio sumitur ex naturâ fidejussionis: fidejussio siquidem fit per stipulationem. Atqui stipulatio stricti juris est, *ut dict. suprà n. 5.* Ea autem, quæ stricti juris sunt, ad alia non extenduntur, nisi de illis dictum fuerit, *d. l. quicquid astringendæ. 99. in pr. ff. de verb. obl.* Quòd si verò tam strictè fidejussorem rei principalis locum obtinere dicamus: hoc absurdum inde sequetur, ut eadem semper sit fidejussoris conditio, eademque obligatio, quæ est rei principalis: quod tamen legibus repugnat, secundùm quas fidejussor in causam etiam leviorem accipi potest, *d. l. Græce 8. §. illud 7. & l. seq. ff. hoc tit. & hoc §. nostro. vers. at ex diverso. ibique Vultejus n. 8.*

Quintò non refragatur *l. amissi 52. §. fidejussor. 2. ff. hoc* 50
tit. ubi Papinianus scribit: fidejussorem à colono datum, teneri etiam ob pecuniam dotis prædiorum: hoc est, ob pecuniam straminum, stercorum, graminum, boum arantium, aratrorum, ligonum, stabulorum, pedamentorum, aliorumq; quæ ad instructionem fundi pertinent. Et subjicit IC. hanc rationem: quòd ea quoq; species locationis vinculum ad se trahat. Quocirca etiam ad accessiones fidejussor obligatus videtur, quamvis ad eas sese non obstrinxerit. Lex, *inquam*, illa non refragatur. Quia certum est: conductorem statim ab initio obligationis contractæ de dotibus prædiorum æquè, atque de ipso prædio custodiendo ac restituendo teneri, uti locatore ad præstandum eas obligatur, *l. videamus 11. §. item prospicere 2. l. si in lege 24. §. si domus 2. ff. locati. l. 2. §. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Quare dici nequit, ex post-facto augeri istam obligationem ob moram vel factum rei: cùm ab initio hæc inesset principali obligationi, in quam totam fidejussor fidejussit, *Gœdd. d. c. 11. nu. 142. Berens. d. disp. 10. them. 2. q. 4. vers. quintò non obstat. &c.*

Sextò nil quoq; officit *l. 2. §. fin. cum l. seq. ff. qui satisdare* 51
cogant. ubi traditur; eum, qui judicio sisti promisit, teneri non in id, quod veritatem continet, sed quantum reverà in judicium deductum est; nisi in certam quantitatem fidejussisset: adeò, ut si actio furti in duplum vel quadruplum sit, vel vi bonorum raptorum: fidejussor etiam tanti sit obligatus. *Etenim* ex ipsis legum prædictarum verbis clarescit: quòd ob moram principalis & ex post-facto, obligatio nec principalis, nec fidejussoris augeatur: sed ea summa, in quam fidejussor teneri dicitur, reverà in obligatione & actione prius fuerit, eaque petita, & in judicium deducta sit. *Hunn. d. lib. 3. tract. 5. q. 8. p. 1047. in fine.*

Septimò nihil obest sententiæ nostræ *l. si quis pro eo. 55.* 52
§. nummos 2. ff. hoc tit. ubi expressum est, fidejussorem non obligari, qui acceptus est in eam pecuniam mutuò datam, cujus creditor dominus non erat, nisi secutâ consumptione: quia videtur in omnem causam acceptus, quæ ex eâ numeratione nasci potest. *In ea* namq; lege non agitur de obligatione accessoriâ, quæ ex accidenti propter moram, aut culpam debitoris enascitur: sed de eâ, quæ principaliter venit ex re, super quâ facta est intercessio, & ita respicit principalem obligationem. Erat quippe data aliena pecunia, in quâ mutuum non consistit: & ideo nec fidejussor teneri videtur, qui in causam mutui acceptus est. Verùm

rùm quia in omnem causam ab initio acceptus censetur, idcirco, consumptis nummis, tenetur, quamvis aliâ ex causa ii condicantur. *Qua de re latè Petrus August. Morla part. 1. emporii jur. tit. 8. in præmissis n. 19. & seqq. Huc que pertinent, quæ annotavimus suprà ad princ. tit. quib. mod. re contrah. oblig. num. 22.*

53 Octavò nos non movent *l. si postea 10. ff. rem pupilli salvam fore*, ubi Africanus apertissimè scribit; fidejussores teneri ex mora tutoris, rem pupilli salvam fore promittentis, in fructus & usuras, tametsi non in omnem causam fidejubendo se expressè obligârint. *Nam* hoc speciali pupillorum favore indultum est contra fidejussores tutorum, ut ad omnes accessiones ex morâ rei teneantur

54 *l. etiam 3. l. si cum fidejuss. 5. & l. pen. ff. de fidejuss. tut.* quemadmodum & multa alia singularia in gratiam pupillorum à Legislatoribus sunt constituta, *l. cùm ostendimus 4. §. ult. ff. d. tit.* quæ ad consequentias porrigi & produci non debent *l. quod verò. 14. ff. de leg. l. quod contra. 141. ff. de reg. jur. Coras. d. lib. 2. miscell. jur. civ. c. 12. n. 11.* Vel potiùs respondendum est: illud ideo fieri, quòd fidejussores in omnem causam actionis tutelæ intervenerint. Quicunque enim actionis tutelæ alicujus nomine intercedit: in omnem causam, & quidquid sententiâ judicis accedere potest, tacite ex naturâ stipulationis, rem pupilli salvam fore, intercedere intelligitur: nisi taxationem certam fidejussioni apposuerit, *Cujac. ad African. tr. 3. p. mihi 67. & 68. Gœddeus d. c. 11. n. 145. Hering. d. tr. de fidejuss. c. 24. n. 154. & seq.*

55 Nonò nihil negotii nobis facit *d. l. fidejuss. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ubi traditur; fidejussorem ideo fisco obligatum non esse ad usuras, quia in certam summam fidejusserit, & non in omnem causam. Ex quo inferri videtur argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum, *l. 1. §. hi jus rei fortissimum ff. de offic. ejus. cui mand. est jurisd.* quòd si non in certam summam, sed simpliciter fidejussisset, in

56 usuras teneretur: quia in omnem causam intercessisse videretur. *Primo* enim respondetur: argumentum à contrario sensu non procedere, nec vim concludendi ullam habere contra expressos textus, & contra rationem juris, *per notata Everhardi à Middelb. n. 9. in loc. suis legal. loc. à contrario sensu. n. 4.* Atqui non solùm expressi textus, sed & ratio juris æquitasque suadent ex solâ principalis morâ obligationem fidejussoriam non augeri; nec in accessiones teneri fidejussorem, morâ à principali commissa, nisi apertè in omnem causam sese obligaverit. *Deinde* argumentum à contrario sensu, sic, ut factum est, non rectè *ex d. l. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ducitur; sed hoc modo concludendum erat: Fidejussor non tenetur ex principalis morâ in usuras; quia non in omnem causam, sed in certam summam fidejussit. Ergo quando non in summam certam, sed in omnem causam fidejussit: tenetur non modò in sortem, sed etiam in usuras & accessiones. *D. Hunn. d. quæst. 8. vers. ad septimum respondeo, &c.*

57 Decimò nullum obstaculum præbet *l. 2. § pen. ff. de administr. rer. ad civit. pertin.* ubi qui pro conductore publicorum vectigalium fidejussit, & simpliciter acceptus est, etiam in usuras convenitur. *Illud* enim jus singulare est conductorum publicorū vectigalium: ut fidejussores conductorum vectigalium in omnem causam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa specialia sunt recepta, *arg. l. si quis 3. §. 1. ff. ad Senatuscons. Macedon. Bronch. d. cent. 2. quæst. 92. vers. secundò opponitur, &c. edit. 1.*

58 Undecimò non infringit assertionem nostram *l. si quis solutioni 24. §. 1. ff. de usuris.* ubi Paulus simpliciter ait: *cùm reus moram facit, & fidejussor tenetur.* Aut enim iste §. explicandus est secundùm distinctionem ejusdem Pauli *in d. l. quæro 54. ff locati.* ita, ut si fidejussor in omnem causam fidejusserit, etiam ex morâ debitoris teneatur. Aut dicendum, quòd per moram rei fidejussoris obligatio non quidem augeatur: interim tamen etiam non minuatur, sed perpetuetur, *per alleg. l. si servum 91. § nunc videamus 4. ff. de verb. obl. d. l. 3. à colono 58. §. 1 ff. hoc tit. Donell in tr. de mora c. 2. vers. neque quicquam iniquum, &c. Hondedaus consult. 50. vol. 1. part. 3. n. 8. & 34. Hering. d. c. 24. n. 158.*

59 Duodecimò & ultimò nullius prorsus momenti est, quod objicitur, indefinitam elocutionem sive propositionem universali æquipollere, *arg. l. si necessarias 8. §. si annua 3. ff. de pignoratit. act. l. si pluribus 44. ff. de leg. 2.* & consequenter eum, qui in causam alicujus contractûs se fidejubendo obligavit, in omnem contractûs causam sese obligasse intelligi. *Nam respondetur:* indefinitam propositionem æquipollere universali interdum, non verò semper: tunc videlicet, cùm prædicatum inest toti subjecto. Atqui prædicatum istud, *obligari in usuras ex morâ principalis*, non inest omni, nec toti subjecto: cùm is demum fidejussor in usuras teneatur, qui omnem in causam sese obligavit, *juribus suprà allegatis. Hunnius d. q. 8. v. ad ult. &c.* Præterea vulgaris illa regula tantùm obtinet in materia favorabili, *l. si quis ita 16. §. 1. ff. de testam. tut.* non etiam in odiosa, *l. 2. ff. de lib. & posth. her. instituend. Coras. d. lib. 2. Miscell. jur. civ. c. 12. n. 10.* Quapropter cùm simus in materiâ odiosissimâ perperam illa regula objectatur: atque ita tandem, contrariis plerisque remotis, firmiter concluditur: moram rei principalis fidejussori nequaquam nocere, quoad augendam obligationem: eo casu excepto, quo in omnem causam fidejussor sese obligârit.

At quid statuendum, si solus fidejussor, & non etiam 60 principalis, moram committat? numquid ex hac morâ suâ ad accessiones, hoc est, usuras & fructus tenebitur? Teneri, liquidissimè apparet *ex l. cum filiusfam. 49. in pr. vers. at si pater. & l. si pupillus 127. in fine. ff. de verbor. oblig.* Hujusque sententiæ ratio est perspicua: quòd cum unicuique moratori sua mora obesse, nec alteri nocere debeat, *l. in condemnatione 173. §. 2. ff. de reg. jur. c. mora. 25. eodem tit. in 6. & multis legib. similibus suprà cumulatis n. 34.* idcirco & si fidejussori, qui ab istâ regulâ nullibi exceptus reperitur, sua mora nocebit. Et quamvis summo jure non teneatur fidejussor: cùm secundum naturam sit, ut obligatione & causa principali, interitu rei debitæ sublatâ, liberentur ac tollantur accessiones, *l. in omnib. 43. ff. de solut. l. si fidejussor 19. ff. de dolo.* ex legis tamen sententiâ tenetur. Etsi enim principalis obligatio sublata 61 sit: accessoriam tamen obligationem adversus fidejussorem retineri hoc casu, æquum est: eò quòd non conveniat, fidejussorem suo facto obligationem tollere, sicque ex suo delicto meliorem conditionem suam facere, *l. si servum 91. §. nunc videamus 4. ff. de verb. obl.* Hinc etiam utilis tantùm actio adversus fidejussorem datur ob ipsius moram: quoniam non ipso jure, sed sententiâ solùm legis tenetur, *Donell. in d. l. cùm filiusfamilias 49. in princ. ff. de verb. oblig. Andr. Kobl. in exercitat. leg. exercit. 10. n. 21 p. 143. Hunnius d. l. 3. var. resol. jur. civ. tract. 5. q. 7. Hering. d. tract. de fidejussorib. c. 24. n. 161. & seqq.*

Neque evertit hanc sententiam, quòd fidejussor ab 62 initio in duriorem causam obligari non possit, & ut plus debeat, quàm principalis, *hoc §. nostro.* Nam semel in eandem rem & causam obligatus, eventu ex morâ & facto suo ita obstringi potest, ut amplius teneatur præstare, quàm ipse reus principalis. Nec hoc tam ex conventione & obligatione fidejussoria, quàm ex propriâ fidejussoris morâ, quæ auget obligationem, descendit. *Hunn. d. quæst. 7. in fine.*

§. *Si quid autem. 6.*

Si quid autem fidejussor pro reo solverit: ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

SUMMARIA.

1 *Quicquid fidejussor pro reo principali solvit, actione mandati convenia repetere potest.*
2 *Nemini officium suum debet esse damnosum.*
3 *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.*
4 *Pro absente & ignorante fidejubens, negotiorum gestorum actionem habet.*
5 *Prædictis actionibus quid petatur.*
6 *Non confessio creditoris, contenta in instrumento, de solutâ à fidejussore pecuniâ, nisi probet factam solutionem, ut fidejussor præfatas actiones contra debitorem exercere possit.*
7 *Quibus casibus fidejussor ante factam solutionem, contra debitorem, rectè ad liberationem agat.*
8 *Primus casus est, si reus principalis nimis diu solutionem protraxerit.*

Si

9 Secundus est [illegible] si debitor post fidejussionem in prodigalitatem [illegible].
10 Tertius est [illegible] fidejussor [illegible] condemnatus fuerit.
11 [illegible] dissolui [illegible].
12 Quartus casus est [illegible] principalis incarceratus fuerit.
13 Quintus, [illegible] fidejussor ante solutionem [illegible] agere possit.
14 [illegible] contractione [illegible].
15 Sextus est [illegible] obligationem deductam, in [illegible].
16 Septimus [illegible] creditori debitorem autem, quamvis nimis [illegible].
17 [illegible] creditore [illegible] compensatur.
18 [illegible].
19 [illegible] liberatus fuerit.
20 [illegible] habetur.
21 Decimus casus [illegible] & [illegible] esse.
22 Undecimus [illegible] nomine obligaverit.
23 Duodecimus & [illegible] casus, si inter [illegible] fidejussorem & debitorem fuerit [illegible].
24 [illegible].
25 Consideratio l. Lucius. 38. ff. mandati. & l. si pro te. 10. C. eod.
26 [illegible].
27 [illegible] principali prorogaverit, per hoc fidejussor liberetur.
28 [illegible] ad omnem causam & casum obligari intelligitur.
29 [illegible] in ineunda & tollenda obligatione.
30 [illegible] receptum.
31 [illegible] indistincte non liberatur.
32 Quibus aliis casibus etiam ante solutionem fidejussor contra debitorem procedere [illegible].

1 Quicquid fidejussor pro reo principali solvit aut expendit, actione mandati contraria repetere potest, hoc §. not. 10. l. idemque 10. §. fidejussores 11. l. [illegible] 33. l. qui fide alienus 53. ff. mandat. l. [illegible] fidejuss. 6. Cod. eod. Ratio
2 manifesta est: tum quia [illegible] suum damnosum esse debeat, l. sed si quis 7. ff. testamenta quemad. aperiant. l. si servus 61. §. [illegible] 5. ff. de furt. l. absentia. 140. ff. de reg. jur. l. videlicet. 29. [illegible] majores, &c. æquitati peraconsentaneum est, fidejussori de indemnitate actionem dari contra debitorem sive reum principalem: alioquin dispendium quis pateretur, unde videtur
3 potius præmium meruisse, c. 2. ext. hoc tit. Tum quia semper qui non prohibet pro se intervenire, aut solvere, mandare creditur, l. indebitam 47. ff. de condict. indebit. l. semper 60. ff. de reg. jur. Quod quidem verum est, si quis pro præsente, vel [illegible] sciente ac patiente fidejusserit. l. si remunerandi 6. §. [illegible] 2. l. qui patitur 18. ff. mandati d. l.
4 si fidejussor. 6. C. eod. tit. Nam pro absente & ignorante fidejubens, non mandati, sed negotiorum gestorum actionem habet: siquidem mandati actio ei competere nequit, cum mandatum nullum antecesserit, l. ex mandato 20. §. 1. & d. l. qui fide 53. ff. mandat. l. 1. l. 2. & tot. tit. ff. de negoc. gest. Cæterum si pro præsente & vetante quis intercesserit: nec mandati, nec negotiorum gestorum actionem competere, Paulus respondit, l. si pro te. 40. ff. mandat. Idemque rescripsit Justinianus, l. fin. C. de negoc. gest. Et hoc verbum [illegible] ad Treutl.
5 vol. 2. disp. 28. th. 5. [illegible]. His autem actionibus non tantum principale debitum; sed omne etiam damnum, expensas & interesse fidejussor repetit & consequitur, d. c. 2. ext. hoc t. l. si quis aliquid 27. §. impendia. 4. ff. mandati. Angel. de Clavasio summa sua, verb. fidejussor. n. 15. Bertazol. in tract. clausul. [illegible] clausul. 43. Gloss. 1. n. 1. & Gloss. 2. n. 1. [illegible] de auentat. part. 2. c. 20. limit. n. 6. n. 11. Franc. [illegible] de fidejussorib. c. 5. n. 508. cum seqq. Hering. eod. [illegible] 26. num. 60. & seqq. Quin & prædictæ actiones fidejussori competunt, quamvis sine judicio (id est, extra judicium interpellatus à creditore) solverit, d. l. idemque 10. §. fidejussores 11. ff. mandat. d. l. si fidejussor. 6. Cod. d. tit. dummodò defensiones etiam reo competentes (nam & his fidejussor uti potest, l. ex persona 32. ff. hoc tit.) non omiserit, l. si fide-
6 jussor. 31. ff. hoc tit. Sed num confessio creditoris, contenta in instrumento publico vel privato, de soluta à fidejussore pecunia, ita probet factam solutionem, ut fidejussor præfatas actiones contra debitorem exercere possit, contro-

vertitur? Et quidem non sufficiat talis confessio, sed oporteat, quòd fidejussor probet verè & realiter se solvisse, concludit Bartolus n. 3. & Fulgosius in l. in duobus 28. §. 1. ff. de jurejurand. Rom. in l. [illegible] 42. ff. de acquir. vel amitt. possess. Angel. de Perusio in l. [illegible] Aristomus 71. §. fin. ff. hoc tit. Verùm contrarium verius videtur, argumento l. Publius Mævius 26. §. [illegible] 18. ff. [illegible] l. in contractibus 14. §. [illegible] 2. Cod. de non num. pecun. Idque tenent [illegible], Salicet. Alexand. & Jason in d. l. in duobus 28. §. 1. ff. de jurejurand. [illegible] Gomezius tom. 2. variarum resolut. cap. 13. n. 13. Quibus assentiuntur [illegible] de [illegible] de fidejussorib. [illegible] 265. D. [illegible] clas. 2. Disput. 15. [illegible] 41. & Heringius de tract. de fidejussorib. c. 10. [illegible] & seq.

7 Etsi verò regulariter ante solutionem fidejussor mandati actione, adversus debitorem, ut obligatione fidejussoria liberetur, experiri nequit. l. [illegible] 14. in princ. l. si [illegible] 22. in princ. & §. 1. l. [illegible] ff. mandat. & hoc §. nostro, ibi, pro reo solverit, Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 13. reperiuntur tamen nonnulli in jure casus, quibus fidejussor ante factam solutionem, contra
8 debitorem, rectè ad liberationem agit. Primus est: si reus sive debitor principalis [illegible] diu solutionem protraxerit, l. Lucius 38. §. 1. ff. [illegible] hoc tit. [illegible] de [illegible] & restit. disp. 3. quæst. 9. punct. 1. n. 10. [illegible] 626. Neque enim fidejussio perpetua esse debet [illegible] semper solutionis sit pertimescendum periculum, l. [illegible] 9. ibique Zasius in ult. notab. ff. solut. matrimon. & [illegible] momento in ancipiti quis fluctuare cogatur. l. [illegible] à quo 3. in fin. ff. ut in possess. legator. vel [illegible] vendor. caus. esse [illegible]. Diu autem videtur esse, cum decennium est elapsum, arg. l. [illegible] cum fideicommissa. 16. §. [illegible] 3. & ibi Gloss. in verb. decennio ff. qui & à quib. manumissi, liberi non fiunt Donell. d. loco. Quanquam id arbitrio judicis ponderandum, alii rectiùs existiment. l. 1. §. fin. ff. de jur. deliber. Gloss. & Panormit. in d. c. [illegible] hoc tit. Angel. de Perus. [illegible] & Rosf. Odofredus, & ceteri in d. l. Lucius 38. §. 1. ff. mandati, [illegible] n. 4. [illegible] n. 5. & Heigius n. 6. [illegible] §. nostro. [illegible] in [illegible] communib. de [illegible] 4. n. 4. [illegible] Gaill. [illegible] observ. 29. n. 6. Gomez. d. tom. [illegible] resolut. cap. 13. n. 13. Menoch. de arbitr. judic. quæst. lib. 2. cent. 1. cas. 41. n. 3. Coler. de process. execut. part. 1. c. [illegible] n. 31 [illegible]. D. [illegible] Tom. 3. Digestorum novissimorum tit. [illegible] c. 32. fol. 176. & cap. 42. fol. 177. Francus d. tractat. de fidejussor. c. 5. n. 560. & seq. aliique plures, per eum citati.

9 Secundus casus est: si debitor post fidejussionem ita in prodigalitatem inciderit, ut facilè omnibus bonis excidere labi possit, d. l. Lucius 38. §. 1. ff. mandati. l. [illegible] 10. ubi [illegible] n. 8. Cod. eod. d. l. [illegible] ext. hoc tit. [illegible] in consuetud. Burgund. rubr. 5. §. 2. n. 26. Gail. d. observ. 29. num. 9. Hering. d. tract. de fidejuss. cap. 25. n. 6. & 59. Nam & eo casu tempestivè fidejussor sibi vigilare, & antequam creditori satisfecerit, [illegible] potest ne mora in suam ipsius perniciem redundet, l. pupillus 24. ff. quæ in fraudem creditorum, &c. [illegible] officium sibi damnosum existat, [illegible] d. l. sed si quis 7. ff. testam. quemad. aperiant. & similes supra [illegible] 2. [illegible] deducunt Francus d. tract. c. 5. num. 568. & aliis seqq.

10 Tertius casus est: si fidejussor, [illegible] sententià condemnatus fuerit, [illegible] cap. ultim. ext. hoc tit. Rittershus. & Heigius [illegible] 7. [illegible] enim post latam condemnationem, quamdiu actionem adversus debitorem exercere potest, creditorem cui condemnatus est, satisfecerit: eique actionem consequitur, ut debitor pro [illegible] solvere cogatur, l. si mandatu meo 45. §. sed si mandavero 4. ff. mandat. l. si fidejussor. 6. C. d. tit. Et ratio ejus non obscura est: quia cum adversus hunc fidejussorem, qui condemnatus est, parata sit in continenti executio, l. 1. & 2. Cod. de execut. rei judicat. res eo loco habetur, ac si jam solvisset. Quod etenim partim distat, nihil distare videtur, arg. l. 1. §. 1. ff. de verb. oblig. l. penult. ff. de testam. milit. & l. qui patitur 8. §. divus 2. ff. de manumissionib.

12 Quartus casus est: si fidejussor ob moram rei principalis in carcerem detrusus fuerit. Nam licèt ille nondum solverit: se tamen & obligatione & carcere liberari, damnumque inde acceptum resarciri, petere non prohibetur: *sicuti docent Baldus in cap. ex rescripto. in fin. de jurejur. & in l. 2. n. 6. Cod. mandati. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 216. Coler. d. cap. 10. part. 1. num. 323. eosque laudans Francus d. cap. 5. num. 589.*

13 Quintus casus est: si inter contrahentes, ut ante solutionem fidejussor ad liberationem agere possit, convene- 14 rit, *d. l. si pro ea. 10. C. mandat.* Quæ conventio rata est: siquidem contractus legem ex conventione accipiunt, *l. 1. §. si convenit. ff. depos. l. contractus 23. ff. de reg. jur. Schneidew. hic n. 4. Gail. d. lib. 2. observ. 29. nu. 14.* De prædictis casibus videatur quoque D. Besoldus *in delibatis juris ex lib. 46. ff. quæst. 1. pag. 171. & seq.*

15 Sextus casus est: si fidejussor pecuniam, in obligationem deductam, in judicio obtulerit, & consignaverit, & penes judicem deposuerit: quo casu fidejussor confestim mandati experiri & agere potest, *l. qui mutuam 56. § 1. ff. mandati l. fidejussor 64. ff. hoc tit.* Talis enim depositio solutioni æquiparatur, ac fidejussorem obligatione liberat, *l. obsignatione 9. C. de solutionib. & liberat. l. acceptam 9. Cod. de usur. Coras. in l. frater à fratre 38. §. quæsitum 1. n. 39 ff. de condict. indebit. Mynsinger. hic n. 4. Hering. d. tract. de fidejussor. cap. 20. §. 1. n. 34. & cap. 25. n. 23.*

16 Septimus est casus: si fidejussor creditori debitorem alium, quamvis minùs idoneum, delegaverit, *l. inter causas 26. §. abesse 2. ff. mandati.* Nam & qui delegat, solvere intelligitur: unde statim mandati actionem intentare potest, *l. qui debitorem 18. ff. hoc tit. l. quamvis 8. §. interdum 3. ff. ad SC. Vellejan. l. 2. C. de novationib. Francus d. c. 5. n. 595.*

17 Octavus casus est: si fidejussor cum creditore debitum compensaverit: id quod ipsi licitum est, *l. si quid 5. ff. de* 18 *compensationib.* quia satius est, potiùs non solvere, quàm solutum repetere, *l. 3. ff. d. tit.* Et cùm compensatio instar solutionis sit, *l. si debitor 4. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* ideo rectè fidejussor contra debitorem mandati actionem exercebit, *argum. l. amplius 15. ff. rem ratam haberi. Franc. d. c. 5. n. 594.*

19 Nonus casus est: si fidejussor à creditore per acceptilationem, remunerandi causa liberatus fuerit: hoc est, si creditor ait, se acceptum habere, id, pro quo fidejussor intercesserat, licèt nihil solutum sit. *l. 1. ff. de acceptilat.* 20 Nam & hic fidejussori actio competit, perinde ac si solvisset: cùm acceptilatio vice solutionis habeatur, *d. l. idemque 10 §. fin. ff. mandat. Coras. in d. l. frater à fratre 38. §. quæsitum nu. 41. ff. de condict. indebit. Francus d. cap. 5. nu. 595. Hering. d. cap. 25. nu. 26.*

21 Decimus est casus: si fidejussor peregrè vellet proficisci, & diu absfuturus esset: veluti, si Studiosus, qui pro alio fidejussit, ab una Universitate ad aliam abire cuperet, posset petere, ut fidejussione eximeretur, *arg. l. filiusfamilias 8. §. fin. & l. aut longa peregrinatio 23. ff. de procurat. l. licet 15. ibi, vel profectio urgens ff. de recept. qui arbitrium, & d. l. si longius 18. in princ. ibi, vel necessaria profectione ff. de judic. Panormit. in d. c. ult. n. 4. ext. hoc tit. Gail. d. observ. 29. n. 5. lib. 2. Costal. ad d. l. Lucius 38. ff. mandati. Angel. & Schneidewin. in hoc §. n. 4. Marsilius in d. rubr. de fidejussorib. n. 216. Socin. reg. 147. n. 5.*

22 Undecimus casus est: si quis alterius negocia gesserit, seque eo nomine obligaverit, antequam solvat, agere poterit, *l. si quis mandatu. 28. & ibi Costal. in princ. ff. de negoc. gest.* Ut & procurator, rem emens domino, antequam precium dederit, convenire dominum, ut ipse precium expendat, non prohibetur, *per notata Ludovici Romani, in l. facere posse 28. ff. solut. matrim. Hippolyt. de Marsil. d. rubr. n. 226. & Franci d. cap. 5. n. 600. & seq.*

23 Duodecimus & ultimus casus est: si inimicitiæ capitales inter fidejussorem & debitorem fuerint exortæ, culpâ ipsius debitoris. Nam & hoc casu fidejussor, ante solutam à se pecuniam, fidejussioni renunciare, atque ad liberationem agere contra debitorem poterit, *Lud. Rom. in d. l. facere posse 28. ff. solut. matrim. Marsilius d. rubr. n. 216. Francus d. cap. 5. n. 597. Hering. d. cap. 20. Vide infr. fol. 5. d. cap. 20. §. 32. n. 9. & d. cap. 25. n. 30.* Et hanc sententiam veritati conformem esse, facilè evinci potest *ex prædlegata l. si pro ea 10. C. mandati,* ubi Impp. Diocletianus & Maximianus rescribunt: fidejussorem etiam ante solutionem convenire posse debitorem, si bona dilapidare sua incipiat: addita hac ratione: quia hic fidejussor, justam metuendi causam habet: ne detrimentum ex debitoris sui facto patiatur. Quæ sanè ratio in nostro quoque casu locum sibi vendicat, quo fidejussor, cujus capitalis inimicus est debitor, etiam justissimè metuit: ne ex fraude debitoris sui damno aliquo afficiatur. Proinde meritò huic fidejussori mandati actio ante solutionem accommodatur. 24
Ubi namque eadem est ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio, *argum. l. quædam sunt 9. §. nummularios ff. de edendo. l. si putator 31. ff. ad leg. Aquil. & similium.*

Huic sententiæ non reluctatur, *d. l. Lucius 38. ff. man-* 25
dati. & d. l. si pro ea. 10. C. eod. ex quibus legibus quidam dissentientes hanc extruunt ratiocinationem: Cuicunque certis in causis actio conceditur: eadem in cæteris causis omnibus denegata videtur, *arg. l. maritus 21. Cod. de procuratorib.* Sed in legibus jam allatis certæ referuntur causæ, quibus fidejussori ante solutionem præstitam experiri actione mandati permittitur: neque capitales inimicitiæ illis annumeratæ inveniuntur. Ergo capitalibus inimicitiis intervenientibus, ante solutionem adversus debitorem fidejussor eo nomine, ut liberetur, mandati agere nequit. Non, *inquam,* hæc ratiocinatio nostræ sententiæ reluctatur. Etenim falsum est, quod astruitur, in adductis legibus capitalem inimicitiam non inveniri, aut contineri. Satis quippe expressè illa continetur *in d. l. si pro ea 10 C. mandati.* in quâ fidejussori indulgendam esse mandati actionem, quando justam metuendi causam habet, evidenter deciditur. Eodem non parum facit, *l. sa-* 26
ne 23. ff. mandati. ex quâ apparet, quòd quis pro inimico solvere non cogatur: & consequenter liberari debeat, *Paul. Berens disp. 10. ad Inst. them. 2. qu. 7. ad fin.* Adde Davidem Dörugium *in Bibliothecâ Jurisconsultorum tom. 1. in verb. actio mandati. n. 12. fol. 382. ubi septendecim casus recenset, quibus actio mandati etiam ante solutionem fidejussori competit.* Illa quæstio mirum in modum exa- 27
gitari solet: an, si terminus solutionis debitori principali prorogatus à creditore fuerit, fidejussor per hoc liberetur: Est inter varias opiniones, quarum septem commemorat Matthias Berlichius *part. 2. conclusionum practicab. conclus. 25.* mihi ultima, quam & ipse *n. 18. in fine. pag. 562.* verissimam esse putat, non displicet, quâ ita distinguitur: Aut fidejussor simpliciter absque certi temporis expressione datus est: aut ad certum & definitum duntaxat tempus se obligavit. Priori casu fidejussor per 28
prorogationem termini, se inscio & ignorante factam, non liberatur: quia fidejussor simpliciter datus, ad omnem causam & casum obligari intelligitur, donec creditori plenè satisfactum fuerit, *l. quæro 54. ff. locati. l. si quis pro eo 56. §. si nummos 2. ff. hoc tit.* Posteriori verò casu liberatur fidejussor. Etsi enim tempus non est modus in- 29
ducendæ & finiendæ obligationis, *l. obligationum 44. §. 1. ff. de oblig. et & actionib.* hoc tamen non procedit, si inter contrahentes aliter convenerit; aut nisi tempus limitandæ vel tollendæ obligationis causâ expressum fuerit, *l. qui hoc anno 42. ff. de verb. oblig. Roin. consil. 82. n. 3. vol. 1. Rauchb. part. 2. quæst. 23. n. 7. vers. respondeo. illud procedere, &c.* Hoc autem in casu tempus ea intentione esse adjectum, certum est. Atque hanc distinctionem in terminis tradunt *Hostiens. in c. constitutio 3. ext. hoc tit. Jason in l. lecta 40. ff. de reb. credit. si cert. pet. n. 9. & seq. Anton. Tessaurus decis. Pedemont. 125. Gail. lib. 2. observ. 30. num. 11. cum seq. Mynsinger. cent. 6. observ. 53. n. 3. & seq. Hartman. Hartmanni lib. 2. obs. 1. de fidejussor. 30. observ. n. 4. & seqq. Fachinæus lib. 2. controversiar. jur. c. 88. Bald. in l. si unus 27. § si cum reo. 1. in secundâ lectura n. 3. ff. de pact. Felin. in c. de causis 4. ext. de offic. & potest. judic. deleg. n. 3. & in c. ad aures 24. n. 2. ext. de simonia. Hippolyt. de Marsil. in repetitione rubr. ff. de fidejuss. n. 89. eosque omnes referens Berlichius loco antè designato.* Quibus adjiciantur *Petrus Heig. in §. fidejussores non tantum 2. nu. 7. cum seq. suprà hoc tit. Gravaeus lib. 2. conclus. 30. consid. 3. Coler. decis. 30. n. 2. eosque citans Plebst. disp. nov. antiq. 2. th. 64. lit. b. item Unge-*
aur.

Digitized by Google

paur.exercit. Justin. 11 *quæst.* 6.*pag.* 419.& *seq.edit.ult.* & *Knipschildi exercitat. Acad.* 7. *quæst.* 9. *pag.* 263. & *seq.*

30 Veruntamen isthæc assertio declarationem recipit in usuris, pœnis, & aliis pensionibus seu debitis, quæ ex præteritis annis exigibilia fuerunt, putà si quis pro aliquo non tantùm quoad sortem, sed etiam quoad usuras, vel pro conductore quodam ad aliquod certum tempus fidejussit, & elapso hoc tempore, tempus solutionis vel locationis debitori prorogabatur. Hoc sanè casu fidejussor, illo certo tempore elapso, liberatur quidem quoad sortem principalem, vel pensiones locationis in futuros annos: ratione autem usurarum & interesse, quæ pro præteritis annis debentur, & exigibilia sunt, item ratione pensionum præteritorum annorum non liberatur, sed nihilominus obligatus manet, *per textum apertum in l. si, cum Hermes.* 7 *Cod. de locato. Alex.cons.*72.*n.*4. & *seq. vol.* 6. *Valent.Franc.in tractat.de fidejussorib.cap.* 6. *n.* 62. & *seq. Hering.tract.at. eod.cap.*20.§.12.*n.*4.*cum seq.* [illegible] *execut.part.* 1.*cap.*10.*n.*346.& *seq.* [illegible] 23.*n.*11.& 16. *Domini. Cardinal. Tuschus tom.*3.*pra* [illegible] *conclus.* [illegible] *conclus.*317.*n.*10.& *seq.hosque laudans Berlich.d.part.*2.*con-*

31 *clus.*25.*n.* 19. Enimverò jure hodierno Saxon.constitutum est, ut fidejussor per prorogationem termini indistinctè non liberetur: sed nihilominus obligatus remaneat. *Novell.Elector.Augusti part.*2.*const.*19.*ubi Daniel Moller. n.*3.& *seq.*& *lib.*1.*semestr.cap.*17.*Besold.* [illegible] *ff.de jurejur.n.*341.*Hering.d.cap.* 20.§.12.*n.*17.25. & *seq. Berlich.d.conclus.* 25. *n.* 21. & *seq. ubi hujus constitutionis Saxonicæ duas notabiles limitationes subjicit.* [illegible] videatur quoque Valentinus Riemer. *decad.* 10. *quæst.*

32 *illustr.*4.& 5. Porrò plures casus, quibus etiam ante solutionem fidejussor contra debitorem [illegible] exonerationem, sive exemptione, actione mandati experiri potest, *post alios, quos concervavit* diligenter recenset Hippolytus de Marsil.*d.rubr.de fidejussorib.n.*216.*cum seq.* Francus *sæpe citato tract.de fidejussorib.cap.*5.*n.*558.*cum seq.*& Heringius *eod.tract.cap.*25.*n.*12.& *multis seq.* Hunnius *in resolut.ad Treutler vol.*2.*disp.*28.*th.*6.*lit.C quæst.*45.*pag.*231. & *seq.* ibique Bachovius *in suis not.pag.*966.& *seq.*

§. *Græcè etiam.* 7.

Græcè etiam fidejussor ita accipitur; τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ: id est, meâ fide jubeo ego. Sed si dixerit: θέλω sive βούλομαι: id est, volo. Sed & φημὶ: id est, affirmo, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω: id est, dico.

SUMMARIA.

1 *Fidejussio quacunque linguâ & quibuscunque verbis fieri potest.*
2 *Hodie plerasque linguas per Interpretem intelligere, ac consequenter fidejussionem per eum ponimus.*
3 *Num sola & nuda commendatio pro fidejussione habeatur.*
4 *Mens & consid ratio l.* 4. *§. ult. ff. de fidejussor. tutor. & curator.*
5 *Actus agentium non operantur quicquam ultra eorum intentionem.*
6 *Quando quispiam ex nudâ commendatione teneatur.*

1 HOc in §. agitur de formâ verborum per quam fidejussor obligatur. Quod autem de principali stipulatione dictum est, eam quacunque linguâ, & quibuscunque verbis constitui posse. §.1.*supr.de verbor.obligat. l.*1. §.*eadem* 6.*ff.eod.l.omnes* 10.*Cod.de contrah.* & *commit.stipulat.* Idem quoque de accessoriâ stipulatione Imperator hic affirmat, quòd scilicet & Græcè & quibuscunque verbis fieri possit; dummodò contrahentes se invicem intelligant, *l.Græce* 8.*in princ.ff.hoc tit.l.blanditus* 12.*Cod. eod. Anton.Hering.in tract. de fidejussor. cap.*11.*n.*135.&

2 *seqq.* Et quamvis M.Cicero *lib.*6.*Tusculanar.quæst.* alleget: nos omnes in illis linguis, quas non intelligimus, quæ sunt innumerabiles, surdos esse: hodie tamen plerasque per Interpretem audire ac intelligere, & iisdem per eundem respondere; & consequenter etiam fidejussionem perficere possumus, *juxta ea, quæ tradit Mynsingerus cent.* 5.*observ.*45.& *respons.*38.*Rutger. Ruland. in tract. de Commiss. lib.*2. *cap.*18.*n.*1.*Treutl.disput.*28. *thes.*4. *lit.* a. *vol.*2. *Gæddeus in Comment. de contrah.* & *commit. stipulat.*

Harpprecht ad Instit. *Tom. III.*

*cap.*3. *conclus.*10. *n.* 184. & *seqq. hosque referens Heringius d. cap.*1. *n.*154. & *seq.*

3 Illud hîc obiter admonendum: quòd ex solâ & nudâ commendatione fidejussio non inducatur; nec commendans, instar fidejussoris, conveniri queat. *Verbi causa:* Titium ego, tanquam locupletem, quique solvendo esset, Sempronio commendavi. Sempronius, hac meâ commendatione fretus, contraxit cum Titio. Postea Titius deprehenditur non esse solvendo. Vult igitur Sempronius, Titii excussione factâ, me convenire tanquam fidejussorem. Quæritur: an hoc jure facere possit? Et plerique negativè, & quidem non sine ratione, respondent, *Joh. Koppen. decis.*36.*n.*10. *Alciat.lib.*2.*parerg.cap.*12. *Anton.Gomezius tom.*2.*var.resolut.cap.*13.*n.*5. *Anton.Hering.d.tract.de fidejussor.cap.*18.*n.*7.& *seq. hosque referens Hunnius in resolut. ad Treutl. d. vol.*2. *disp.*28. *thes.* 4. *qu.* 25. *pag.*204. Aliud quippe esse commendare, aliud mandare, liquido constat, *ex l. si vero* 12. §. *cum quidam* 12. *ff. mandati.*

Neque hanc sententiam enervat, *l.cum ostendimus* 4.§. 4
ult.ff.de fide jussor. tutor. & *curator.* ubi apertè dicitur: eos, qui saltem affirmaverint, tutores esse idoneos, ex solâ & nudâ affirmatione pro fidejussoribus haberi. Nam hoc planè speciale est in eo, qui tutorem idoneum esse affirmat: idque [illegible] favore comparatum est: & pupillorum, ut hi [illegible] quem pro tutoris minus idonei administratione convenire possint: & magistratuum, ne subsidiarie in tantum [illegible] teneantur. Extra hunc verò casum, neminem ex hujusmodi affirmatione quasi fidejussionem conveniri, certum est. Idque [illegible] ratio 5
confirmat, quòd actus agentium non soleant quicquam operari ultra eorum intentionem, nec eos ulterius obligare, *l. non omnis* 19. *in princ. ibique Bartol.* & *DD. ff.de reb. credit si cert.pet.* Atqui indubitatum est quòd illi, qui aliquem alicui commendant, nequaquam hoc agant sive intendant, ut fidem suam pro ipso obstringant, vel pro eo, quod ipse gesserit, fidem suam interponant: sed solùm, ut ipsi commendato, utpote homini locupleti & solvendo existenti, eò major fides habeatur. Ita post alios 6
docet D. Hunnius *dicto loco*: ubi subjicit, hanc conclusionem limitari, ut non procedat, si probatum fuerit, aliquem sui lucri gratiâ alium falsò commendasse, vel commendantem exactè cognitam & perspectam habuisse conditionem ejus, quem commendavit: ac dolosa suâ commendatione alterum dolo malo ad contrahendum induxisse, *per l. quòd si, cùm scires* 8. *ff. de dol. malo.*

§. *In stipulationib.* 8. & *ult.*

In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque scriptum sit, quasi actum, videatur etiam actum. Ideóque constat, si quis scripserit, se fidejussisse: videri omnia solemniter acta.

SUMMARIA.

1 *Quòd si in instrumento scriptum fuerit, aliquem fidejussisse: præsumitur, quòd solemnis stipulatio intervenerit.*
2 *Solemnitas intrinseca semper præsumitur.*
3 *Stipulatio hodie etiam per epistolam contrahi potest.*
4 *Fidejussio quibus modis tollatur.*

QUemadmodum de principali stipulatione dictum est: quòd si in instrumento scriptum fuerit, aliquem promisisse, perinde habeatur, ac si interrogatione præcedente ritè responsum sit §.*si scriptum* 16 *supr. de inutilibus stipulationib.* ita quoque hîc de fidejussoria stipulatione affirmatur; quod si scriptum reperiatur, aliquem fidejussisse: præsumatur, quòd solemnis stipulatio intervenerit: hoc est, interrogatio præcesserit, & responsio conveniens subsecuta fuerit: adeò ut si ipse fidejussor, postea à creditore conventus, neget fidejussionem solemniter factam: quia dicat fortassis, stipulationem minùs rectè celebratam, vel quia ipse abfuerit, vel propter diversitatem responsionis, &c. non huic fidejussoris assertioni, sed potiùs ejus scripturæ fides adhibeatur, *l. sciendum* 30.*ff. de verbor. obligationib.* Ratio illius hæc reddi solet: quia 1

solem-

ſolemnitas intrinſeca (qualis eſt ſtipulatio in fidejuſſione) ſemper præſumitur. *argum. l. Titia. 134. §. ult. ff. d. titul. l. 1. Cod. de uſuris l. 1. Cod. de contrah. & commit. ſtipulat. Mynſinger hic n. 5. & 6. Bartol. Angel. & Dd. in d. l. ſciendum* 30. *ff. de verbor. obligationib.* cùm ex ipſa naturâ actûs ſumatur, per notata Menochii *lib. 1. de præſumptionib. quæſt. 18. n. 9. & lib. 2. præſumptione 23. n. 3. & lib. 5. præſumptione 14. n. 22.* eumque laudantis Heringii *in tractat. de fidejuſſorib. cap. 11. n. 113.* Vide Bachovium *in not. ad Treutler. vol. 2. diſp. 28. th. 1. lit. B. verſ. ſtipulatio porrò p.* 895. & Hunnium *ibidem in reſolut. quæſt. 6. pag. 178. & ſeq.* itemque Dn. Collegam Beſoldum *vol. 2. conſil. 72. n. 17. &*
3 *ſeqq. fol. 303. & ſeq.* Etſi porrò jure ſtricto Romano ſtipulatio & præſentia utriuſque contrahentis in fidejuſſionibus præcisè requiratur: hodie tamen communi quodammodo Germaniæ practicâ & ſtylo receptum eſt; ut non minùs valeant ſtipulationes per epiſtolam contractæ, quàm ſi legitimo jure, hoc eſt, præcedente interrogatione & ſubſequente reſponſione, inter præſentes celebratæ eſſent, ſtipulationis ſolennibus uſu quaſi deſuetis, ut loquitur Hieronymus Treutler *d. vol. 2. diſput. 28. th.*
4 *4. lit. A.* Idque pluribus perſequitur Heringius *d. cap. 11. n. 76. & ſubſequentib.* Cæterùm illud hoc loco breviter admonendum & ſubjiciendum eſt: quòd quibuſcunque modis principalis obligatio tollitur, iiſdem & fidejuſſio finiatur, *l. in omnibus 43. ff. de ſolutionibus*, putà ſolutione, *l. Granius Antoninus 71. in princ. ff. hoc tit.* novatione, *l. novatione 4. C. hoc tit. l. ubicunque 60. ff. eod.* ſucceſſione ſeu actionis confuſione, *l. generaliter 5. in princ. l. cùm reus 14. l. heres 21. §. ult. l. Lucius Titius 24. d. l. Granius 71. in princ. verſ. tamen ubi ſucceſſerit. ff. hoc tit. l. fidejuſſoris 24. C. eod.* pacto de non petendo *l. ſi ſtipulatus 15. §. fin. ff. hoc tit.* & multis aliis modis, de quibus, *poſt alios*, accuratiſſimè & latiſſimè diſſerunt Valentinus Francus *in tract. de fidejuſſorib. cap. ult.* & Heringius *eod. tract. de fidejuſſorib. cap. 20. per totum.*

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

TITULUS XXII.

Olim ſcripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodiè non ſunt in uſu. Planè ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt: de pecuniâ minimè numeratâ, poſt multum temporis, exceptionem opponere non poteſt. Hoc enim ſæpiſſimè conſtitutum eſt. Sic fit, ut & hodie, dum queri non poteſt, ſcripturâ obligetur: & ex eâ naſcatur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex Principalibus conſtitutionibus uſque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutiùs poſſint ſuis pecuniis forſitan defraudari: per conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, ut ultra biennii metas hujuſmodi exceptio minimè extendatur.

SUMMARIA.

1 *Continuatio tituli.*
2 *Duplex literarum eſt obligatio, vetus & nova.*
3 *Vetus literarum obligatio quomodo fiebat.*
4 *Veterum nominum in locum chirographa ſucceſſerunt.*
5 *Nova literarum obligatio quando contrahi intelligatur.*
6 *Exceptio non numeratæ pecuniæ non ſolùm actori opponi, ſed & eundem actu convertere, atque in modum querelæ propont poteſt.*
7 *Ex quibus cauſis iſthæc exceptio competat.*
8 *Cur eadem exceptio in cauſa tantum mutui & dotis locum habeat: quando item non admittatur.*
9 *Intra quod tempus hæc exceptio opponatur.*
10 *Si intra biennium debitor hanc exceptionem non objecerit: poſtea non auditur, ſed tanquam verus debitor condemnabitur.*
11 *Exceptio eſt actionis excluſio.*
12 *An poſt biennium exceptio non numeratæ pecuniæ objici poſſit, ſi paratus ſit reus probare, pecuniam ſibi non eſſe numeratam.*
13 *Conſideratio l. ſi intra. 8. in fin. C. de non num. pec.*
14 *Omne quod actui, nuni excludit.*
15 *Conſideratio l. in contractibus. 14. in princ. & §. 2. in fin. C. de non num. pecun.*
16 *Ultra biennii metas exceptio non numeratæ pecuniæ minimè extendenda.*
17 *Satisfacere creditori quid ſit.*
18 *Minoribus hoc privilegium eſt tributum, ut adverſus ipſos præſcriptio iſthæc biennalis non incipiat.*
19 *Impoſſibilis eſt probatio factum negantis.*
20 *Obligatio quibus modis contrahatur.*
21 *Ut ſe habet obligatio certi ius reſpectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non oppoſitæ: ita ſe habet reſpectu exceptionis non numeratæ pecuniæ.*
22 *Illicitæ atque iniquæ exactiones non admittendæ.*
23 *Quatenus exceptio doli ſit perpetua.*
24 *Condictio quævis regulariter perpetua.*
25 *Unâ viâ prohibitum, aliâ non eſt concedendum.*
26 *Biennium quid debitori tribuat.*
27 *Tempus quatenus non ſit modus inducendæ vel tollendæ obligationis.*
28 *Conſideratio §. item verborum. 21. ſupr. de inutilib. ſtipulat.*
29 *Intellectus l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.*
30 *Veritas & communis opinio æquiparantur.*
31 *Contra quam ſcripturam exceptio non numeratæ pecuniæ opponi queat.*
32 *An, ſi debitor in chirographo confiteatur, ſe ante annum certam pecuniæ quantitatem mutuò accepiſſe, exceptionem iſtam nihilominus intra biennium opponere poſſit.*
33 *Mens & ſententia l. adverſus. 5. verſ. cùm autem. & l. generaliter 13. in princ. Cod. de non num. pecun.*
34 *Utrùm exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui teſtibus præſentibus confeſſus eſt, ſe accepiſſe pecuniam, quo ſe chirographo obliganti & conſitenti conceditur.*
35 *Sine ſcripturâ literarum obligatio exoriri nequit.*
36 *Intellectus §. idem juris. 2. inſr. de exceptionib. & l. cùm ultra. 9. Cod. de non num. pecun.*
37 *Priores leges ad poſteriores trahuntur, & poſteriores ad priores.*
38 *Si lege municipali caveatur, certas duntaxat exceptiones contra inſtrumentum opponi debere, an adhuc exceptio non numeratæ pecuniæ valeat.*
39 *Interpretatio illa non recipienda, quâ quiſpiam injuſtè opprimatur, aut lex iniquitatis arguatur.*
40 *Exceptio non numeratæ pecuniæ ſtatuto tolli poteſt.*
41 *Exceptio hæc etiam inter mercatores locum habet.*
42 *Exceptio illa quatenus debitoris heredibus detur.*
43 *A quo die tempus reliquum, quod defuncto ad exceptionem ſupererat, heredi cedat.*
44 *Sententia l. ea, quæ. 5. §. ult. C. de temporib. in integr. reſtitutionis, &c.*
45 *Ecquid minor 25. annis, qui ſucceſſit debitori in id tempus, quod reſtabat eo tempore finito, adhuc exceptione non numeratæ pecuniæ uti valeat.*
46 *Melius eſt, jura minorum intacta ſervari, quàm poſt cauſam vulneratam remedium quærere.*
47 *Num creditor habens chirographum, an verò debitor exceptionem non numeratæ pecuniæ opponens, docere debeat, ſe eſſe intra biennium.*
48 *Exceptiones peremptoriæ regulariter uſque ad ſententiam opponi poſſunt.*
49 *Exceptioni non numeratæ pecuniæ, an & quatenus debitor renunciare queat.*
50 *Renunciatio, jurejurando confirmata, valet.*
51 *Ceſſat exceptio iſta, ſi debitor fidem cautionis quocunque modo agnoverit.*
52 *Si ille, qui chirographo decem ſe accepiſſe fuerit confeſſus, poſtea ſimpliciter quinque ſolvat, an cautionis fidem plenè approbaſſe cenſeatur.*
53 *Num exceptio non numeratæ pecuniæ in ultimâ voluntate locum habeat.*
54 *Confeſſio geminata hujus exceptionis privilegium excludit.*
55 *Ceſſat item hæc exceptio in tutore, qui confeſſus eſt, à pupillo ſuo ſe mutuò accepiſſe.*
56 *Exceptio iſta etiam creditori tribuitur, quam contra apocham, intra triginta dies, opponere poteſt.*
57 *Ubi majus periculum, ibi cautiùs agendum.*
58 *Favorabiliores ſunt leges ad liberandum, quàm ad obligandum.*
59 *Quatenus exceptio iſthæc intra triginta dies creditori competat.*
60 *Si quis receptâ quietantiâ, creditori ſuo integrum debitum ſolvit: ſed quietationem vel amiſit, vel ſe habere ignoravit, à creditore denuò conventus & condemnatus ſolvit: an repertâ quietatione ſolutum repetere poſſit.*
61 *Solutum per ſententiam repetitur condictione ſine cauſa, quando cauſa, ex quâ fuit lata ſententia, reducitur ad non cauſam.*
62 *Repertâ quietantia, ſi alia deficiunt remedia, datur debitori actio de dolo.*
63 *Fallit in herede ſive ſucceſſore.*

Expe-

1 EXpedita obligatione, quæ re, item quæ verbis contra-
hitur: rectè divisionis suprà *in §. fin. tit. de obligation.*
positæ species, videlicet literarum obligatio, subnectitur.
2 Et quidem initio hujus tituli Justinianus Imper. obligatio-
nis nominum meminit; adeoque duplicem literarum ob-
ligationem esse, veterem nimirum & novam, ostendit.
Unde & titulus, *de literarum obligationibus*: & non, *de lite-*
3 *rarum obligatione*, conceptus est. Ad veterem literarum
obligationem quod attinet: de eâ breviter sciendum: eam
non minùs civilem, quàm stipulationem fuisse. Ut enim
stipulatio solennibus verbis; ita hæc literarum obligatio
solenni scripturâ fiebat. Et ut stipulatio firmandorum a-
liorum negociorum causâ comparata fuit: ita & literarum
obligatio priori causæ aut negocio confirmando adhiberi
solebat. Idque duobus fiebat modis: vel ita, ut (*verbi
gratiâ*) mutuam crediturus pecuniam cum accipiente ad
argentarium, qui in foro mensam habebat: (unde etiam
mensularius vocabatur) adiret, ab eoque in rationes suas
ac tabulas referri peteret tot vel tot illi ab illo esse credita
& annumerata. Quo facto dicebatur obligatio fieri nomi-
nibus per mensæ scripturam, *l. qui tabulas 27. §. inde potest
1. ubi Gothofred. ff. de furtis. l. quædam 9. §. nummularios 2.*
4 *ff. de edendo. Cujac. lib. 22. observation. c. 4.* Vel ita, ut debi-
tor ipse in rationes, calendaria, seu tabulas domesticas ac
privatas sese inscriberet, easque obsignaret. Quare lite-
ris atque obsignatis tabulis ita inscriptus debitor, præser-
tim si ipse suâ se manu, in suo aut creditoris calendario,
ut debitorem inscripsisset, obligatus etiam citra numera-
tionem esse credebatur. Atque isthæc veterum tabula-
rum & nominum ratio in desuetudinem abiit, *monente hic
Justiniano*: & eorum loco chirographa successerunt, ut
liquet *ex l. plures 19. C. de fide instrumentorum, &c.* Eam-
que rem explicatiùs persequuntur *Hotoman. Giphanius,
Vultejus, Rittershusius, Heigius, Anton. Pichardus, & alii
ad hunc tit. & Wesenbec. in suâ Isagoge in lib. 3. Institut. n.
19 & seqq. itemque noviter Frantzkius exercitat. jurid. 10.*
5 *qu. 9. p. 319. & seqq.* Cæterùm nova literarum obligatio
contrahi intelligitur, cùm debitor spe futuræ numeratio-
nis dat creditori chirographum, in quo confitetur, se cer-
tam pecuniæ summam ab eo mutuò accepisse, quæ ta-
men postea numerata non sit, *hoc tit. nostro. vers. planè si
quis, &c. ibique Schneidew. n. 2. Mynsinger. n. 4. & cæteri In-
terpp. communiter Duar. ad l. C. de non num. pecun. in princ.
Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civ c. 37. latissimè Ant. Me-
renda lib. 1. controvers. jur. c. 47. p. 65. & seqq. itemque Ti-
meus Faber disp. anniversf. 23. ad Instit. Imperial. th. 11.* Hæc-
que literarum obligatio, si communis juris civilis ratio
spectetur, omnino quidem obligat & constringit: verùm
legibus comparatum est, ut pecuniam non numeratam al-
legans, ἀναργυρίας seu non numeratæ pecuniæ exceptio-
nem habeat, *argum. hujus tit. l. in contractibus 14. & tot. tit. C.
de non num. pecun.* Quâ exceptione quis, ob pecuniam in-
strumento quidem comprehensam, & quasi acceptam,
nondum tamen numeratam, adversus creditorem se tue-
tur: ut, si Titius scripserit, se centum à Sempronio mu-
tuò accepisse, eâ opinione, ut brevi acciperet: si eam po-
stea pecuniam non acceperit, & à Sempronio convenia-
tur, tanquàm acceperit, tueri se hac exceptione pecuniæ
6 non numeratæ poterit. Quin & chirographum condicere
poterit ultrò, id est, antequam conveniatur à Sempronio.
Est quippe hoc singulare in hac exceptione, ut ea non
solùm actori opponatur: sed & antevertat actorem, atque
in modum querelæ proponatur, *l. si quasi 7. ibique Go-
thofred. Cod. de non numer. pecun. Bald. Salicet. & reliqui
Dd. in l. si ex cautione 3. C. d. tit. Eguinarius Baro & Giphan.
ad d. vers. planè si quis. hoc tit. & ibidem Mynsinger. n. 12. &
seq. Felin. in c. si cautio. 14. nu. 60. cum seq. ext. de fide instru-
ment. Wesenbec. in d. Isagoge in lib. 3. Instit. n. 24. & seq. Jo-
han. Kitzelius in exegesi de obligat. mutui. c. 18. n. 16. & seq.*
Illud obiter adhuc monendum & addendum: quod Ba-
chovius *hic n. 1. pag. 792. cum seq.* contra sententiam di-
vi Imp. Justiniani, *in §. fin. supr. de obligationib. & in
præsenti tit.* expressam, argutis nonnullis rationibus osten-
dere annititur: obligationem ex literis non esse veram:
cùm tamen potiùs in memoriam sibi revocare deberet,
quod ipse *ad §. quoties 12. supr. de inutilib. stipulat. p. 778,
circa finem*, hisce formalibus verbis, Hotomanum suo
more mordens, scripserit: *Quid tandem certum erit in jure
nostro, si cuivis Interpreti ex cerebro suo licet mutare & re-
figere textus. Prurigo hæc est novatorum, corrumpendæ Juris-
prudentiæ; quã angue & cane pejus odisse debemus.* Hucque
referenda sunt annotata *infra n. 20.* Vide quoque ea de
re Dn. Locamerum *fasciculo 38. quæstion. juridicar. qu. 1.*

Competit autem isthæc exceptio solummodo ex causa 7
mutui & dotis, *l. adversus 5. ibique Gothofred. & l. pen. ibi,
vel dotis, vel alterius (id est, mutui) causæ nomine. C. de
non numer. pecun. Gloss. & Schneidewin. n. 15. Mascard.
de probat. conclus. 695. n. 29. aliique plerique ad hunc tit.*
Nam si ex alia causa, putà, depositi, empti, transactionis,
&c. quis scriberet, & confiteretur, se debere centum: ta-
lis confessio statim præjudicaret, & contra scribentem
probaret, *l. Publia. 26. §. fin. ff. deposit. l. si transactionis 11.
& l. generaliter 13. Cod. de non num. pecun.* ubi Justinus
Imp. hanc elegantem rationem subjungit: *Nimis enim*
(inquit) *indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce
dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare, te-
stimonioque proprio resistere.* Ratio porrò, cur in illis duo- 8
bus tantum casibus, mutui scilicet & dotis, hæc exceptio
locum obtineat, præcipua illa videtur: quia homines fa-
ciliùs inclinant ad confitendum effrenatè in his contrac-
tibus, quàm in ullis aliis, propter affectiones quas habent
ad consequendas pecunias & uxores. Debitor etenim
indigens pecuniâ, facilè, imò vel decies confessionem
conficeret, si modò spes consequendæ pecuniæ affulge-
ret: & sponsus facillimè scriberet, & profiteretur, se do-
tem accepisse, dummodò sponsa promittatur, *Schneid. d. n.
15. in fine.* Quamvis non desint, qui & in aliis contracti-
bus hanc literarum obligationi & exceptioni locum esse
opinantur, *Emanuel Costa in d. l. si ex cautione 3. Cod. de
non num. pecun. Petrus Heigius hic n. 19. & seqq. D. Bacer.
n. 33. pag. 346. Anton. Afeiman. de contractib. disp. 13. th. 4.
pag. 336. Knipschildt exercitat. Justin. 7 quæst. 15. pag. 272.
aliique ab his relati.* Sanè illum, qui in extremis labo-
rans, sive mortis in articulo constitutus fatetur; se vel
dotem recepisse, vel aliquam pecuniæ summam suscè-
pisse mutuò, non posse excipere de non numeratâ dote:
vel pecuniâ, *post Menochium de præsumpt. lib. 3. præsump.
12. n. 49. Rolandum à Valle consil. 37. n. 4. lib. 3. & alios.*
haud sine ratione tradit Polydorus Ripa *in Commentar.
de Actis in mortis articulo. cap. 5. & 6.* Etsi verò hæc ex- 9
ceptio olim intra quinquennium opponebatur, *ut appa-
ret ex fragmentis C. Hermogen. tit. de causâ & non numer.
pecun.* hodiè tamen ex Justiniani sanctione intra bien-
nium opponenda est, *hoc tit. nostro, in fine. l. in contracti-
bus 14. Cod. de non numer. pecun. §. idem juris 2. infr. de
exceptionib.* & hoc specialis privilegii habet, ut, si intra
biennii metam à debitore objiciatur: probandi necessitas
creditori tenore literarum sibi deberi, incumbat, *d. l. si
ex cautione 3. l. adseveratio 10. Cod. de non num. pecun.*
Præsumit enim Legislator contra chirographum, pecuniã
non esse numeratam, utcunque id chirographum teste-
tur, partim propter odium fœneratorum, qui plerun-
que singraphas, antequam numerent, exigunt: partim
propter facilitatem ipsorum debitorum, qui facilè (*ut
pauò antè dictum*) quamlibet confessionem exhibent:
modò spes sit, aliquando pecuniam numeratum iri. *Myn-
singer. ad vers. planè si quis hoc tit. n. 6. Schegk. in delibe.
jur. disp. 17. thes. ult. ad lit. A.* Quam numerationem si
creditor probaverit: reus vel debitor convictus, qui
propriam scripturam abnegavit, vel numerationem infi-
ciatus est, in duplum condemnatur, *auth. contrà. Cod. de
non num. pecun. Novell. 18. cap. 8.* Quòd si tempus istud 10
debitor neglexerit, posteà non audietur, sed tanquam
verus debitor condemnabitur, & ad solutionem tenebi-
tur, *d. l. in contractib. 24. in princ. Cod. d. tit. d. vers. pla-
nè. hoc tit.* Quia non est verisimile: tam supinum, tam-
que negligentem fuisse debitorem, ut intra totius bien-
nii spacium pecuniam non exigeret, aut cautionem da-
tam non reposceret, *ut tradit Mynsingerus hic d. n. 6. &
Schneidewinus n. 18.*

Nec moverit quicquam, si objiciatur, illud iniquum
esse, si fortè is, qui chirographum accepit, intra biennium
non

Digitized by Google

non agat, fed malitiosè differat actionem, donec tempus exceptioni præfinitum elabatur: ad agendum autem cogi non poffit *tot.tit.C.ut nemo invitus agere vel accuf.cogatur.*
11 Atqui ubi non eft actio ibi neque exceptioni locus eft: cùm exceptio nihil aliud fit, quàm actionis exclufio, *l.2.in prin. ff.de exception.* Hoc, *inquam*, nihil moverit: quandoquidem hoc cafu fi alter non agat, poteft is, qui chirographum dedit; fcripto denunciare ei, qui accepit, & teftari, nihil fibi numeratum effe: vel fi is abfit, poteft coram judice querelam non numeratæ pecuniæ interponere, & fyngrapham fuam per condictionem repetere, *d. l. fi quafi 7. & d.l.in contractibus 14.§.in omni 4 Cod.de non num.pecun. l.ultim. Cod.de condict. ex lege, & c. Ritersbuf.hic pag. 462.*
12 At gravis hoc loco, & intricata occurrit quæftio: An poft biennium exceptio non numeratæ pecuniæ objici poffit, fi paratus fit reus liquidò probare, pecuniam fibi numeratam non effe? Plerique id affirmant, *Accurfius & Paul.de Caftro in d.l.in contractibus 14.Cod.de non num.pecun.Bartol. Angel.& Salicet.in d.l.fi ex cautione 3.C.eod.Angel.Aretin.in d.§.idem juris infr.de exception.n.4.Alexand. confil.168.col.penult.lib.1.Jafon ad l.3.§ult.n.8.& ad l. manifefta 38.n.6 ff.de jurejur.Decius ad l.jure naturæ 206. n.5.ff.de reg.jur.Gomez.tom.2.var.refol.jur.c.6.n.7.& ibi Soarez in addit.lit.I. Martin.Schukhard.difp.13.ad Inftit. th.7.fub lit.b.& refol.qu.1.Ant.Faber in C.Fabr.de non numer.pecun definit.1.n.5. & 6.Hieo Ummius difp. de procefs. judic.8.conclus.5.n.35.pag.339.cum feq.Pacius in Epitom. ir.difp.13.th.30.Henonius difp.15. controverf.15.Bronchorft.cent.1. ἐναντιοφανῶν. affert.68.edit.1.Joh.Franc.Ozerius, Henricus de Pyrno.Balduinus.Vultejus nu.7.Thaddæus Pifo n.5.& Schneidew.n.11.hoc tit.Ungepaur.exerc. Juftin. 11.qu.9.p.430.cum feq.edit.ult.Laurent.Kirchov.commun. opinion.cent.6.conclu[illegible]. 16. & alii, ab his commemorati, qui communem hanc opinionem pronunciant*: non pauci vero negant *Alberic.de Rofat.& Curt.jun.in l.2.§.appellata.n.7. ff.de reb.credit.fi cert.pet.Odofredus, Azo. Richardus, Oldradus, Butrigarius, Placentinus, eofque referens Emanuel à C[illegible] in d.l.fi ex cautione 3 C.de non num.pecun. limitat.ult. [illegible] de fucceff.creat. lib.1. §.9.n.22.Jo. Faber, Anton. Matthæus & Hergius hic n 34.& feqq.Donell.ad tit.Cod.de non num.pecun.c.4.Matth.Stephan.cent.3.qu.58. Donellus ad l.fi intra 8 C.eod.& latius lib.14.Comment. de jur. civ. c.35.& ibi Hilliger.in fuis not.ad lit.A.Coler.de procefs.execut.part.1.c.[illegible].n.216.& feqq.Duennas in reg.261.ampl. 1. [illegible] Zanger.in tract. de exceptionib.part. 3.cap.14.n.66.Fachinæus lib.2.controverfiarum jur.cap.81. [illegible] lib.3.[illegible] jur.civ. tract.6.qu.2. Arumæus exercitat.Juft.12.th.12.Timæus Faber d. difp.23.ad Inftit. Imperial.th.13.Kitzelius d.exegef.de obligat. mut.cap.8.nu. 37.& feqq.D.Bocer.hic n.22.cum feqq.pag.343.Frantzkius exerc.jur.10.quæft.10.pag.324.cum feqq.Riemer.decad.10. quæft.illuftr.8.Henricus Nebelkræ, decifionum lib.1.decif.*
13 *22. aliique nonnulli.* Atque horum fententiæ, cui ceu veriori & ego meum lubens adjicio calculum, fequentibus innititur argumentis. I. Divus Imp. Alexander *in d. l.fi intra 8. in fine. Cod. de non num. pecun.* disertè refcribit: debitorem poft legitimum tempus, id eft, poft biennium effluxum, *omnimodo* compelli debitum folvere. Si igitur debitor *omnimodo* poft biennium folvere debitum compellitur: confequens eft, eum nullo modo folutionem evitare poffe, five paratus fit probare, pecuniam non effe numeratam, five non fit paratus. Nam qui omnem modum dicit, nullum modum excipit, *arg. l. omnia 7. ubi*
14 *Decius ff.de reb.credit.fi cert.pet.* II. Divus Imp. Juftinianus *in d. l. in contractibus 14. in princ. Cod. de non num. pecun.* apertè fancit: exceptionem five querelam non numeratæ pecuniæ, poft biennium, *nullo modo* effe introducendam vel admittendam. Ergo ne tunc quidem eadem exceptio admittenda eft, fi debitor vult probationis onus in fe recipere, & docere, pecuniam fibi numera-
15 tam non effe. III. In eadem, *l. in contractibus 14. §. fuper cæteris 2. in fine* fcribitur: poft præftitutum tempus, intra quod exceptio non numeratæ pecuniæ competebat, adeò non licere eam opponere, ut nec liceat dicere pecuniam non effe numeratam. Ex quo evidentiffimè perfpicitur: debitorem planè non effe audiendum, quantumvis probationem offerat. Quia prius eft, ut dicat, pecuniam fibi non numeratam effe, quàm ut probet, non effe numeratam, *l 2.ff.de probationib.* Quare fi ei non licet dicere, non effe numeratam pecuniam: non etiam licebit probare, non numeratam effe. IV. Idem Imp. Juftinianus *in fine hujus tituli noftri*, perfpicuè cavet: ut ultra biennii
metas hujufmodi exceptio minimè extendatur. Atqui ve- 16
rò extenderetur ultra biennii metas, fi hac conditione admitteretur, ut ipfe reus in fe onus probandi recipere poffet. Quin & fi poft biennium elapfum admitteretur hæc exceptio: eveniret, ut creditores diutiùs pecuniis fuis defraudarentur; adeoque Juftiniani conftitutio eluforia redderetur: ob quam tamen rationem ipfe Imperator tempus exceptionis hujus coarctandum & conftringendum putavit: *ut ex fine hujus tituli relucet.* V. Quifquis obligatus eft fecundum formam juris certi, non aliter facto fuo liberatur, quàm fi folvat, aut fatisfaciat creditori iis modis, qui recenfentur *infra tit. quib. mod. tollit. obligat. l. fi rem alienam 9.§.omnis 3.ff. de pignorat.act.* At dicere, pecuniam non effe numeratam, & id probare: non eft folvere creditori, fed maximè folutionem negare: multò minus eft
fatisfacere. Nam fatisfacere creditori eft, eum volentem, 17
pro eo, quod à nobis petit, contentum five fecurum reddere, *l. 1. ff. qui fatifd. cogant.* Quapropter debitor, literis obligatus, ifta probationis oblatione liberari non poteft.
VI. Fruftrà effet minoribus hoc privilegium conceffum, 18
ut ne adverfus eos præfcriptio ifthæc biennalis incipiat: fi ea neque adverfus alios quofvis debitores curriat, *l.fin. C. ut quib.cauf. in integr. reftitutio neceffaria non eft.* VII. Huc facit, quòd poft biennium reus ad debitum, quod confeffus eft, exfolvendum obligatus dicitur. *hoc tit. noftro*: adeòque ex eo tempore neceffitas folvendi ei imponitur, *initio tit. fupr.de obligationib.* Atqui nulla adftringeretur folvendi neceffitate, fi aliquo modo, nempe per contrariam probationem, evitare folutionē poffet. VIII. Accedit hæc ratio, quòd in propofito nulla per rerum naturam probatio videatur effe poffe negantis factum, atq; adeò ifta probatio impoffibilis cenfeatur, *l. actor.23.*
Cod.de probationib. Idque in fpecie de hac exceptione non 19
numeratæ pecuniæ affirmant Impp. Diocletian. & Maximian. *in l.adfeveratio 12.C.de non num.pecun.* Etfi enim nulli teftes dixerint, fe non vidiffe, pecuniam debitori numerari: fieri tamen poteft, ut numerata fit, & illi non viderint. Et quamvis creditoris etiam inftrumentum proferatur, in quo is fatetur, fe non numeraffe pecuniam: fieri tamen poteft, ut poftea numeraverit. Cum igitur ille, qui paratus eft probare, pecuniam fibi numeratam non effe, ad impoffibile fe offerat: meritò audiri minimè debet.
IX. Si admittitur probatio poft biennium: fequitur, nec 20
fcripturam ad obligationem quicquam facere, nec obligationem literarum effe à cæteris diftinctam. At pofterius eft falfum, & contra expreffam fententiam Juftiniani. *in §.fin.fupr.tit.de oblig[illegible]*. ubi dicitur: obligationem vel re, vel verbis, vel literis, vel confenfu contrahi. Ergo & prius. Ratio confequentiæ eft: quia aliàs præfumeretur, folum debitorem ex mutuo effe obligatum; quam præfumptionem literæ debitoris caufarentur: ficque fcriptura hoc in cafu duntaxat fidem aliquam faceret, uti aliàs regulariter, *l. Publia Mævia 25. §. Titius 2. ff.depofiti. l.cont[illegible] 4.ff.de pignorib.l.3.ff.de fide inftrument.* quæ contraria probatione iterum refutari poffet. *d. l.Publia 26.in fin.ff.depofiti.* & obligatio omnis ex mutuo facta effet: atque ita fruftrà Juftinianus literarum obligationem ab ea, quæ ex mutuo defcendit, fejunxiffet. Nunc dum hoc non nifi abfurdè dici poteft: nihil quoque ad hunc obligationem refert, utrùm pecunia numerata fit, nec ne: &, quod confequens eft, fruftrà debitor fufcipiet probationem, pecuniam numeratam non fuiffe: cum etiam fine numeratione literis illis poft biennium obligetur. *Hartman.Piftor.lib.4.q.12.n.13.pag.430.Duarenus ad tit.C.de non num. pecun.d.c.4. eofque referens Frantzkius.d.exercit.10.q.10.n.11.pag.326.* X. Quemadmo- 21
dum fe habet obligatio civilis, refpectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non oppofitæ: ita fe quoque habet refpectu exceptionis non numeratæ pecuniæ. At priori cafu fi ante fententiam non opponatur

Digitized by Google

tur exceptio, ita confirmatur civilis obligatio, ut propter auctoritatem rei judicatæ probatio nulla admittatur, *arg. l. singulis 6. ff. de except. rei judicat. l. ingenuum 25. ff. de stat. hom. l. servo 65. §. cum prætor 2. ff. ad Senatusc. Treb.* sed sententia omnino executioni mandetur, *l. sub specie 4. C. de re judic. l. Imperatores 35. ubi Zaf. & Duaren. ff. eod. l. admonendi 31. ff. de jurejur. Mynsing. cent. 4. obs. 60. n. 2.* Ergo & casu posteriori. Ratio consequentiæ evidens est: quia hoc respectu comparantur, *arg. §. 2. 3. & 5. infr. de exceptionib.* Ut enim priori casu civilis obligatio, quæ jure summo manet incolumis, *d. §. 3.* interpretatione juris ex æquitate quadam civili per sententiam confirmatur, & ad exigendum id, quod judicatum est, efficax redditur, *d. §. 5.* ita hæc nostra obligatio eodem modo ante biennium summo jure tantùm ad agendum habilis, per exceptionem facillimè eliditur: lapsu verò biennii (idque propter consensum scribentis, qui ex negligentia non querentis colligitur) efficaciter confirmatur, *Franzk. d. exerc. 10. q. 10. n. 14. & seq.* Atque hanc decisionem jure quoque canonico (cùm distinctio nulla sit expressa) obtinere, complures tradiderunt; *Specul. in t. de restitut. in integr. §. 1. nu. 25. Archidiacon. in can. si quis episcoporum 2. caus. 3. q. 6. Bald. n. 22. & Jason n. 28. in l. cum quis 10. C. de jur. & facti ignorant. Petrus Duen. d. reg. 261. n. 12. Hippolyt. Riminald. consil. 272. n. 20. lib. 3. eosque citans Fachinæus d. lib. 2. controv. jur. cap. 82.* Quibus quoque suffragantur *Heigius hic n. 40. Kitzel. d. exegesi de oblig. mutui. c. 8. n. 26. Hilliger. in Donell. enucl. d. lib. 14. c. 38. lit. A. Knipschildt. d. exercit. 7. quæst. 17. pag. 272. & Matthias Steph. uii d. cent. 3. q. 59.*

22 Cui non obstat, quòd illicitæ & iniquæ exactiones sive petitiones non sint admittendæ, *l. illicitas 6. in princip. ff. de offic. præsid.* Hæc autem sit illicita & iniqua exactio, quâ creditor pecuniam non numeratam exigit, tanquam numeratam. Facit enim iniquum lucrum, cùm recipit, quod non debetur, *d. l. illicitas 6. l. cum hi. §. si quis 22. vers. sane. ff. de transact.* & creditor debitorem sibi non obligat ultra id, quàm ei numeravit, *l. rogasti. 11. § 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Nam respondetur: illicitam & iniquam exactionem esse, exigere pecuniam, quam constat non esse numeratam. Ast ubi dubium est an sit numerata, de quo hîc agitur: nihil est æquius, quàm creditori, chirographum debitoris proferenti, fidem haberi: nihil, *inquam*, est æquius, quàm debitorem confessioni suæ, literis testatæ, stare: quippe cùm eam silentio integri biennii confirmarit: & non verisimile sit, illum tamdiu passum esse, chirographum suum esse apud creditorem, nisi pecunia ei numerata fuisset. *Ad hæc* beneficium querelæ intra legitimum tempus debitori tributum erat hac conditione: ut nisi intra id tempus querelam istam deferret, biennio finito omnino excluderetur, *d. l. si intra 8. in fin. & d. l. in contractib. 14. C. de non num. pecun.* Sibimetipsi ergo imputet, quòd beneficio legis, intra tempus à jure præfinitum, usus non fuerit. Quicunque enim beneficio legis, certâ conditione sibi tributo, secundùm voluntatem legis non utitur: de se se tantùm, & non de jure, aut de adversario queri debet, quòd compendia & commoda sua amiserit, *arg. §. sed nostra 6. supr. de hered. qualit. & differ. ent. l. ult. §. sin autem hoc 14. vers. & sibi imputet, &c. C. de jure deliberandi. Donell. d. lib. 14. Comment. de jur. civ. cap. 38. pag. 362. n. 40. & seq.*

23 Non refragatur etiam, quòd exceptio doli sit perpetua, *l. pure 5. §. fin. ff. de doli mali, & met. except.* Exceptioni verò non numeratæ pecuniæ, exceptio doli conjuncta sit, unaque in alterius locum succedat, *l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun.* Proindeque utraque, & doli, & non numeratæ pecuniæ exceptio, sit perpetua. *Ad majorem* namque respondetur: dictam *l. pure 5. §. fin. ff. de doli mali, & met. except.* de tali doli exceptione accipiendam esse, quæ per se stat, & principalis est: non autem de tali doli & metûs exceptione, quæ per se non subsistit, sed conditionem principalis exceptionis, cui connexa est, sequitur, *arg. l. cum principalis 178. ff. de reg. jur.* veluti in nostro casu principalis exceptio est, exceptio non numeratæ pecuniæ: minùs principalis, exceptio doli, ipsi accedens; quarum ambæ pariter biennio circumscribuntur & extinguuntur, *d. l. si intra 8. in fin. C. de non num. pecun. Donell. d. cap.* 38. *pag. 363. nu. 10. cum seqq. Kitzel. d. exeg. de oblig. mutui. c. 8. n. 47. & seq.* Idque fusius enodat *Henr. Nebelkra. d. decis. 22. pag. 263. & seq.*

Similiter nihil decerpit nostræ decisioni, *l. si quasi. 7. C. de* 24
non num. pecun. ubi cùm condictio chirographi & cautionis debitori permittatur: condictio autem quævis, nisi exceptio doceatur, perpetua sit, *l. 2. circa medium princip. ibi, neque sit in quocunque casu, &c. C. de constitut. pecun.* & ad triginta annos extendatur, *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* inde colligi videtur exceptionem quoque non numeratæ pecuniæ, cui prædicta condictio surrogata est, onere probandi à debitore suscepto, perpetuam esse, ac post biennium opponi posse. *Etenim respondetur*: in hoc negocii genere quælibet remedia, sive in modum exceptionis, sive actionis proponantur, intra bienniū concludi: adeò, ut post biennium omnis non numeratæ pecuniæ querela removeatur, reusque omnino solvere teneatur. Idque tum generalitas dictarum constitutionum, *putà l. si intra 8. l. in contractib. 14. & similium. C. de non num. pecun.* tum etiam capitula 39. & 84. cùm quid unâ viâ prohibetur 25
alicui, ad id alia non debet admitti, *de reg. jur. in 6.* evidenter suadent: ut proinde *d. l. 2. C. de const. pecun. & d. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi omnes personales actiones 30. annos durare censentur, cum hoc temperamento accipiendæ sint: nisi quædam exceptæ reperiantur: veluti pleræque actiones pœnales, in personam, anno circumscribuntur, *l. in honorariis 35. in princ. ff. de obligat. & actionib. Kitzel. d. cap. 8. n. 45. & 46.*

Præterea non adversatur, quòd biennii lapsus non potest 26
debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit, *l. non potest videri 208. ff. de reg. jur.* Atqui biennium tribuit solùm debitori immunitatem probationis intra biennium, *d. l. asseveratio 10. C. de non num. pecun.* sicut non ipse reus, sed adversarius, sive actor onus probandi sustinere debeat. Igitur & hanc solam probationis immunitatem, non etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ, lapsus biennii reo adimit. *Nam respondendum est*: assumptionem hujus argumenti apertè esse falsam. Siquidem biennium debitori duo tribuit, exceptionem non numeratæ pecuniæ, & immunitatem probandi, *d. l. 3. C. de non num. pecun.* Quare argumentū hoc in sententiam contrariæ suffragatores ita rectè retorquetur: Quicquid bienniū debitori tribuit, id lapsus biennii, totum adimit, *d. l. si intra 8. & d. l. in contractibus 14. C. d. tit.* At verò biennium debitori non tribuit tantùm immunitatem probationis; sed etiam, & quidem in primis, exceptionem non numeratæ pecuniæ, *d. l. 3. C. eod.* Ergo lapsu biennii debitor utrumq; habere desinit: & consequenter solvere omnimodo compellitur: quantumvis pecuniā sibi non esse numeratam, demonstrare sit paratus, *d. l. in contractib. 14. in princ. & §. 2. C. d. tit. Hunnius d. lib. 3. var. resol. in acl. 6. q. 2. vers. non etiam refragatur, &c. pag. 106.*

Nihil insuper obsistit *l. obligationum 44. §. 1. vers. placet* 27
de oblig. & act. ubi dicitur, quòd tempus non sit modus inducendæ vel tollendæ obligationis: & per consequens lapsus biennii obligationem non inducat. *Regula* namq; illa procedit, nisi tempus legis dispositione (ut in proposita quæstione) munitum sit: exemplo usucap. ionis, & usque quælibet in tempore fundata est, sed ita volente & jubente juris auctoritate. *Wesenbec. in Paratit. l. ff. de oblig. & act. nu. 9. Arumæus d. Exerc. Just. 12. in fin. Nebelkra. d. decis. 22 pag. 266.*

Hoc amplius nihil ad rem pertinet §. *item verbor. 12.* 28
supr. de inut. stipul. ubi scripturæ sive instrumento stipulationis credendum esse traditur; nisi adversarius possit ostendere, se totò eo die, quo conficiebatur instrumentum, in aliis locis fuisse. Ergo & idem in nostro themate dicendum videtur. *Quia respondetur*: diversam esse utriusque causam. Instrumentum siquidem, de quo ibi agitur, non confectum est à promissore. Ast in nostra specie chirographum sive instrumentum conscriptum est ab ipso debitore, vel certè voluntate ejus & mandato confectum. Instrumentum præterea illud (quia alterius est) non ante gignit quit, nisi fuerit oppositum: at hic autem instrumentum sive chirographum per condictionem repeti potest, etiamsi petitio ex illa obligatione à creditore nondum instituta fuerit, *d. l. si quasi. 7. C. de non num. pecun. Arum. loco modò indicato.*

Digitized by Google

29 Denique non turbat nostram sententiam, quòd Paulus *in l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. si cert. pet.* ait: eum, qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habere, ne accipiendo se ei obstringat. Unde inferri posse videtur: quòd si debitor pecuniam non acceperit, non sit obstrictus illo tempore: & consequenter omni tempore, & sic etiam post biennium excipere possit, se pecuniam non accepisse. *Respondetur enim*: in istâ lege nullius scripturæ, seu cautionis creditori oblatæ, sed nudæ duntaxat sponsionis mentionem fieri: ex quâ, cum literarũ obligatio, citra scripturam non emergat: debitori quovis tempore liberum est, non accipiendo pecuniam, creditori futuro sese non adstringere: quod cum hac non numeratæ pecuniæ exceptione nihil commune habet: ut rectè tradidère Kitzelius *d. exeges. de oblig. mutui. cap. 8. n. 50.* & Fachinæus *d. lib. 2. controvers. jur. cap. 81. in fin. Et de intellectu illius legis agitur quoque ad §. idem juris 2. infr. de exceptionib.* Aliis quibusdam argumentis contrariis nuperrimè satisfecit Frantzkius *d. exercitat. 10. q. 10. n. 22. & seqq. pag. 328. cum seqq.* Atque ita evictum est: non numeratæ pecuniæ exceptionem, post biennii lapsum cessare, utcunque debitor onus probandi in se recipere velit.

30 Verum enimverò si judex, conscientiæ scrupulo commotus, contrariam sententiam, quæ communis perhibetur, in judicando sequatur: eum haud peccare arbitror. Siquidem veritas & communis opinio æquiparantur, *per notata Andreæ Gail. lib. 1. observ. 153. n. 5.* Atqui omnes judices veritatem sequi debere, constat *ex l. nemo 23. in fine. C. de sentent. & interloc. omn. judic.*

31 Porrò non valde dubitatur: hanc *ἀναργυρίας* seu non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi posse contra quamlibet scripturam, quâ quis pecuniæ summam confitetur, vel publicam à Notario confectam, *argum. l. si ex cautione 3. ubi Gloss. & Bartol. & l. ult. ibi, tam in fœneratitiis cautionibus, quam in aliis instrumentis. Cod. de non num. pecun. l. ult. C. de dote cauta, non numeratâ. junctâ l. Imperatores 29. in fine principii ff. de probationib. & l. 1. Cod. de jurejur. propt. calum. dand. Schneidew. hic. n. 13.* vel privatam manu debitoris scriptam, *l. 1. 2. 3. & passim. Cod. de non num. pecun. & hic in vers. planè si quis, &c. ibique Faber. n. 3. & Schneidew. n. 14.* aut tantum subscriptam, *l. si ut. 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pig. vel hypothec. solvit. l. si per epistolam 50. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. cum antiquitas 8. §. ult. Cod. de testam. instit. ut. inst. de empt. & vend. vers. in iis autem Felin. in can. quoniam 11 de probationib. n. 43. & seqq.* Sed & eandem exceptionem contra instrumentum publicum Guarentigium, paratam executionem habens, competere verius est, *arg. d. l. 3. & d. l. ult. C. de non num. pecun. generaliter loquentium: & tradunt Jason in l. qui pecuniam 30. ff. de reb. cred. si cert. pet. n. 7. Emanuel à Costa in d. l. 3. in 12. fallentia. C. de non num. pec. Gomezius tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 6. n. 3. & ibidem Soarez in addit. lit. g. aliique ab iis laudati.*

32 De eo magna Doctorum dissensio est. Num, si debitor in chirographo confiteatur, se ante annum, aliudvè tempus, certam pecuniæ quantitatem mutuò accepisse, exceptionem istam nihilominùs intra biennium opponere possit? Et quòd non possit, existimant *Accursius in l. in contractibus 14. in verb. aliæ res. Cod. de non num. pecun. Alberic. de Rosat. Simon Vincentius, & Salicet. in l. generaliter. 13. C. eod. Jacob. Butrigar. Christophor. de Castell. & Socin. sen. ad l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. Hunnius & Bachovius in not. & resolut. ad Treutler. disp. 20. th. 2. lit. c. vol. 1. Aßelman. d. disp. 13. de contractib. th. 14. p. 343. hosque referens Knipschildt d. exercit. 7. qu. 16. pag. 270.* Sed contraria affirmantium sententia multò est probabilior. *Tum* quia leges exceptionem non numeratæ pecuniæ concedentes, generaliter conceptæ sunt, nullâ factâ distinctione, utrùm quis simpliciter, an verò longè ante chirographum, sese pecuniam accepisse, confiteatur. *Tum* quia nulla afferri potest differentiæ ratio, sive quis simpliciter, sive ante hoc vel illud tempus se accepisse profiteatur. Semper enim subest dolus creditoris, & fragilitas aviditasque debitoris. *Tum* denique quia eâdem facilitate, quâ quis confitetur, se simpliciter accepisse, quod non accepit, confitebitur etiam, se accepisse longè antè chirographum, *arg. l. si mulier. 22. C. ad Senatusconf. Vellejan.* Et ita sentiunt *Ludovic. Roman. Alexand. & Decius in d. l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. Cynus in d. l. generaliter 13. opposit. 1. Cod. de non num. pecun. Angel. Aretin. in §. idem juris. n. 23. infr. de exceptionib. Gomez. d. tom. 2. var. resol. cap. 6. n. 4. Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 83. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. part. 3. n. 38. edit. postrema Kitzel. d. exeges. de oblig. mutui. c. 8. num. 7. & seq.*

Neque obstant *l. adversus. 6. vers. cùm autem ex præcedente & d. l. generaliter 13. in princ. C. de non num. pecun.* ex quibus dissentientes colligunt: exceptioni non numeratæ pecuniæ locum haud esse, quando debitor chirographo suo professus est, se ante annum pecuniam à creditore accepisse. *Nam* leges illæ de facti specie longè diversâ loquuntur: nempe cum quis confitetur, se debitorem esse alterius ex aliâ, quàm crediti, causâ præcedente; ut putà si quis in chirographo fateatur, se alicui debere centum, quæ ante annum nomine depositi accepit; vel quæ ante annum ex causâ emptionis præstare tenebatur. Hoc casu non inquiritur, an pecunia numerata sit; sed an causa verè præcesserit, necne: & confessioni statur, donec contrarium doceatur. *Fachin. d. cap. 83. ad finem.* 33

De illo quoque acriter inter Interpretes litigatum est: utrùm exceptio non numeratæ pecuniæ eodẽ modo concedatur ei, qui testibus præsentibus confessus est, se accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet? Et quidem plerique statuunt, istam exceptionem eodem modo competere ei, qui citra scripturam, mediante stipulatione, præsentibus testibus; sese creditori ad restituendam pecuniam, quam se accepisse professus est, obligavit, quo competit & conceditur illi, qui mediante scripturâ confessus est, sese alteri pecuniam debere, *Bartol. n. 3. Bald. nu. 14. & Salicet. n. 14. in d. l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun. Duaren. ibidem. cap. 1. in princ. Alciat. in l. qui pecuniam 30. circa finem. ff. de reb. cred. si cert. pet. Faber hic n. 7. & Fachinæus d. lib. 2. controvers. jur. c. 85.* Verùm alii, ipsâ rei veritate penitiùs considerata, rectiùs concludere jam mihi videntur: debitorem, si citra scripturam, testibus præsentibus sese pecuniam accepisse confessus sit, isthâc confessione non obligari: sed ipsi semper liberum esse negare, se id accepisse, de quo confessus est; & eam in rem, post biennium etiam probationem inducere: hacque probatione impletâ, omnino absolvendum esse. *Accursius in l. si non singuli. 5. C. si certum pet. Donellus lib. 14. Comment. de jur. civ. c. 39. pag. 368. hosque laudans Joannes Kitzelius d. cap. 8. n. 10. Vide 1. fol. abhinc 5. & seqq.* Cùm enim Justinianus Imp. *in d. l. in contractibus 14. Cod. de non num. pecun. & in hoc tit. nostr.* scriptam cautionem nominatim exigat, adeoque sine scripturâ obligatio literarum exoriri nequeat: inde satis manifestum sit, quòd ex stipulatione, citra scripturam, hujusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, tam ante, quàm post biennium, in modum exceptionis regularis, cum suscepto onere probandi, opponi possit. 34 35

Non obstat huic conclusioni *§. idem juris 2. infr. de exceptionib. & l. cùm ultra. 9. Cod. de non num. pecun.* quorum locorum in utroque cùm præcipiatur, exceptione non numeratæ pecuniæ & eum defendi debere, quem ex stipulatione dare oportet: ex eo evincere conantur adversarii, quòd exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium retractandæ confessionis ergò opponenda, sicque privilegiata, etiam detur ei, qui sine scripto, stipulanti creditori, pecuniam sese daturum seu soluturum, promisit. Non obstant, *inquam*, illi textus. Quando enim Imp. Justinianus *in d. §. 2. in fin. infr. de exceptionib.* rem totam, de quâ priùs in isto §. constituerat: expressè revocat ad constitutionem suam, *in d. l. in contractibus 14. Cod. de non num. pecun.* certè textus ille Institutionum secundùm dictam modò legem, quam diximus nominatim exigere scriptam cautionem, accipiendus erit: sicuti etiam *d. l. cùm ultra. 9. C. d. tit.* cùm generalis sit, nec quicquam exprimat, scriptonè quis promiserit, an sine scripto, ex aliis legibus ejusdem tituli supplenda: atque adeo utrobique stipulationi cautionem scriptam in crediti sive mutui causâ adjectam fuisse, omnino præsupponendum est, *arg. hujus tit. nostr. & d. l. 14. C. de non num. pec.* Nihil siquidem (dummodò cautio scripta sit) 36

quoad

Digitized by Google

quoad dandam exceptionem non numeratæ pecuniæ, refert: utrùm ea sola sit, an verò ei aliud quippiam, majoris securitatis gratiâ accesserit, puta pignoris obligatio, stipulatio, vel etiam jurisjurandi religio. *l. 1. l. 3. d. l. 9. & l. fin.*
37 *Cod. eod.* Nam & aliàs in jure nostro haud infrequens est, ut & priores leges ad posteriores trahantur, & posteriores ad priores. *l. non est novum. 26. & duab. seq. ff. de leg. Donell. & Kitzel locis præallegatis.* Adde Doringium *in Bibliotheca jurisconsultor. tom. 1. in verb. actio chirographaria. num. 6. fol. 297.*

38 Sed nec ille casus admodum planus est: si videlicet lege municipali seu statuto civitatis caveatur, certas duntaxat exceptiones, putà solutionis, compensationis, rei judicatæ, &c. contra instrumentum opponi debere, an adhuc vim suam exerceat hæc non numeratæ pecuniæ exceptio? Et, non obstante opinione Baldi, id negantis *in d. pecun. 14. C. de solution. n. 4. & in l. 3. Cod. de postuland. in colum. ult.* ajentium sententiam veritati magis accedere, puto: hujusmodi namque ἀναργυρίας exceptio inest ipsi obligationi & confessioni; quia lex præsumit, confessi nem factam spe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionem concedit. Quare in dubio nunquam lege municipali talis exceptio exclusa censeri debet: quemadmodum nec, si quis jurejurando fateatur, se accepisse, impeditur, quò minus excipere possit. *l. ult. Cod. de non num. pecun.* Neque enim obligationi videtur consentire, qui se accepisse confitetur; nisi pecunia numeretur: proindeque injustum es-
39 set civitatis statutum, quo exceptio illa rejiceretur. Non autem ea recipienda est interpretatio, quâ quispiam injustè opprimatur, quâ lex iniquitatis arguatur, & à sapientibus reprehendi mereatur. *argum. l. Salvius Aristo. 6. ff. de legat. præstand. Menoch. lib. 2. de arbitrar. judic. quæst. cent. 2. cas. 199. n. 8. & seqq.* Atque ita tenent *Cynus ad d. l. in contractibus 14. C. de non num. pecun. Jason ad l. qui pecuniam 30. n. 7. ff. de reb. cred. si cert. pet. Felin. in cap. si cautio 14. n. 47. de fide instrum. Gomez. lib. 2. var. resolut. cap. 6. n. 3. eosque citans Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 84.*
40 Sanè expressè tolli statuto hanc exceptionem posse, non negandum est, *argum. l. nec ex prætorio 27. ff. de reg. jur. & l. 2. in fine Cod. de constit. pecun.* Jure siquidem civili ea est inventa, *hoc tit. nostro. & tot. tit. Cod. de non num. pecun.* Igitur per statutum tolli poterit, *§. sed naturalia 11. supr. de jur. natur. gent. & civ. Bald. in fin. Salicet. n. 20. & Eman. Costa fallent. 13. in d. l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun. Felin.*
41 *in d. c. si cautio 14. n. 55. de fide instrum.* Quòd si statutum nullum extet: ubivis locorum regulariter exceptionem hanc, etiam inter mercatores, habere locum, probabilius est. Nam licèt de hoc quidam addubitent, *Jason & Decius in d. l. qui pecuniam 30. ff. de reb. credit. si cert. pet. Wesenbec. consil. 31. n. 23. vol. 1. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. part. 3. n. 54. edit. postr. & alii:* tamen magna ratio est, cur his etiam magis, quàm ullis aliis, propter promiscuum chirographorum & literarum usum, sit subveniendum, ut rectè docuerunt *Costa in d. l. 3. fallent. 18. Cod. de non num. pecun. Straccha in tract. de mercatura tit. quomodo in causis mercator. proced. cap. de exception. n. 9. Fachin. d. lib. 2. cap. 86. Matth. Stephani cent. 3. qu. 60. Kitzel. d. exeges. de obligat. mutui. c. 8. n. 19. & Petr. Heigius in hoc tit. n. 73.*

42 Præterea competit hæc ἀναργυρίας exceptio non debitori solum, sed & ejus heredibus: ita tamen, ut nihil amplius illis detur, quàm reliquum tempus, quod defuncto ad exceptionem supererat. *Exempli gratiâ:* si post chirographum emissum, intra annum decessisset debitor: heredi eadem exceptio competit, sed intra annum duntaxat: quia tantum temporis solummodo relictum erat defuncto ad querimoniam movendam, *l. si intra 8. Cod. de non num. pecun.* Si autem tempus legitimum elapsum fuerit: heres, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur, *d. l. si*
43 *intra 8. in fine Cod. eod.* Sed quando tempus istud reliquum heredi cedat, an à die aditæ hereditatis, vel petitæ bonorum possessionis, an verò à die mortis debitoris, controvertitur? Et posterius mihi magis probatur, *argum. d. l. in contractib. 14. in princ. ibi, intra solum biennium continuum Cod. d. tit. & l. cœptam 14. ff. de usurpat. & usucap.* Ne-
44 que resistit textus *in l. ea, quæ 5. §. ult. Cod. de temporib. in integr. restitutionis, &c.* ubi traditur: tempus petendæ restitutionis in integrum, in quam heres successit non cedere vel computari, nisi ab aditâ hereditate. *Multùm* enim interest, utrum quæratur de inchoanda præscriptione, an verò de complenda. Initium seu inchoatio à certo tempore incipit: quod tempus non cedit heredi, nisi post aditam hereditatem, *d. l. ea, quæ 5. §. ult. Cod. eod.* At hoc tempus, de quo hic agitur, tanquam semel cœptum continuatur & progreditur, nec morte debitoris interrumpitur: alioquin tempus istud non diceretur continuum. *Ita docent Gloss. Bald. Castrens. & alii in d. l. si intra 8. Cod. de non num. pecun. Sichard. ad rubric. Cod. d. tit. n. 10. Angel. in §. idem juris 2. n. 3. infr. de exceptionib. & Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. n. 49. & seq. edit. ult.*

Non inutiliter & illud dubium hoc loco movetur: utrum minor 25. annis, qui successit debitori in id tempus, quod restabat, eo tempore finito, adhuc ἀναργυρίας exceptione uti possit? Et quidem ipso jure non potest: sed per restitutionem in integrum illum juvari, communiter, & rectè quidem, receptum videtur, *d. l. si intra 8. Cod. de non num. pecun. & l. uni. Cod. si advers. usucap. Gloss. in l. fin. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. ubi Cynus n. 4. & Bartol. n. 6.* Licèt enim tempus seu præscriptio contra minorem & pupillum currat; is tamen semper in integrum restituitur, nisi contrarium sit expressum, *arg. l. 1. §. 1. ff. de minoribus 25. annis. Angel. d. §. idem juris 2. n. 3. vers. advertas infr. de exceptionib. Franc. de Caldas ad l. si curatorem in verb. suâ facilitate n. 4. cum seqq. & n. 94. Cod. de in integr. restit. minor. Zanger. d. cap. 14. n. 51.* Cæterùm si minor ipse chi- 45
rographum dederit: aliud dicendum erit, *l. sancimus 5. Cod. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est.* ubi Justinianus eleganter rescripsit: *melius esse intacta minorum jura servari, quam post causam vulneratam remed. quærere.* Illud quoq; hic quærere libet: num creditor habens chi- 47
rographum, an verò debitor hanc exceptionem opponens docere debeat, se esse intra biennium? Sed hoc posterius meritò negatur, *arg. d. l. fin. Cod. in quib. caus. in integr. restitutio, &c.* Sufficit etenim allegare, se chirographum spe futuræ numerationis dedisse: nec pecuniam hactenus numeratam esse, *arg. l. si minorem 4. Cod. de in integr. restitut. minor. & d. l. si ex cautione 3. ubi Dd. Cod. de non num. pecun.* Planè hanc exceptionem in judicio, etiam post litem contestatam, opponi posse, certum est: siquidem inter peremptorias refertur, quæ regulariter ad litem usque finitam sive sententiam opponi possunt, *l. præscriptionem 8. Cod. de exception. l. perempor. 2. Cod. sententiam rescindi non posse, Angel. in d. § idem juris 2. num. ult. infr. de exceptionib.* 48

De renunciatione hujus exceptionis non numeratæ pecuniæ sic sentiendum est: quod renunciatio debitoris, in 49
instrumento confessionis posita, nullum habeat effectum: propter identitatem rationis. Quâ enim facilitate & fragilitate quispiam inducitur ad confitendum, eâdem inducitur ad renunciandum *l. si mulier. 22. Cod. ad Senatus consult. Vellejan. l. doli 19. vers. diversum. ff. de novationib. & deleg.* Deinde si renunciatione adimeretur isthæc exceptio debitori: remitteretur creditori dolus futurus: & impunitate eidem proposita, invitaretur ad peccandum & delinquendum. Nam si pecuniam non numeravit: consequitur hac renunciatione, ut liceat ei postea impunè non numerare, & ita debitorem fraudare. Hujusmodi autem pactionem nullius momenti esse, constat ex *l. si unus. 27. §. illud. 3. ff. de pactis, & l. illud. 5. §. 1. ff. de pactis dotalibus.* Atque ita censent *Cynus, Bartol. Bald. Salicet. & Sichardus n. 10. in d. l. 3. Cod. de non n. pecun. Michael Grass. lib. 2. opinion. commun. cap. 11. quæst. 11. Mascard. in tract. de probationib. vol. 2. conclus. 695. n. 14. Colerus in tract. de processib. execut. part. 1. c. 10. n. 212. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. num. 71. & seq. part. 3. ed. ult. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 14. cap. 37. lit. f. Schneidevvin. hic n. 19. & Heigius num. 58. cum seqq. Kirchov. in commun. opin. verb. exceptio. Schickhard. disput. 3. ad Instit. thes. 7. sub lit. i. & in resolut. qu. 2.* Tametsi dissentiant *Azo & Accursius in d. l. 3. C. de non num. pecun. Hieron. de Cevall. in specul. suo com. opin. qu. 365. & novissimè Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civil. tract. 6. qu. 3. & Bachov. in not. & animadvers. ad Treutl. vol. 2. disp. 26. th. 5. lit. E. vers. renunciari pag. 759. & seq.* Planè renunciationem debitoris ex intervallo tem-

Digitized by Google

temporis;& post cautionem creditori jam traditam, inter-
positam (cùm hoc casu deficiat superior ratio) valere,
plerique statuunt, *argum. l. Titius 24 ff. de pignor. act. ibiq;*
Bartol. l. Ballista 32. ff. ad Senatuscons. Trebellian. d. l. si mu-
lier. 22. C. ad SC. Vellejan. Sichardus n. 12. & reliqui Dd. in
d. l. 3. C. de non num. pecun. Mascard. d. conclus. 695. n. 15. &
50 *alii.* Sed & renunciationem, jurejurando confirmatam,
vires suas obtinere, crebriùs placuit, *arg. l. 1. & Auth. sacra-*
menta puberum Cod. si advers. vendit. c. cùm contingat. 28.
de jurejurand. c. quamvis 2. de pact. in 6. Bartol. in l. fin. C. de
non num. pecun. Salicet. in d. l. 3. n. 25. Cod. eod. ib. Eman. Co-
sta fallent. 1. & 9. Felin. in c. si cautio 14. n. 50. de fide instrum.
Coler. Zanger. Heig. locis prællegatis. Cùm itaque renun-
ciatio debitoris, adhibito juramento, valeat secundum
communiorem opinionem: hæc practica traditur à Bar-
tolo *in d. l. fin.* & Sichardo *in d. l. 3. num. ultim. Cod. de non*
num. pecun. ut quamvis exceptionem eo casu debitor op-
ponere nequeat, sed pecuniam solvere teneatur: attamen
eandem summam solutam per condictionem sine causa,
vel ob turpem causam, repetere possit, *tot. tit. ff. de condict.*
sine caus. & tit. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus. argum.
cap. debitores 6. ext. de jurejurand.
51 Porrò cessat hoc exceptionis non numeratæ pecuniæ
beneficium, si debitor fidem cautionis vel chirographi
quocunque modo agnovisset, *l. cùm fidem 4. ibique Dd.*
Cod. de non num. pecun. Mynsinger. hîc n. 15. & Rutershus.
52 *circa finem vers. casus, quibus &c.* Ecquid verò si is, qui
chirographo decem se à Titio accepisse fuerit confessus,
postea simpliciter quinque solvat, cautionis fidem plenè
approbasse videatur, obscurum est? Sed ego negativè
decidendum reor, ita ut ratione portionis non numera-
tæ, adhuc exceptio illa competat, *argum. l. minorem 2.*
Cod. d. tit. Salicet. in d. l. cùm fidem 4. Cod. eod. Angel. in præ-
dicto §. idem juris 2. num. 38. infr. de exceptionib. Sanè
dictam l. 4. *Cod. de non num. pecun.* procedere quidam
existimant: si debitor, solvens quantitatem aliquam, evi-
denter referat se ad majorem quantitatem chirographo
contentam: cùm aliàs indebitum ille magis solvisse, quàm
fidem cautionis agnovisse videatur. *Bartol. in d. l. 4. Cod.*
eod. Jason in l. qui pecuniam 30. n. 5. ff. de reb. credit. si
53 *cert. pet. Heigius in hoc tit. n. 68. & seq.* Illud quoque
non satis clarum & expeditum est: utrùm hæc *ἀναργυρίας*
exceptio in ultimâ voluntate locum habeat; putà si testa-
tor in testamento confiteatur, se à Titio recepisse certam
quantitatem ex causâ mutui, jubeatque ei solvi: num
heredes illam nihilominus objicere possint? Quod negan-
dum censeo, *argum. l. unic. Cod. de pecul. ejus, qui liberta-*
tem meruit. Gloss. in l. 1. Cod. de falsa caus. adjecta legato Cyn.
& Salicet in l. in contractibus 14. Cod. de non num. pecun.
Jason in d. l. qui pecuniam 30. n. 3. ff. de reb. credit. si cert.
pet. Felin. in d. cap. si cautio 14. n. 54. de fid. instrum. Go-
mez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 6. n. 5. Ejusque ratio hæc
est: quia etsi falsa sit legati vel debiti causa testamento
expressa, tamen in vim fideicommissi resolvitur relictum:
quòd præsumatur testator, exonerandæ conscientiæ
causa, etiam debita non valida solvi voluisse, vel saltem
vera confitendo in peccato mori noluisse; deique ne-
queat, spe futuræ numerationis à moribundo emissam
confessionem, *l. Lucius 88. §. quisquis 10. ff. de legat. 2.*
Glos. in d. l. 1. Cod. de fals. caus. adject. Costa in d. l. si ex cau-
tione 3. fallent. 11. Cynus, Castrens. & alii in d. l. in contra-
ctibus 14. Cod. de non num. pecun. Vasq. de success. creat. lib.
54 *1. §. 9. n. 29. hosque referens Heigius in hoc tit. n. 64.* Præte-
rea confessionem geminatam seu repetitam, si videlicet à
principio in instrumento debitor, & post temporis inter-
vallum rursus numerationem confessus fuerit, hujus ex-
ceptionis privilegium excludere, non valde ambigitur, *d. l.*
in contractibus 14. § sed quoniam 1. circa finem. ibiq; Gloss.
super verb. penitus Cod. de non num. pecun. arg. d. l. Ballista.
32. ff. ad SC. Trebellian. l. cùm fiscus 22. C. de agric. & cen-
sit. & d. l. cum fidem 4. Codic. de non num. pec. & ibidem
Cynus in fine. Panormitan. in c. si cautio 14. n. ult. de fid. in-
strum. Matth. de Afflict. decis. 110. in fin. Emanuel Costa in
d. l. si ex cautione 3. fallen. 14. Cod. de non num. pec. Schnei-
dewin. n. 18. & Heigius n. 65. in hoc tit. nostro. Licèt fru-
stra reclament *Felin. in d. c. si cautio 14. n. 56. de fide in-*
strum. & Decius in l. 1. n. 30. Cod. de pactis. Denique excep- 55
tio ista vim suam amittit in tutore, qui confessus est, à pu-
pillo suo se mutuò accepisse, eique debere: ita ut hanc
exceptionem opponere non possit, *arg. l. quotiens. 9. § non*
tantum 7. ff. de administrat. & peric. tutor. Facit enim hoc
favor pupilli: nec verisimile est, tutorem spe futuræ nu-
merationis confessum esse, qui in manu ac potestate habet
pupilli pecuniam, *Jason in l. singularia 15. ff. de reb. credit.*
si cert. pet. n. 21. & ibidem Decius n. 8. Sichard. in d. l. in con-
tractibus 14. §. sed quoniam in fine. Cod. de non n. pecun. qui
idem in curatoribus & administratoribus sive Prælatis
Ecclesiarum obtinere autumat, *per l. civitas 27. ff. de reb.*
credit. si cert. pet. & auth. hoc jus porrectum. C. de sacrosanct.
Eccles.

Tandem exceptio hæc non solùm debitorem respicit: 56
sed & creditori tribuitur: quam opponere potest contra
apocham sive (*uti notant*) quietantiam, quâ pecuniam sibi
solutam esse confitetur. Cæterùm non idem cum debitore
tempus, sed brevius, triginta nempe dies, habet *d. l. in con-*
tractibus 14. §. super cæteris 2. C. de non num. pecun. Ratio 57
brevitatis temporis in creditore; biennii verò in debitore,
varia reddi solet. *Tum* quia ubi majus periculum intendi-
tur, ibi cautiùs agendum, & magis subveniendum est *l. 1.*
§. sed & si quis. 5. vers. nam vel magis. ff. de Carbon. edict. c. ubi
periculum 3. de elect. in 6. Tum quia favorabiliores sunt
leges ad liberandum, quàm ad obligandum. *l. Arrianus*
47. ff. de oblig. & actionib. Tum etiam, quia non præsumit
lex, tam facilè creditorem, atque debitorem, non factâ nu-
meratione, cautionem talem scripturum, *Heig. hîc n. 30.*
Tum postremò, quia haud tanta aviditas creditoris est, pe- 58
cuniam suam recipiendi: quanta debitoris mutuum desi-
derantis & anhelantis *Dd. communiter in d. l. in contracti-*
bus 14. §. super cæteris 2. Cod. de non num. pecun. Sic autem 59
isthæc exceptio intra triginta dies creditori competit, ut
intra hos dies illi potestas fiat querendi, sibi pecuniam so-
lutam, non esse. Id si rectè facit, exceptionem efficit perpe-
tuam, *d. l. in contractibus 14. §. in omni 4. C. eod.* Post illud
verò tempus elapsum creditor exceptionem amittit ut
omnimodo cautioni suæ stare cogatur, nec possit quere-
lam movere de pecunia sibi non solutâ, etiamsi onus pro-
bandi, pecuniam solutam non esse, in se recipere velit, *d. l.*
in contractibus 14. §. super cæteris in fin. C. d. tit. ibique Bald.
in princ. Castrens. n. 28. & 29. Salicet. n. 15. & Sichard. n. 5.
Wesenbec. consil. 42. n. 28. & 29. vol. 1. & Zanger. d. tract. de
exceptionib. part. 3. cap. 14. n. 30. & seqq. edit. postr. ubi *n.*
33. subjicit, contrarium defendere *post Dynum*, Emanue-
lem à Costa *in repetitione sæpe allegata l. si ex cautione 3. §.*
6. & fallent. 6. C. de non n. pecun. Mantissæ vice hîc addi 60
potest illa non vulgaris quæstio: si quis receptâ syngraphâ
sive quietantiâ, creditori suo integrum debitum solvit: sed
quietationem vel amisit, vel se habere ignoravit, à credito-
re iterum conventus & condemnatus eidem solvit: an re-
pertâ quietatione solutum repetere possit? Et quòd debi-
tum solutum per condictionem sine causa repetere possit,
Doctores unanimiter asserunt, *argum. l. si sponsus 5. §. si*
uxore 7. in fine. ff. de donationib. inter vir. & uxor. Hujus- 61
que assertionis hanc assignant rationem: quia per repertam
quietantiam reducitur sententia ad non causam, cùm ea
lata fuit ex instrumento, quod nullum, & per solutionem
factam cassatum fuit. *argum. principii tit. infr. quib. mod.*
tollit. obligatio. Solutum autem per sententiam repetitur
per condictionem sine causa, quando causa, ex quâ fuit la-
ta sententia, ad non causam reducitur. *Bald. in l. si fullo 2.*
ff. de condict. sine caus. & in l. si fidejussor 29. §. in omnibus
5. ff. mandati. Speculat. lib. 2. part. 3. tit. de execut. sentent. §.
postremò 6. n. 7. & seq. Paul. de Castro consil. 257. incip. in
causa, quæ vertitur. n. 3. & seq. lit. 2. Jason in l. Imperatores
55. n. 12. & seq. ff. de re judicat. Ecust in l. admonendi 31.
ff. de jurejurand. n. 21. & multis seq. Quos omnes refert
& sequitur Matthias Berlichius *decis. 62. n. 4.* subjiciens, *n.*
6. ita etiam respondisse Jurisconsultos Wittenbergenses
ad consultationem Petri Meinædeus, *Anno 1616.* Enim- 62
verò isthæc assertio vera censetur in ipso creditore, qui
in dolo fuit, & solutionem vel quietationem factam scivit:
eò quòd ipse solutionem accepit, per notata Jasonis *in d. l.*
Imperatores 35. ff. de re judicat. num. 12. post princ.

Idque

Digitized by Google

Idque adeò procedit: ut, si alia remedia cessarent & deficerent, debitori ad repetitionem soluti, actio de dolo competat, *juxta Angel. in l. si sine 22. §. si procurator 8. ff. rem ratam haberi, & Paulum de Castro in d.l. Imperatores 35.*
6 *ff. de re judicat. nu. 3. & seq.* Cæterùm si creditor non est in dolo, putà quia est heres, & non ipsi, sed ejus prædecessori fuit solutum: tunc debitori succurritur per restitutionem in integrum, ex clausulâ illâ generali, si qua alia mihi justa causa esse videbitur, *l. 1. §. ult. ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. Paul. de Castr. prædicto consil. 257. incip. in causa, quæ vertitur n. 1. & seqq. per tot. lib. 2. Alexand. consil. 84. incip. in causa vertente n. 4. lib. 1. & consil. 69. incip. in causa & lite. n. 4. & seq. lib. 3. Cardinal. Tusch. tom. 7. verb. sententia conclus. 160. n. 29. & seq. eosque laudans Berlichius d. decis. 62. num. 8. pag. 136.*

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU,

TITULUS XXIII.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi: quia neque scripturâ, neque præsentiâ omnimodo opus est. At nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos, qui negocia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negocia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet: cùm alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Omnes obligationes consensum requirunt.*
3 *Cur obligationes ex consensu, consensu contrahi dicantur.*
4 *Obligationes ex consensu quomodo differant à cæteris.*
5 *Prima differentia.*
6 *Contractus ex consensu etiam inter absentes, per epistolam, vel nuntium, perfici possunt.*
7 *Non ipse nuncius contrahere dicitur: sed per nuncium, ut & per epistolam, absentes contrahere intelliguntur.*
8 *Procurator domini personam repræsentat, eique acquirit obligationem.*
9 *Secunda differentia.*
10 *Tertia differentia.*
11 *Quamvis contractus hic enumerati consensu fiant: non tamen fieri possunt pactis.*
12 *Num emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum propriè loquendo sint contractus.*
13 *Cur isti contractus nudo consensu fieri dicantur.*
14 *Intellectus l. traditionibus. 20. C. de pactis.*

1 Obligationibus, quæ re, verbis, & literis ineuntur, discussis: sequitur quarta & postrema species obligationum ex contractu, nempe obligatio, quæ solo con-
2 sensu fieri dicitur. Etsi enim omnes obligationes consensum necessariò requirunt, *l. 1. §. conventionis 3. vers. adeò autem ff. de pact. l. in omnibus rebus 55. & l. in omnibus negociis 57. ff. de obligationib. & actionib.* hæ tamen quatuor so-
3 læ hic enumeratæ, videlicet emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum; consensu contrahi ideo dicuntur: quia hæ solæ nudâ voluntate, nudovè & solo contrahentium consensu perficiuntur: cùm in cæteris
4 tribus contractuum generibus, præter consensum, aliud quid sit necessarium: ut in iis contractibus seu obligationibus, quæ re celebrantur, rei datio sive traditio & numeratio requiritur, *de quib. supr. tit. quib. mod. re contrahit. obligat.* in stipulatione, præsentia & verba solennia desiderantur, *de quâ supr. tit. de verbor. obligat. & seqq.* in literarum obligatione, scriptura exigitur, *de quâ modo expli-*
5 *catum tit. præcedente.* Atque hæc una est differentia, quâ hæ obligationes ex consensu secernuntur à cæteris, de quibus titulis superioribus dictum: quòd nimirum in superioribus illis non sufficit nudus consensus; sed præter eum aliquid amplius requiritur: in his verò solus ac nudus consensus sufficit, *l. 2. §. 1. & l. obligamur. 52. §. pen. &*
ult. ff. de obligationib. & actionib. Et quia in iis solus suf- 6
ficit consensus: etiam inter absentes, per epistolam, vel per nuncium, perfici poterunt, ut docet Justinianus *hic in vers. unde inter absentes, &c.* & Cajus *in d.l. 2. §. 2. ff. de obligat. & actionib.* Est igitur hoc proprium adjunctum horum contractuum, qui consensu fiunt, quòd inter absentes quoque per epistolam, vel nuncium perfici possunt. Ipsa tamen obligatio in nuncii personâ non consistit: cùm ille ministerium tantummodò ad ipsum contractum præstet,
arg. l. & licet. 15. ff. de constit. pecun. Unde non ipse nun- 7
cius contrahere dicitur: sed per nuncium, ut & per epistolam, absentes quemadmodum pacisci, sic & contrahere
intelliguntur. *l. 2. ff. de pactis.* Alia ratio & conditio est 8
procuratoris: qui domini personâ repræsentat, eique obligationem acquirit. *§. ex his itaque. 5. supr. tit. per quas person. cuique acquirit. & tradit Dn. Collega Bocer. hic n. 15. &*
seq. pag. 353. Est & altera inter has & superiores obli- 9
gationes differentia: quòd hæ obligationes seu contractus ex consensu, omnes utrinque sint obligatorii, *hoc tit. nostro in fine. initio tit. supr. de auctorit. tutor. l. 2. §. ult. ff. de obligat. & act. l. Labeo. 19. ff. de verb. signiflcat.* superiores autem obligationes sive contractus non omnes ultrò citróque obligatorii sint; sed quidam tantùm ab uno latere: ut mutuum & stipulatio. Nam mutuò accipiens, danti obli-
gatur, non contra. Sic in stipulatione promissor duntaxat 10
stipulatori; stipulator verò promissori non obligatur. Indicatur hîc in fine & tertia inter has obligationes, quæ consensu fiunt, & superiores illas differentia: quòd hæ omnes sint bonæ fidei: ac idcirco officio judicis ex æquo & bono multa præstentur, de quibus expressè non est inter contrahentes conventum: ut sunt usuræ, fructus, interesse, & aliæ accessiones: illæ verò non omnes sint bonæ fidei, sed quædam tantùm: & quædam sint stricti juris, ut mutuum, stipulatio, nominum sive literarum obligatio; eamque ob causam in iis nihil veniat præstandum, nisi de quo nominatim inter contrahentes actum est & cautum. *l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. l. quicquid*
astringendæ. 99. ff. de verb. oblig. Illud hîc observandum: 11
quòd quamvis isti contractus de quibus in titulis subsequentibus tractatur, consensu fiant: non tamen fieri possint pactis: licèt in his etiam consensus versetur. *Verbi gratiâ* emptio-venditio contrahitur consensu: non autem pacto de vendendo: adeòque non sufficit de vendendo in futurum concepta conventio. Aliud quippe est venditio: aliud promissio, sive pactum de vendendo: ut *post Hartmannum Hartmanni ab Eppingen. miscellan. ex jur. civ. cap. 1. obs. 2. n. 1. & Antoninum Tessaur. decis. 233. n. 9. à se citatos.* annotavit Rittershusius hîc in fine, & *D.* Martinus Rümelin. *exercitat. 15. ad Institut. th. 2. ad lit. a. p. 130.* Idque diffusius, more suo, explicat Tiraquellus, *de retract. convent. §. 5. ad fin. titul. Glos. 2. n. 42. & seq.*

In quæstionem vocari hoc loco & illud poterit: num- 12
quid emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum, sint propriè loquendo contractus? Quòd licèt neget Giphanius *ad l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pact.* ubi ait, hos contractus, qui consensu constant, nihil esse aliud, quàm nuda pacta; tantùmque nomine differre, quòd nuda scilicet pacta nullum habeant nomen; hi contractus habeant: nos tamen illud affirmamus, moti non solùm hoc titulo, sed omnibus textibus illis, in quibus hi
contractus ex consensu dicuntur contractus. Nec obest 13
quidquam quòd hi contractus passim nudo consensu fieri dicantur, *hîc & d.l. 2. ff. de oblig. & action. l. qui ad certum. ibi, sed nudo consensu convalescunt. ff. locati conducti. l. quod si nolis. 31. §. illud 18. ff. de ædilit. edict. l. prout. 80. ff. de solut. & liberat. l. nihil tam naturale. 35. ibi, nudi consensus obligatio. ff. de reg. jur.* Nam non ideò isti contractus dicuntur fieri nudo consensu, quòd nullum habeant in se negocium: sed quia (ut Justinianus hic loquitur, & Cajus *in d. l. 2. ff. de obligat. & action.*) neque scripturâ, neque præsentia omnimodo opus est: ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio.

Habere

Habere autem contractus istos in se negocium, non dubium est, & constat ex traditis per Vultejum *ad princip. 1. supr. de obligationib. n. 33. & sequentib.*

14 Similiter non obstat *l. traditionibus 20. C. de pact.* ubi nudis pactis (hoc est, contractibus, qui nudo consensu fiunt) non dicuntur transferri dominia rerum. *Etenim* in ista lege nuda pacta dicuntur illa, quæ a traditione sunt nuda: siquidem Impp. Diocletian. & Maximianus pacta nuda traditionibus perspicuè opponunt, *arg. l. in princ. ff. de pignorat. a.l. & §. interdum 44. supr. de rer. divisione, &c.* Non igitur nuda pacta ibi dicuntur, quæ nuda sunt à causa seu negocio: quemadmodum opinatur Giphanius *loco citato.* Eamque rem noviter explicatius persequitur Erasmus Ungepaur. *exercit. Justin. 12. quæst. 1. pag. 438. edit. ult.*

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

TITULUS XXIV.

Principium Tituli.

Emptio & venditio contrahitur, simulatque de precio convenerit, quamvis nondum precium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet. Nam nihil a nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium; vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absolutæ. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsecuto; sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor; perdit, quod dedit, si verò venditor; duplum restituere compellitur, licèt super arrhis nihil expressum est.

SUMMARIA.

1 *Emptionis & venditionis etymon, & significatio: ejusque contra [illegible] assignata.*
2 *Quid [illegible] continetur.*
3 *[illegible] quot sint partes.*
4 *Origo emptionis & venditionis.*
5 *An, & quæ emptio [illegible] permutatione.*
6 *Emptio venditio [illegible].*
7 *[illegible] contractuum juris gentium, ostenditur.*
8 *Nummus [illegible] incognitus.*
9 *Ad [illegible] quid requiratur.*
10 *Sententia l. fin. C. [illegible] & l. fin. Cod. de falsi. monet.*
11 *Nummi inventio ad quod jus referenda.*
12 *Emptio venditio cur [illegible] contractus nominatur.*
13 *S[illegible] ff. de contrah. empt.*
14 *Contractus [illegible] & [illegible], cur ita dicantur.*
15 *[illegible] perficitur.*
16 *[illegible] & [illegible].*
17 *[illegible] l. 2. C. [illegible] & commod. rei vend.*
18 *Error in corpore, vel in precio, vel in materia [illegible] substantiâ officio [illegible].*
19 *Nomen [illegible] & [illegible].*
20 *Error nominis, aut qualitatis, & in accessionibus, an & quatenus [illegible] contractum.*
21 *An [illegible] conventio adversus [illegible], qui potest legem contractui apertius conscribere, interpretanda.*
22 *Cujusvis [illegible] præsumitur.*
23 *[illegible] & propterea vitanda.*
24 *Quod [illegible] supplendum.*
25 *Cur in [illegible] ambigua intentio semper pro actore, contra reum, explicetur.*
26 *Exponitur l. si [illegible] & Titio. 110. §. ult. ff. de verb. oblig.*
27 *Nomine rei, sine quâ emptio non intelligitur, quid contineatur.*
28 *Intellectus l. ex empto. 11. §. fin. & l. si [illegible]. 12. ff. de actionib. empt. & num. 57.*
29 *Venditor [illegible], non dare mercem emptori tenetur.*
30 *Quando venditor faciat emptorem dominum mercis.*
31 *De evictione quatenus [illegible] venditor.*
32 *In [illegible] quando quis constituatur.*
33 *Num [illegible] ad rem tradendam, an verò interesse præstando liberetur.*
34 *Donatori necessitas tradendi [illegible] donatam absolute incumbit.*
35 *Verbum [illegible] præcisam necessitatem imponat.*
36 *Verba (omnino, omnimodo, [illegible] & similia,) cur prægnantia dicantur.*
37 *Restitutor [illegible] præcisè restituere cogitur.*
38 *In uno [illegible] dispositum, & in alio dispositum videtur.*
39 *Res eadem duobus an & quatenus citra falsi crimen vendi possit.*
40 *Nemo [illegible] patrocinari debet.*
41 *An [illegible] iniqua conditio non est inferenda.*
42 *[illegible] non [illegible].*
43 *Malignantes [illegible].*
44 *Pacta & conventiones servanda.*
45 *[illegible] venditionem.*
46 *Quod expressè [illegible] minus tacitè recipitur.*
47 *Dominus ad [illegible] tradendum vasallo compelli potest.*
48 *[illegible] procedat.*
49 *[illegible] in princ. ff. de actionib. empt.*
50 *[illegible] ex empto. 11. §. 9. de action. empt. & l. contractus. 17. C. de [illegible] & num. 94.*
51 *[illegible] 22. ff. de [illegible] credit.*
52 *[illegible] 4. C. de actionibus empti.*
53 *[illegible] 27. §. 1. ff. de contrah. empt.*
54 *[illegible] ff. de [illegible] empt.*
55 *[illegible] quid [illegible] emptori præstatur.*
56 *[illegible] 12. ff. de actionib. empt.*
57 *Quibus [illegible] interesse præstando liberantur.*
58 *[illegible].*
59 *[illegible].*
60 *In [illegible] ad interesse [illegible]. [illegible] de verb. obligat. [illegible] & [illegible] de [illegible] promissa revocare [illegible].*
61 *Fru[illegible] l. ult. lib. 2. feudor.*
62 *[illegible].*
63 *Sine precio emptio & venditio nulla est.*
64 *An uno nummo emptio [illegible].*
65 *Intellectus l. 1. §. [illegible] fratres. 6. ff. de quæstionib.*
66 *Consideratio l. & [illegible]. 10. C. de distract. pignor.*
67 *[illegible] a l. si [illegible] ff. de jure dot.*
68 *Qui actus imaginariâ venditionis interventu celebrari consueverint.*
70 *Precium certum [illegible].*
71 *Precium in [illegible], in pecuniâ numeratâ consistere debet.*
72 *Emptor nummos venditoris facere tenetur.*
73 *Cur emptor nummos dare, venditor verò rem tantùm tradere necesse habeat.*
74 *Quæ substantialibus non differunt, an & quatenus inter se non differant.*
75 *Finis cujusque rei præcipuè spectandus.*
76 *Merces in locatione, in quantum re fungibili consistere [illegible].*
77 *Instrumenta ad emptionis contractum necessaria jure [illegible].*
78 *[illegible] solo precii conventione perficitur.*
79 *[illegible] numerata [illegible].*
80 *Quando [illegible] in emptione & venditione [illegible].*
81 *Arrha quid, & unde [illegible].*
82 *In quibus [illegible], & a quibus arrha [illegible].*
83 *Arrharum nomine quid detur.*
84 *Emptio in scriptis quid requirat.*
85 *Emptio tam sine, quàm in scriptis, quomodo perficiatur.*
86 *[illegible], vel manu propriâ scribere instrumentum, vel se ei subscribere.*
87 *Quo casu [illegible] scribens [illegible], ac si totum instrumentum scripsisset.*
88 *An & quatenus instrumentum emptionis probet, si precium in eo non exprimatur.*
89 *Instrumenta, in quibus precii & numerationis in genere fit mentio, [illegible] quam fidem faciant.*

90 Emptio

90 Emptor & sponsus quando [illegible] litas [illegible].
91 Utrum emptione [illegible] [illegible] [illegible] tantum re[illegible] [illegible].
92 Ab emptione [illegible], [illegible] [illegible] tantum [illegible], recedi [illegible] [illegible] [illegible] semper.
93 Ad augendum [illegible] [illegible] operar. [illegible].
94 Verus [illegible] [illegible] vers. [illegible], &c. & l. contractus. 17. C. [illegible] [illegible].
95 Arrha an & quatenus in argumentum emptionis contractæ.
96 [illegible] [illegible] [illegible] [illegible].
97 [illegible] [illegible] in pretium imputatur, qua [illegible] actione re[illegible] [illegible].
98 An & quando [illegible] sint [illegible] emptionis contractum celebrare possi[illegible].
99 [illegible] [illegible] in futura [illegible].
100 Quid [illegible], si [illegible], [illegible] actio [illegible] [illegible] gestum [illegible], an [illegible] [illegible].
101 [illegible] [illegible] [illegible] [illegible].
102 [illegible] [illegible] [illegible] constitutus, [illegible].
103 Filius & servus [illegible] patris & domini [illegible], hereditatem [illegible] [illegible].
104 Sententia l. [illegible] 25. §. 5. ff. de [illegible].
105 [illegible] [illegible] contrarium est [illegible] error.
106 [illegible] [illegible] [illegible] consensu [illegible].
107 [illegible] [illegible] [illegible] consensu errat.
108 Intellectus l. Marcellus. [illegible] ff. de fidejussorib.
109 [illegible] [illegible] [illegible].
110 [illegible] l. [illegible] 4. §. pen. & [illegible] & si a [illegible] pre[illegible] [illegible] 1.
111 An & quatenus [illegible] rem aliquam emere vel vendere.
112 [illegible] contrahere [illegible].
113 [illegible] commun. [illegible] commun. divid. & l. [illegible] [illegible] ff. de [illegible].
114 [illegible] [illegible] [illegible].
115 [illegible] [illegible] [illegible].
116 [illegible] [illegible] [illegible] dominus.
117 [illegible] [illegible] [illegible].
118 [illegible] [illegible] [illegible].
119 [illegible] [illegible] [illegible].
120 [illegible] [illegible], etiam [illegible].
121 [illegible] [illegible] [illegible] [illegible].
122 [illegible] [illegible], [illegible] contractus [illegible].
123 [illegible] [illegible] [illegible].
124 [illegible] [illegible] regulariter contrahi [illegible].
125 [illegible] [illegible] [illegible] & [illegible].
126 [illegible] [illegible] [illegible] immobilem, sine [illegible].
127 Quatenus [illegible] [illegible] valeat.
128 [illegible] [illegible] [illegible] emere queat.
129 Quis [illegible] emere & vendere possit, remissive.

1 PRimus & præcipuus contractus, qui solo perficitur consensu est emptio & venditio. Vendo, dictum quasi venumdo, *u & m*, literis abjectis, *auctore Apulejo*; *quem refert & sequitur hic in rubric. Wesenb. n. 1. & Struckius p. 1. exercit. Justin. decad. 12. assert. 1. ad lit. b.* ut sit vendere, quasi venum dare; id est, facere, ut ab eo, qui tradit, aut traditurus est, res exeat & veniat ad eum, cui traditur: unde res, quæ traditur, dicitur venum ire; & contractus sive uno verbo, venire. Hinc venditor, qui rem pro pecunia tradit: hincque hujus factum, venditio, *Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 1. pag. 131. n. 20.* Emere autem deductum putatur à Græco. [illegible] (unde & ἔμπορος, id est, mercator; & ἐμπόριον, id est, forum, sive locus, ubi merces venduntur) ut sit quasi è tuo meum facio. Hinc emptor dicitur, qui pretium sive pecuniam dat pro re; & hujus [illegible] emptio, *Pet. junior lib. 3. tractationum Jur. D. [illegible] 1.* Cui contradicit Wegnerus *disput. 12. ad Instit. [illegible] 1.* Cæterùm istam nominis notationem ineptam esse dicit D. Collega Bocerus *hic n. 53. p. 371.* & rectius statuit, hoc nomen primitivum esse. O profundam Boceri scientiam! Quis nostrûm unquam animadvertisset, hoc verbum, *emo*, esse primitivum; nisi Bocerus, ridicula metamorphosi ex Jurisconsulto Grammaticus factus, id nos docuisset? Ita quoque Laurentius Valla, homo Grammaticus, alicubi ridet nominis, *testamentum*, notationem: qui Imperator noster Justinianus testamentum ex eo appellari inquit, quòd sit testatio mentis, *initio tit. Inst. de testament. ordinand.* Quid enim hic (ait) mentum facit? Non sanè magis quidquam, quàm in calceamento, spiramento, medicamento, &c. Verùm ejuscemodi animadversiones dignæ quidem sunt hominibus Grammaticis: at Jurisconsultis, qui Grammaticorum regulis non inhærent, sed in exquirendis nominum originibus licentiores sunt, omnino indignæ: ut ibi rectè respondet Arumæus, *exercitat. Justin. 7. th. 1.* Vivet ergo Dominus Collega Bocerus in Scholâ Grammaticorum, ubi ineptiarum plena sunt omnia: at in Scholâ Jurisconsultorum, ubi illustrium vocabulorum magistri haud ita dominantur, non item. Enim vero emere apud 2
antiquos idem esse, quod accipere & sumere, seu acquirere sibi & comparare, scribit Festus *lib. 1. post initium. lib. 5. initio. & lib. 16.* id quod probat etiam Horatius:

—— Nocet empta dolore voluptas.

Ideòque lex XII. tab. omnem alienationem & acquisitionem, emptionis verbo complecti videbatur, *l. statuliberi 19 circa finem. ff. de statulibér. l. ficus. 8. §. venditionis 11. ubi Gloss. in verb. generaliter ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. l. sciendum 19. §. deinde 5. ibique Gothofred. ff. de ædilit. edict. Anton. de Burgos. ad rubric. tit. ext. de empt. & vendit. n. 19. cum seqq. Tiraquell. de retract. lignagier. §. 1. gloss. 2. n. 1. Mozzius in tract. de empt. & vendit. in pr. n. 26. & seqq. Felician. de Mont. in tr. de empt. & vend. q. 2. princ.* Et cà de re, *post magnum Doctorum diversimodè sentientium catalogum, quem exhibet*, prolixè & accuratè differit Pinelus *in l. 2. C. de resc. ind. vendit. part. 2. c. 1. n. 10. cum seqq. Sarmentus lib. 3. selectar. interpretat. c. 2. n. 13. & seq. Robertus lib. 1. animadversion. jur. civil. c. 8. Anton. Mercat. in notat. ad animadvers. lib. 1. cap. 8. Bronchorst. cent. 2. [illegible] assert. 61. edit. 2. Petr. Aug. [illegible] Marla in emporio jur. part. 1. t. 9. in præmiss. n. 8. & 28. cum aliquot seqq. & recentissimè Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 2. pag. 113. & seq.* Sed hoc in titulo, sicuti & alias plerumque, vocabulum emptionis in tam lata significatione non accipitur: sed pro certa et quadam distincta contractûs specie ponitur: eoque sensu Ulpianus ostendit, emptum ita dubitare a pariter, ut speciem à genere, *l. si quid earum 47. §. 1. ff. de legat. 3. Wesenbec. hic in rubric. d. n. 1. Auson. Popma. lib. 1. de different. verb. in verbo. emere, &c.* Et ejus con- 3
tractûs partes duæ perhibentur: una est, venditio: altera, emptio, *l. 1. §. 1. in fin. ibi, aliud est vendere, aliud emere l. nec emptio 8. in princ. ibi, nec emptio, nec venditio l. alioquin. 11. in fin. ibi, nulla emptio, nulla venditio est, l. rem alienam 28. ibi, emptio est venditio. ff. de contrah. empt.* Atque idem ex eo perspicuum est, quod alia emptori, alia venditori competat actio, *§. 1. vers. emptore quidem, &c. hoc t. rubric. ff. & C. de actionib. empti & vendit. Ant. Faber lib. 6. conject. jur. civil. c. 9. huncque citans D. Collega Bocer. cl. 2. Disp. 3. th. 9. lit. B. edit. 2. & in hoc tit. n. 54. pag. 372.* Tametsi dubium non sit ullum, quin nomine venditionis, ut & nomine emptionis, totus contractus significetur: & utriusque nominis appellatio frequentiùs confundatur: adeòque alterum pro altero, vel potiùs pro utroque sumatur & usurpetur, *l. 2. ff. de contrah. empt. l. Julianus 13. §. si procurator 25. in fin. & l. veteres 19. ff. de act. empt. & vendit. l. sed hoc nomine 26. & l. si cùm venditor 66. §. 2. ff. de evictionib. l. unic. vers. si itaque C. si servus extero se emi mandaverit. & similib. Connan. lib. 7. Commentarior. jur. civil. c. 6. n. 2. Donell. d. lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 1. pag. 131. n. 50. ibique Hilligerus in suis notat. ad lit. C. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Rom. c. 35. nu. 5. & in hoc princip. nu. 3. Treutler. Disput. 28. th. 1. sub lit. A. volum. 1. ibique Reinhardus Bachovius in suis not. pag. 1041. Madæus ad rubric. t. ff. de contrah. empt. num. 8. Kubach. cent. 2. quæstion. illustr. politico-jurid. decur. 2. quæst. 3.*

Cæterùm origo emendi vendendique à permutationi- 4
bus cœpit, *teste Paulo in l. 1. in pr. ff. de contrah. empt.* Unde non inscitè permutatio emptioni vicina, hujusque vicem obtinere dicitur, *l. fin. ff. de rer. permutat. & l. 2. Cod. eod.* quamvis aliàs, usu nummi nondum invento cum emptione & venditione eadem fuerit. Itaque vulgò dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse, *§. item pretium infra hoc t.* Ex quo 5
probabiliter concludi posse videtur, emptionis & venditionis

Digitized by Google

tionis contractum esse ipsâ permutatione vetustiorem: propterea quòd genus speciei suâ prius esse constet. Quod sanè pronunciato Paulino *in d.l.1.in pr.ff.de contrab.empt.* omnino adversatur; neque ambigitur, quin homines priùs permutârint, quàm moneta facta fuerit. De primâ enim monetâ habetur in sacrâ Scripturâ, quod Abraham quadringentos siclos argenti, probatæ monetæ publicæ, dederit pro agro, *Genes.c.23.v.15.16.17.* Verùm ad hoc eleganter respondet D. Vultejus *hic n.6.* aliud videlicet esse, loqui de emptione speciali, & aliud, de emptione generali. Illa fuit permutatione posterior, de quâ noster futurus est sermo: hæc verò est permutatione antiquior: quia veteres permutationem rerum etiam appellitarunt venditionem. Hinc Esau fratri suo Jacobo primogenituram vendidisse dicitur, pro pane & lentis edulio, *Genes. 25. v. 31. & seqq.* qui tamen contractus non fuit emptio specialis, quoniam nullum precium intervenit: sed permutatio, quæ emptio generalis est: cum emptio specialis non sit mutatio rei cum re, sed pecuniæ cum re. Nam permutationes istæ omnes olim emptionis & venditionis nomine comprehendebantur, *d.§.item precium infr.hoc t.* Ejusque opinionis fuerunt Sabinus & Cassius, non spernendæ auctoritatis Jurisconsulti: à quibus dissenserunt Proculus & Nerva, secundum quorum sententiam permutatio, & emptio specialis, factæ sunt duæ species emptionis generalis. Etenim reperto percussoque nummo, & materia electa, cujus publica & perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis, subveniret: cœpta est distingui permutatio ab emptione & venditione; ita, ut permutatio utrinque fieret rebus, emptio non utrinque rebus, sed ex unâ parte re, ex alterâ precio interveniente, *d.l.1.ff.de contrab.empt. & l.1.ff. de rer. permut. & id latiùs deducetur in §. 2. infr. hoc tit.*

6 In isthoc ergo stricto significatu nostro commodè definitur emptio & venditio contractus, juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus de re sive merce emptori tradendâ, & precio certo numerario venditori dando. *Hancque definitionem noviter amplectitur Philippus Knipschildt exercit. Acad.8.th.4 p.274.nec non Christophorus Philippus Richter in tract. de contractib. disp. 4. p.230.*
7 Hunc contractum jurisgentium esse, disertè dicitur *in d.l.1.in fin.ff. de contrab. empt. l. ex hoc jure 5.ff.de just.& jur l.juris gentium 7.§.1.ff.de pact.§ jus autem gentium supr.de jure nat.gent.& civ.* Cui non contradicit textus *in §. venditæ 41. sup. de rer. divis.* ubi dicitur, quòd de venditione cautum sit lege 12. tabular. ac proinde innuitur, venditionem esse juris civilis. Nam multa legibus caventur de contractibus, quæ tamen ex jure gentium fluunt, *arg. l. 1. ff. locati, d.l. juris gentium 7. §.1.ff.de pact. Wesenbec. ad d. §. venditæ sup. de rer. divis. nu. 2.* Nec si quid lege 12. tab. comprehensum est, id continuò juris gentium non est. *Hotoman. in d. §. venditæ enunciat.* 31. Ideo Justinianus *in d. §. 41.* subjicit: *tamen rectè dicitur, & jure gentium id effici.* Sanè interdum jus civile dicitur, quicquid civibus Romanis placuit, *l. jus civile 6. ff. de justit. & jur. Baro ad d. §. 41. hunc que referens Fomannus Disp. 22. th. 7. ad lit. a.*

8 Neque etiam obstat, quòd pecunia sive nummus signatus, sine quo venditio esse non potest, primâ hominum ætate incognitus fuerit, *ut evincit d.l.1.in pr. ibi, olim enim non ita erat nummus ff. de contrab. empt. ibique Budæus Aristot. lib. 5. Ethic.c.5. & 1. Politicor.c. 6. Forcatul. Necyomantia Dialog.48.num 3. Plinius lib.33.natural.histor.c.3. Vergilius Polydorus de invent. rer. lib.2.c.20. Molin.in tract. commercior. quæst. 100. n.795. Covarruv. de veterum collatione numismatum c. 1. in princ. aliique ab his relati.*

9 Jus autem gentium cum ipso genere humano proditum; testetur Cajus *in l.1. in princ. ff. de acquir. rer. domin.* & confirmet Justinianus *in §. singulorum 11. supr. de rer. divis.* Respondetur enim; ad hoc, ut aliquid dicatur juris gentium esse, non necessariò exigi, ut ab initio cum ipsis hominibus extiterit; sed satis esse, si posteà fuerit inventum, dummodo ratio naturalis illud dictaverit servari oportere, & ab omnibus gentibus recipiatur, & unanimiter approbetur, *ut colligitur ex §. jus autem civile, vers. quod vero naturalis sup. de jur. nat. gent. & civ.* ubi Justinianus ad appellationem juris gentium solummodo rationem naturalem, omniumque gentium approbationem; nequaquam verò temporis, reivè antiquitatem requirit. Unde cùm ratio naturalis omnibus gentibus dictet, valde expedire emptiones, utpote humanæ societati perquàm necessarias, *ut patescit ex d.l.1.ff.de contrab.empt.* eæque ab omnibus concordi sententiâ & judicio approbatæ fuerint: manifestum efficitur, hunc emptionis contractum juri gentium acceptum esse ferendum. Sed & *in d.l.1.ff. de acquir.rer.domin.& d. §. singulorum s.de rer. divis.* non dicitur, quòd omnia, quæ juri gentium connumerantur, cum genere humano inventa fuerint; sed hoc tantùm habetur, quòd jus gentium cum ipso genere humano fuerit proditum. Et rectè quidem. Nam statim cum ipsis hominibus creatam fuisse rationem naturalem, certum est: quæ dictavit aliquid fieri; idque ab omnibus custoditum fuit & consequenter statim fuit jus gentium, quod nihil aliud est, quàm naturalis ratio, omniumque hominum approbatio, *d. §. jus autem civile vers. quod verò naturalis s. d. tit.*

Præterea nihil moverit *l. final. C. de veteris numismatis* 10
potestat. & l.fin. C. de falsa monet. ex quibus probari posse videtur, ipsam monetam sive nummum esse juris civilis inventum. Etenim leges istæ hoc tantum cavent & prohibent, ne hodie moneta sive nummus sine licentiâ Principis impunè cudi formarique possit: idque ex instituto civili esse non negatur: interim verò nihil impedit, quominùs nummi inventio ad jus gentium secundarium (*quod vocant*) referatur. Omnes quippe omnino gentes nummo utuntur ad celebrandum emptionis contractum, sicuti antea permutatione utebantur, *d.l.1 ff.de contrab.empt.* 11
ibique Bartolus n.2.Bald. & Salicetus. ibidemque Mudæus in §. est autem emptio num.2. Aristot.d.lib.1. Politic. cap.8. Knichen.de preroc. Saxon jur.c.5.nu.350. Nicol. Reus. lib.3. consil.7.n.3.cum seqq. Molin.de usur. quæst.92 nu.9. Anton. Hauffmannus in resol. de re monetaria resol. 3. ad lit. c. pulchre Pineleus ad rubr. C. de rescind.vendit. part. 1.c.1.nu.15. Connan.lib.1.Commentar.jur.civil.cap.5.n.8. Anton.de Burgos.in d.rubric.tit.extr.de empt.& vendit.n.12 cum seqq. Hotoman. in lib. de re nummaria cap.de varia nummi appellat. in princ.pag.32. Andreas Diener.de monetæ mutatione disput.1. th. 2. Fabian. de Monte d. tract. de empt. & vendit. quæst. 1. princip. n.5. Mozz. d. tract. de empt. & vendit. in princ. n 22. cum seqq. Pet. August. Morlin in empor. jur. d.part.1.tit.9.in præmiss.n.27. Treutler.d.vol.1.disp.28.th.1. lit. D. ibique Bachovius in suis not. pag. 1044 item Hunnius ibidem quæst. 3. pag. 115. & seq. Tametsi non desint, qui nummos sive pecuniam à jure civili inductam esse contendunt, *Forcatul. prædicto Dialog. 48. n.2. Cujac. in Comment.in lib.33.Pauli ad edictum pag.144.& alii.* Quorum opinationem si quis forsan exercitii gratiâ defendere desideret, cognoscere poterit ea, quæ novissimè tradidisse comperi D.Collegam Bocerum *in tract. de monetis, cap. 1.* Porrò de primâ monetæ sive nummi inventione plura notatu perdigna affert Johan. Mathesius *in sua Sareptâ oder Bergpostill concio. 14. fol. 225. & seqq.*

Sequitur in definitione, *nominatus.* Quia elegans, cer- 12
tum ac speciale, alteri minimè conveniens, nomen iste contractus habet. Neque enim nomen hoc, *venditio,* locationi congruit, nec è converso, *l. juris gentium 7.§.1.ff. de pact. l. 1. §. item emptio 2. ff. de rer. permutat. Mozz. in tr. de contract lib. art. 4. n. 11.* Hucque referantur, quæ annotavimus *ad §. adeò autem infrà tit. proximo n.44. & seqq.*
Nihil huic resistit *l. Labeo scribit 50. ff. de contrab. empt.* 13
ubi Labeo disertè respondit, non esse dubitandum, quin præscriptis verbis (quæ actio ex contractibus innominatis nascitur, *l. 1. l. naturalis 5. & tot. tit. ff. de præscript. verb. &c. Oldendorp. class. 4. act. 40. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν assert. 69. ed. 2.*) ex venditione agi possit. Nam Ulpianus illic refert Labeonis sententiam, qui putavit, propter conditionem, à qua emptio pendebat, non impletam, cùm impleri potuisset ab emptore, dandam esse actionem præscriptis verbis, interim tamen non inficiatur, etiam actionem ex vendito locum habere, emptione perfectâ: imò id ipsum apertè Ulpianus ex suâ sententia subjicit, *in vers. ego, etiam ex vendito, &c.*

Dico

Digitized by Google

14 Dico in definitione, *bonæ fidei.* Quoniam in emptione naturalis ratio ipsa bonam fidem & æquitatem summam postulat, *l.1.§.1.l.ex empto 11.§.1. ff. de actionibus empt. l. bona fides 31. ff. depositi* indeque hic contractus distinguitur à contractibus stricti juris, *§. actionum 28. infra de actionibus.* Dicuntur quippe contractus bonæ fidei; non quòd alii contractus sint malæ fidei; cùm in omnibus contractibus bona fides requiratur, *l.bonam fidem 4.C.de oblig. & act.* sed quòd in horum contractuum actione sive judicio fiat condemnatio ex bona fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventione expressè ac nominatim fuit actum, *§. conductor autem infrà t. proximo l. sed Celsus 6. §. 1. v. in emptis & venditis ff. de contrah. empt. l. quia tantundem 7. ff. de negoc. gest.* Stricti verò juris contractus sunt, quorum in actione strictè fit condemnatio de iis tantum, de quibus in ipsa conventione nominatim dictum fuit, *d. l. quia tantundem 7. ff.eod.l. si ita stipulatus 126.§. Chrysogonus vers. plerumque enim ff. de verb.obligat.* & *explicatius docui in d.§. actionum 28.infrà de actionib.n.5.6.12.& seqq.* Porrò Dn. Collega Boecerus *hic n.7. & 8.pag.367.* chordâ eadem oberrat, eandemque repetit & renovat cantilenam, quam suprà cecinit, *ad §. præterea 3. quib. mod. re contrahitur oblig. n.5. pag.192.* sicut & infrà *ad tit. de locat. & conduct. n. 14. p.403.* ubi in definitione depositi, item emptionis-venditionis, locationis-conductionis, & similium contractuum inconsideratè & superfluè apposita dixit illa verba; *nominatim, juris gentium, bonæ fidei. &c.* Verum quemadmodum suprà *ad d. §. præterea 3. Quibus mod. re contrahit. obligat. n. 8.* ei satis occinimus; & aliàs quoque Citharœdus.

Ridetur, chordâ qui semper oberrat eâdem:

ideo neutiquam operæ precium esse putamus, diutiùs in diluendis hisce ineptiis immorarier.

15 Ast, *solo consensu initus.* Idque ad differentiam contractuum, qui non solo consensu, sed re, verbis, & literis perficiuntur, *de quibus expositum est suprà hoc lib. 3. tit. 15. 16.& tit.22.* Emptionem autem nudo ac solo consensu, sine rei traditione, vel verborum solennitate, aut scripturâ perfici, luculenter constat *ex d.l.1.in fin.& l.in venditionibus 9.in princ.ff. de contrab.empt.l.2.in princ. & l.in quibuscunque 48.ff.de obligat.& actionib.initio tit. f.de obligat. ex consens. & l.2. C. de contrab. empt. Martin. Bonacina in tract.de contract.lib.& restitut. disp.3. q.2.punct.1.n.4.p.380.*

16 Nec movet quicquam in contrarium, quòd actio empti & venditi non nascatur, prius quàm res sit tradita, aut precium solutum, *l. Julianus 13. §. offerri 8. ff. de actionibus empt.* Nam nascitur quidem actio ex emptione-venditione, etiam ante traditionem rei, & solutionem precii: sed illa exceptione eliditur, *per textum in l. qui pendentem 25. ff. eod.* Ideoque quod dicitur *in d.l.13.§.8.* nondum esse actionem, intelligi debet, ratione ipsius effectus: ut videlicet ante rem traditam & precium solutum nondum sit actio, quæ plenum effectum sortiatur, quæque nullâ ratione everti aut elidi queat. Paria quippe censentur; non habere actionem, & actionem habere, quæ exceptione elidatur & evertatur, *arg. d. l. qui pendentem 25. ff.*

17 *d. tit.* Nihil quoque resistit *l. 2. C. de periculo & commodo rei vend.* ubi emptio-venditio vini dicitur imperfecta ante traditionem & admensurationem vini: ac proinde solo consensu emptio-venditio non perficitur. *Committitur enim fallacia causæ.* Illic namque ante vini admensurationem emptio-venditio imperfecta dicitur, non quòd solo consensu non perficiatur, sed ad sui perfectionem rei traditionem desideret: verùm idcirco, quia vino ad mensuram vendito, intelligitur vinum non solum sub conditione venditum; sed etiam nullum certum vinum venditum. Adjicitur siquidem mensura, ut appareat, quantum postea veneat. *l. si in emptione 34. §. alia causa 5. ff. de contrah. empt.* Quare priusquam vinum admensum sit: non potest dici, quid venierit. Et consequenter emptio-venditio nondum perfecta est: cùm inter contrahentes, emptorem & venditorem, de re non convenerit. *Ita tradit Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat.7. part. 1. quæst. 1. pag. 1070. & in resolut. ad vol.2. Treutler. disp. 2. thes. 1. quæst. 4. pag. 117.*

18 Et quidem adeò hoc in contractu necessarius est consensus: ut, si contrahentes vel in corpore, vel in precio, vel in substantiâ seu materiâ dissentiant, contractus sit nullus. *d.l.in venditionibus 9.in princ.& §.inde quæritur 2. cum ll. seqq. ff. de contrah. empt.* Nisi merx quid habeat materiæ, in quam consensum sit; ut si æs, quod ejusdem penè est cum auro materiæ, mixtum auro, vel inauratum pro auro vendatur, *l. quid tamen 14. ff. eod.* At si planè alia materia sit, quàm de quâ dictum est, non valere venditionem, palam est: putà, si mensa argento cooperta pro solidâ veneat: Nihil enim commune habet æs vel lignum mensæ cum argento, nec eadem est horum *ὕλη*; neque operimentum pars est materiæ (ut nec vestimentum corporis) hoc est, mensæ, quam argenteam præstari convenit, *l.cùm ab eo 41.§.fin.ff.d.tit.ibique Wesenbec.in parat. n.5.& 6.Bachovius in suis not.ad vol.1.Treutleri disp.28.th. 7.lit.E.pag.1077.* Prædictis non adversatur, quòd error 19 in substantiâ vel materiâ stipulationem non vitiat, nec etiam pignus, *l. si id, quod aurum 22.ff.de verb.oblig.l.1.§. ult.ff.de pignorat.act.l.cùm æs pignori 20.in princ.ff.de furt.* Namque inter stipulationem & pignus, & inter emptionem differentia constituenda est. Si, per errorem pignore accepto, vel in stipulationem deducto ære pro auro, pignus & stipulationem nullam esse dixerimus: nihil supererit in obligatione. Proindeque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud ipsum corpus, quod demonstratum est, quale quale etiam sit, deberi; & sic æs saltem in obligationem venire: attentâ insuper hac ratione, quòd ex horum parte nihil interdum in his contractibus interveniat. Alia est ratio emptionis: quia cùm emptor vicissim ad precium obligetur: idcirco ejus interest, potiùs, ne ullo modo obligatio consistat in ære, quod pro auro venditum est, quàm si æs, data ingenti pecuniâ, comparet pro auro. Verum eâ de re consulantur *Duarenus, Donellus, & Cujacius in d. l. si id, quod aurum 22. ff.de verb. oblig. idem Cujac. lib. 2. observ. c. 4. Mudaeus ad d.l.in venditionib. 9.n.5.& seqq.ff.de contrab. empt. Borcholt.in Comment.de verb.obligat.c.5.n.74.& seqq. & part.2.Disput.de contrab. empt. proposit.15. pag.466. & seq. Robert.lib.1.animadvers.jur. civil.cap.4. Bronchorst. d. cent.2.assert.53.edit.2.Hanop.Disput.16.controv.2. Pacius cent.2.ἐναντιοφανῶν q.4. Roberus Disp.17.th.3. lit.6. Giphan. Disput.28.lib.3. thes.7.ibique Oleman.n.12. Vultejus in hoc princ.n.15.& seqq. Connan.lib.7.Comment.jur.civ.c.6.n.4.& seqq. Gæddeus in Comment.de contrab.& committ.stipulat.c.3.conclus.4.n.23.& 28.cum seqq. D. Besold.in delibatis jur. ex lib.18.ff.quæst. 2. Paulus Berens disp 11.ad Instit. thema 1.quæst. 1. Hunnius d. resolut.ad Treutler. vol.2. disput.2. quæst.47.& 48.pag.198. cum seqq.& lib.3.var. resolut.jur. civ.tract.2.quæst.18.& seqq. Molina in empor.jur.d.part.1.tit. 9.in præmiss.n.18.& seqq.itemque Acacius Antonius de Ripoll.variar.juris resolut.cap.11.n.269.& seqq.fol.553.& Justus Reisenbergius disput.1.juris civilis renovat.th.33.& seq.*

Cæterum error nominis, aut qualitatis ipsius mercis 20 non quidem vitiat hunc contractum: sed tamen, si in qualitate dissensus sit; venditor teneri debet, quanti interest emptoris, se non esse deceptum; etiamsi venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ tales non sunt, *d. l. in vendit.9. §. si in nomine ff. de contrab. empt. l. si sterilis 21. §. 2. ff. de action. empt.* Quòd si verò in accessionibus mercis principalis dissentiant contrahentes; hoc est, emptor de aliâ, venditor itidem de aliâ accessione sentiat: emptio & venditio nihilominus subsistit, sed ea res emptori debetur, de quâ sentit venditor, *l. si in empt. 34. in pr. & ibi Bartol. ff. de contrah. empt. Donell. in l. inter stipulantem, 83. §. si Stichum 1.n. 5.ff.de verb. oblig. Mudaeus in d. l. in vendit. 9. n. ult. ff. de contrab. empt.* Etenim in contrahendâ emptione & 21 venditione ambiguam conventionem adversus eum, qui potuit legem contractui apertiorem dicere, interpretamur; sive is sit venditor, *l. in contrab. 172. ff. de reg. jur. l. veteribus 39. ff. de pact. l. Labeo 21. ff. de contrab. empt.* sive emptor, *d. l. si in empt. 34. in princ. ff. eod.* ubi Jurisconsultus Paulus, ex mente Labeonis, pactum emptioni appositum, secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minusque

apertè locutus fuerat, meritò interpretatur. Etenim imputare sibi, suæque imprudentiæ expensum ferre, quemque contrahentium oportere, quod obscurè aut ambiguè, minùsve apertè locutus fuerit, vel ipsa naturalis ratio edocet, *tradente Petro Fabro ad l. quoties idem sermo 67. ff. de reg. jur. num.* 10. Videantur quoque *Borcholt. in Comm. de pact. cap. 5. n. 55. P. ac. cent. 2. ἐναντιοφανῶν quæst. 7. Zoann. in tract. de empt. & vend. sub pacto retrovenditionis num. 98. & seq. Hotoman. lib. 2. amic. ab. respons. cap.* 19 *Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. 40. ed. 2. Vultejus hic n. 27. & seq. Treutler. disp. 28. thes. 7. lit. d. vol. 1. Hænon. disp. 16. controvers. 3. Philipp. Matthæus in l. in ambiguis 96. ff. de reg. jur. Hackelman. disp. 11. th. 2. lit. b. & Forster. junior in tract. de pact. cap. 8. membr. 6.*

22 Diversum planè statuit Cujac. *lib. 1. observ. c. 10. lib. 9. c. 37. lib. 23. c. 31. & in d. l. inter stipulantem 83. ff. de verb. obligat.* ubi disertè scribit, legem nunquam ab emptore dici contractui, sed à venditore semper: proindeque textum *in d. l. si in emptione 34. ff. de contrab. empt.* emendandum, & pro *venditor, emptor* reponendum putat. Sed labitur Vir eruditissimus. Nec enim uno in loco juris nostri expressum est, emptorem legem contractui dicere, *ut in l. hæc venditio 7. §. 1. l. pacta conventa 72. l. cum manus 80. §. 1. ff. de contrab. empt. & similib.* Et ut maximè nullus alius adduci locus posset: tamen allegatus textus *in d. l. 34. ff. eod.* qui satis clarus & perspicuus est, ad stabiliendam sententiam nostram, abundè sufficeret. Neque verò Cujacio, aut cuivis alii Interpreti, quantumvis celebri, textus à se non intellectos, pro sua libidine & arbitratu, corrigere li-
23 cet, *arg. l. 1. 9. 11. & 12. C. de legib.* cùm correctio perquàm odiosa, ac eapropter omnibus modis vitanda sit, *c. cùm expediat 29. ext. de elect. in* 6. Sed & haud adminiculatur Cujacio *d. l. veteribus 39. ff. de pact. d. l. Labeo 21. & l. cùm in lege. 33. ff. de contrab. empt. d. l. in contrahenda 172. ff. de reg. jur. cum concordantibus:* in quibus constanter asseritur, ambiguum vel obscurum pactum contra venditorem esse interpretandum. Non etenim aliter interpretatio fit adversus venditorem, quàm si legem contractui apertius dicere sive conscribere potuerit. *d. l. veterib. 39. ff. de pact.*
24 Et quamvis in aliis legibus absolutè illud contineatur: tamen secundùm hanc ipsam limitationem accipi omninò debet. Tralatitium quippe est, quod uni legi deest, supplendum esse ex alia, quæ rem definit plenius *arg. l. non est novum 26. & l. seq. ff. de legib.* Cur autem pleræque leges contra venditorem potiùs, quàm contra emptorem interpretationem faciendam esse, affirment: hoc inde fieri non dubium est: quòd plerunque à venditore pactum interponatur, & lex contractui dicatur.
25 Nihil item nostræ obstat sententiæ, quòd in judiciis semper ambigua intentio pro actore, contra reum explicetur, *d. l. inter stipulantem 83. §. 1. ff. de verb. obligat. l. si quis intentione 66. ff. de judic.* Hoc namque ideo fieri sciendum est: quòd, cùm judicium semper in invitum reddatur, is ne condemnetur, semper dicturus sit, non convenisse, *l. solemus 61. ff. eod.* hacque ratione elusorium constitueretur judicium, *contra l. si prætor 75. ff. de re judic.*
26 Nihil quoque urget *l. si mihi & Titio. 110. §. ult. ff. de verb obligat.* ubi Pomponius respondet, non quid senserit promissor, æstimari debere: sed stipulantis mentem spectandam esse. *Quandoquidem* id eâ ratione fit, quòd in specie ibi propositâ mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu, à quo mens promissoris prorsus sit aliena. Præterea ibidem non tam contra promissorem ex mente stipulantis, quàm ex re ipsa fit æstimatio, ut eleganter docet Petrus Fab. *ad d. l. quoties 67. ff. de reg. jur. n.* 11. quem refert & sequitur Bronchorst. *d. cent. 1. assert 40. ed. 2. Addatur Hunnius disp. 16. th. 3. & in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 46. pag. 169. & seq. item lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 2. q. 21. p.* 853.

Adjicitur in definitione, *de re sive merce.* Tum quia, *Pomponio assertore,* sine re (quæ merx appellitatur, *l. 1. in princ. & § 1. in fine. ff. de contrab. empt. l. 1. in princ. ff. de rer. perm.*) quæ veneat, nec emptio, nec venditio potest in-
27 telligi, *l. nec emptio 8. in princ. ff. de contrab. empt.* Tum quia rei nomen generale est, non solùm corpora, sed & jura comprehendens *l. 1. in fine. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. rei appellatio 5. & l. rei appellatione 23. ff. de verb. signif.* Horumque omnium venditionem fieri posse, clarescit abundè *ex tot. tit. ff. & C. de contrab. empt. & tot. tit. ff. & C. de hered. vel act. vend.*

Nec obsistit *l. ex empto. 11.* (aliàs *l. emptorem*) *§. fi-* 28
nal. vers. veluti cùm futurum jactum &c. & l. si jactum 12. ff. de act. empt. ex quibus probari videtur, aliquando venditionem sine re dari posse, ut cùm captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. *Nam* breviter respondetur: quòd in hac specie spes, & rei eventus, sive casus, qui in captu piscium, aut avium, aut missilium fortuitus est, ematur: ut haud obscurè arguit Jureconsultus *in d. l. nec empt. 8. §. 1. ff. de contrab. empt. Bartol. & Alexand. in d. l. si jactum 12. ff. de act. empt. Connan. d. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 6. n. 7. bosque referens Morla in d. emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n.* 21.

Dicitur præterea, *emptori tradendâ.* Quandoquidem 29
tradere, non dare, mercem emptori venditor tenetur, *l. ex empto 11. §. 2. l. servus 30. §. ult. ff. de action. empt. l. si ita distrahatur 25. §. 1 ff. de contrab. empt.* Atque hoc ad emptionis formam seu differentiam specificam pertinet, quâ distinguitur à permutatione, *l. 1. in princ. vers. in permutatione verò ff. de rer. permutat. l. ult. ff. de condict. caus. data. & c. Cujac. lib. 23. obs. c. 29. & in l. 7. ff. de pact.* Quòd si tamen 30
mercis dominus sit venditor, facit & emptorem dominum; modò precium sit solutum, vel eo nomine satisfactum, expromissore aut pignore dato. Sin venditor non sit dominus; usucapiendi conditionem transfert in emptorem, & evictionis nomine ei obligatur; etiamsi nihil expressè de illa convenerit, *d. l. ex empto 11. §. 2. ff. de act. empt. § venditæ verò 41. supr. de rer. divis. l. in vendendo 66. in princ. ff. de contrab. empt. l. si in venditione 60. ff. de evictionib. l. non dubitatur 6. ubi Gothofred. C. eod. tit. Fürstl. Wirtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 15. in princ. p. 284. Wesenbec. in par. tit. ff. de action. empt. nu. 4. Menoch. consil. 84. n. 18. vol. 1. D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 21. ff. quæst. 4. pag.* 50. Enimverò ut venditor de evictione teneatur, 31
necessum est, ut ipsi, etiam scienti, emptor mature denunciet (*quod authorem laudare & nominare vulgò dicunt*) sibi rei venditæ nomine controversiam fieri: simulque petat, ut venditor ad defendendum veniat, *l. si rem, quam 29. §. ult. ibi, ut docendo agendi adsit, & l. si plus 74. § more ibi, ad rem defendendam ff. de eviction. l. venditor ead. l. si parentes 20. vers. nec vobis l. empti 21. & l. cùm successores 23. C. d. tit. l. 1. ibi, ut causæ agendæ adesset. C. de peric. & commod. rei vend. cum simılib.* Nisi enim venditor sic interpellatus fuerit, probabiliter existimare potest, emptorem per se ipsum causam defensurum. Et nota est 32
juris regula: eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in morâ non constitui, nisi fuerit interpellatus, *l. mora 32. in princ. ff. de usuris l. si ex legati causa 23. & l. si insulam 84. ff. de verb. obligat. Decius in l. quod te. 5. n. 44. ff. de reb. cred. si cert. pet. & cons. 2. n. 7. item consil. 102. n. 2. Socin. senior ad l. 2. §. voluntatem n. 12. & 21. ff. solut. matrim. Meichsn. tom. 4. decis. 8. Hieronym. de Cævallos in speculo aur. opin. commun. cont. com. tom. 1. q. 385. n. 1. ubi plures refert.* Atque istam evictionis materiam, post alios, quos citant, latissimè prosequuntur *Gaspar. Caballinus in tract. de evictionib. §. 3. Alexand. Trentacinq. variar. resol. lib. 3. resol. 4. de empt. & vendit. Gomezius tom. 2. variar. resol. c. 2. n. 33. & seqq. Covarruvias lib. 3. variar. resolut. cap. 17. Joh. Anton. Mangilius in tract. de evict. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 36. cum seqq. Lingloia decis. Justin. 15. quæst. 5. cum seq. fol. 159. cum seqq. Bonacina d. tract. de contract. & restit. disp. 3. quæst. 2. punct. ult. pag. 436. cum seqq. & Fachinæus lib. 2. controversiar. jur. c. 34. & aliquot seqq.*

Gravis hoc loco, & quotidianâ discutienda venit quæ- 33
stio: utrùm venditor, si facultatem rei tradendæ habet, præcisè cogi possit ad tradendum: an verò interesse præstando liberetur? Et hoc quidem posterius haud infimi subsellii Interpretes probabilius esse, opinantur, *post Johannem & Bulgarum Socinus in l. certi conditio 9. n. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. Alciatus ad l. unic. C. de sententiâ quæ pro eo, quod interest, profer. c. 2 n. 13. Vasqu. lib. 1. q. 9. Covarruv. lib. 2. var. resolut. c. 19. n. 1. Charond. lib. 3.* verisimil.

verisimil.c.12.Goedd.in Comment.de contrah.& commit. stipulat.c.9.conclus.4.n.65.& seqq. Donell. lib.13. Comment. de jur.civ.c.2.pag.135.n.50.& in l. stipulationes non dividuntur.72.n.40.ff. de verb.oblig. Sonsbec. de feud.part.9. num.35.cum seq. Mynsinger.cent.1. obs.55. Anton.Matthæi in suis not. Fachinæus d.lib.2.controvers. jur.c.30. Bachovius latissimè in suis not. ad vol.1. Treutl. disp. 28. th. 2.lit.C.pag.1055. cum seqq. & ibidem Hunnius in suis resolut. q.7. pag.119. & seqq. vol. 2.

34 Sed ego illud prius & textibus & rationibus juris magis consentaneum puto. I. Namque Justinianus Imp. *in §. aliæ autem 2. vers.& ad exemplum suprà, de donationib.* perspicuè tradit: ad exemplum venditionis, incumbere traditionis necessitatem donatori. Atqui donatori necessitas tradendi rem donatam absolutè incumbit, *l. si quis argentum 35.§.5.sive fin.C.de donationib.* ubi expressè dicitur, primò; necessitatem imponi donatori hoc, quod donare existimavit, tradere. Necessitas autem efficit, ut non liceat aliud facere, quàm quod in obligationem deductum est, *arg.l.obligamur 52.§.necessitate 7.ff.de obligat. & actionib.* Secundo *in d.§. fin.* dicitur: liberalitatem plenam, *necessarium traditionis effectum* sequi debere. Unde tale argumentum petitur: Quicunque tenetur præcisè ad traditionis effectum, ille multò magis tenetur ad traditionem ipsam. Atqui donator ad effectum traditionis (qui est vel dominii, vel usucapiendi conditionis translatio, *arg.l.2.& 3.& ult.ff.pro donat.& l.sed si 25.& l. si extraneus 44.ff.de donationib. int. vir.& uxor.*) tenetur, *d. §. final.* Ergò multò magis ad traditionem ipsam tenebitur. Tertio *in eodem §.fin.* dicitur: *necessitatem* habere donatorem *omnimodo* tradere. Quæ verba quin præcisam inferant necessitatem, non dubitatur, ut mox indicabitur latiùs *n.36.* Si igitur illa à donatore tam præcisè exiguntur: cui tamen magis subveniri solet, & æquum est, ut ne evictionem præstet, *l. Aristo.18.§.ult.ff.de donation.l.2.C. de evictionib.* & ne in plus, quàm facere possit, exigatur, *§. sed & si quis 38.infr.de actionib. l. & exheredatum 9. cum l.seq.ff.de re judic.l.divus Pius 28.ff.de reg.jur.* utique consequens est, quòd multò magis à venditore isthæc exigi debeant: cui, cùm precium habeat, minùs subveniri æquum est, *Georg.Frantzkius exercit.jurid.1. qu.1.p.387.*
35 II. Ulpianus *in l.ex empto 11.§.2.ff.de actionib.empti* respondet: venditorem oportere ipsam rem præstare sive tradere. At verbum *oportere* præcisam coactionem seu necessitatem importare, vel Grammaticis notum est: & idem insuper dilucidè probatur *ex l.1.in princ. ibi, prius*
36 *nosse oportet ff.de just.& jur.* III. Urget textus *in §.1.infra hoc tit. ibi, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & precium persolvatur, & res tradatur.* Si omnimodo, *ut textus ille vult,* res tradi debet: non certè modo aliquo categori retineri, & vice ejus interesse præstari poterit. Nam *omnino, omnimodo, præcise, nunc, semper,* & similia, verba prægnantia vel ideo vulgo feruntur, quòd nullam modificationem aut limitationem recipiunt, *l.& ita 7.§.1.vv. at hoc edicto omnimodo, &c.ff. nautæ.caupones.stabular.d.l.si quis argentum 35. §. sed & si 4. ibi, omnimodo requirenda.C.de*
37 *donationib.* IV. Huc pertinet textus *in l. fistulas 78.§.1.ff. de contrah.empt.in l.non est probabilis 6.C.de rescind.vend. l.cum fundus 31.in princ.ff.de reb.cred. si cert.pet.& l. qui restituere 68.ff.de rei vindicat.* ubi qui restituere condemnatus est, præcisè restituere compellitur: & rem manu militari à contumaci venditore invito auferri posse, pronunciatur. Et quanquam Antonius Faber *lib.16.conject. c.17.& decad.18.error.pragm.5.* totam istam legem 68. à Triboniano corruptam esse, affirmat; quem sequi videtur Bachovius *d.disp.28.th.2.lit.c.pag.1058.* illius tamen rationes, *post Justum Mejerum. Endox.Justin.decad.3.cap.4. n.6.* ingeniosè refutat Hilliger. *in Donello enucleat.lib.20.*
38 *c.6.lit.G.pag.644.& seqq.* V. In uno ex correlativis dispositum & in alio dispositum censetur, *l. ult. ibique Bartol. & Jason C. de indict. viduit. toll. l.5. C. de cupressis. Nicol. Everhard. à Middelb. in locis legal. in loc. à correlat. n. 3.* Sed venditori competit ad precium exigendum venditi actio, *l. venditi 6.C. de actionib. empti.* Ergò & emptori competet actio empti ad consequendum id, quod vendi-
39 tum est. VI. Si venditor præstatione ejus, quod interest, liberaretur: rem eandem alteri vendi posse, consequens esset. Priori siquidem emptori satisfaceret, si id, quod ejus interest, præstaret. Ast eandem rem denuo citra falsi crimen vendi non posse, liquet *ex l. qui duobus 21. ff. ad leg.Cornel.de fals.* Nec movet quicquam, quod venditor possit rem jam venditam iterum vendendo in alium transferre, & eum dominum facere, *l.quotiens 15.C.de rei vindicatione,* ac consequenter non teneatur præcisè ad traditionem. Ratio consequentiæ est perspicua: quia si res esset ex naturâ venditionis præcisè tradenda: posterior isthæc venditio esset potius nulla, quàm aliqua dicenda. Nihil, *inquam,* hoc movet. Aut enim consideratur secunda emptio jure summo, & potissimum respectu venditoris: & tunc non videtur subsistere cum effectu posse, propter dolum, qui ex parte ejus intervenit: pro respectu & in crimen falsi incidit, *d.l.qui duobus 21.ff.ad leg.Cornel. de fals.* Aut consideratur secunda emptio respectu emptoris: & tunc quia ille in bonâ fide est, & rem jam venditam accepit à venditore, qui dominus adhuc erat: ea ex æquitate sustinetur, *d.l.15.C.de rei vindicat.* Porro de re duobus, vel pluribus, diversis temporibus venditâ, latè & accuratè dissertant Gomezius *tom. 2. variar. resolut.jur.civ.cap.2. num.20.* Acacius Antonius de Ripoll. *variar.jur.resolut.cap.11.num.139.fol.341.& D.Besoldus in delibatis juris, ex libr.18 ff.qu.7.* VII. Accedit, quòd 40
nulli suus dolus debeat patrocinari. *l.verum est.63.§. hoc quoque. 7.ff.pro socio.l.dolus.44.ff.mandati.l.3.§.illud.ff.de calumniatorib.l.itaque 12.§.1.& l.eum,qui.14. §.is autem. ff. de furt.* VIII. Facit, quòd alteri per alterum iniqua 41
conditio inferri non debeat. *l.non debet.74.ff.de regul.jur.* & contra naturam sit, ut quis cum alterius damno & jacturâ locupletetur. *l. nam hoc naturâ 14. ff. de condict. indeb.c.locupletari 48.de regul.jur.in 6.* IX. Confert huc, 42
quòd aliud pro alio invito creditori non solvatur. *l.2.§.1. ff.de reb.credit.si cert.pet.* Sed res vendita debetur emptori. Ergò illa tradi debet, non autem aliud ejus loco, invito emptore. X. Si contraria opinio obtineret: ven- 43
ditoribus occasio malignandi daretur, compellando emptorem ad interesse probationem, quæ difficilis est. *l. ult.ff.de prætoriis stipulat.* cùm in facto consistat. *l.quatenus 24. ff. de reg. jur.* Verùm malignandi occasionem esse vitandam, indicat *§.1.vers.sed ne dum talia infr.de vi bonor. raptor.& l. opus.3.in princ.ff.de operib.publ.* XI. Nihil ma- 44
gis bonæ fidei, quæ summa est in hoc contractu, congruit, quàm id, quod inter contrahentes convenit, vel actum est, præstari, *d.l.ex empto.11.§.1.ff.de actionib. empt. l. cùm venderem.21.ff. locati.* Grave quippe est, conventionem & datam fidem fallere. *l.1.ff.de pact.& l.1.ff. de constit.pecun.* Id autem agi intelligitur, ut res emptori tradatur, & precium venditori detur. *d. l. ex empto.11.§.1.ff. de actionib.empt.* XII. Paulus disertè ait; venditorem, cogi 45
implere venditionem. *l. si quis alienam. 46. ff. de actionib. empt.* id est, venditor cogi potest, ut tradat, modo scil. naturali; aut mancipet, modo nimirum civili: sicuti idem Paulus se explicat *in tit.1. sentent.tit. 13. §.si id quod emptum. &c.* Cujus loci auctoritas etsi non authentica censeatur: ubi tamen cum legibus aliis concurrit, miram vim habet & ad explicationem & dubiæ sententiæ solidiorem confirmationem. XIII. Quod expressè fieri non potest, id 46
tacitè multò minùs recipitur. *arg.l.Papinianus 8.§.sed nec impuberis.5. ff. de inoffic.testam. & fusius proba: Everhardus in loco, ab expresso ad tacit.n. 10. & seqq.* Atqui claro clarius est; id agi aut conveniri expressè non posse, ne dominium rei venditæ ad emptorem transeat, manente eodem contractu emptionis, *l.cum manu sata 80.§. fin. ff.de contrah. empt.* Contingere autem id in casu nostro tacitâ conventione, & quidem unius voluntate, ne unquam dominium, vel res ad emptorem veniret. XIV. Idem provi- 47
sum est jure feudali: ut nimirum ad feudum tradendum novo vasallo dominus compelli possit, nec interesse præstando liberetur, *cap. un. §. si facta 6. si de feudo defuncti contentio sit int. domin. &c. lib. 2. tit. 26. in usib. feudor.* Cui suffragatur textus *in tit. 3. §. ult. d. l.2. feudor.* ubi Jurisconsultus Feudista ait; nullam investituram fieri debere ei, qui fidelitatem facere recusat. Quibus ex ver- 48
bis, à contrario sensu satis evidenter colligitur; quòd domi-

Digitized by Google

dominus eum, qui fidelitatem facere paratus est, investire cogatur. Argumentum etenim à contrario sensu, si non textui alicui expresso adversetur, in jure nostro frequentissimum & fortissimum esse, certum est, *l.1.§.hujus rei fortissimum ff.de offic. ejus, cui mand.est jurisdict.& latius ostendit Nicol.Everhard.in topic. legal. loco, à contrario sensu num.4.& seqq.* Atque is genuinus juris feudalis est sensus; quamvis Doctores vulgò ab eo secessionem faciant, *Andr.de Isern.Martin.Laudens.& Alvarott. in d. §. si facta tit. 26. lib.2. feudor. Jacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. investivit talem num. 8.pag.15. Rosenthal in synops. jur. feud. c.6. conclus.7. Borcholt. de feudis c.9.n.12.aliique ab his relati.* XV. Illud ipsum jure municipali renovato Würtembergico statutum videtur, *part.2. tit.9. pag.270.§. So bald ein Kauff beschlossen,* ibi, *dargegen ist der Verkauffer verbunden,&c.* XVI. Eandem sententiam, communiter approbatam, sequuntur & defendunt *Martinus à glos. relatus, Bartol. Castrensis, Costal.& reliqui Dd.plerique in l.1.ff.de actionib.empt.Decius, Alexand.& Jason in d.l. certi condictio 9.ff. de reb. credit. Petr.Jacob.Aurel.in aureâ practic.libellor.Rubr.83.n.2.& seqq. Imol. Abbas,& Felin.n.34.in c. cum Joan. ext. de fide instrument. Ant.de Burgos.in rubr.tit.extr.de empt.& vend. n.5. Pinel. in l.2. part.2.c.3.n.20. cum seqq. C.de rescind. vend.& in l.1.C.de bon.matern.part.3.n.25. Rebuff.in d.l. unic.C.de sentent.quæ pro eo,quod interest. profer. in verb. quantitate n.10. Sichard.ad rubr.C.de contrah. empt. n.8. Duaren.ad tit.C.de actionib.empt.Molinæus ad tit.C.de contrah.empt.pag.189.Cujac.ad Jul.Paul.lib.1.recept.sent.tit. 13.§.si id,quod emptum, &c. Fabian. de Monte in tract.de empt.& vend.quæst.6.princip.n.38.Andr.Clud. de condict. cap.1.n.71. Anton.Faber lib.6. conjectur.cap.17.& de error.pragm.decad.22.err.4. Treutl.d.disp.28 vol.1.th.2.sub lit.C Cons. lib.2. ... jur.civ c.3.n.7. D.Collega Bocer. class.2 Disp.3.th.69 ed.2.& in tract.de inv... feud.c. 2.n.27.cum seq.& in hoc tit. n.152 & seqq.pag.385.Merula in Empor. jur.part.1.tit.9.qu.7. Feman.disp.22.th.1.lit.b. Scheyb.in delib.jur.disp.18.th.33. Bronchorst.cent.2. ἐναντιοφανῶν, assert.57.edit.2. D.Besold.in delibat. juris ex lib. 19.ff.quæst.1.pag.27. Arumæus Exercit.Justin.14.th.2.& disp.13.ad Pandect.qu.8.item lib.1.decis.13. n.25.& seqq. Forster.lib.3.disp.18.th.3. Matth. Stephani cent.3.qu.68. Hænon.disp.16.controvers.11. Plebst.disp.2. de jure feudico Würtemberg.th.31.Giphan.lib.3.disp.28.in corollib.ibique in suis notis Oelmannus n.33.& seqq. Niehius disp.feud.4. th. 1. ad lit.f. Wegnerus disp.12.th.2.ad lit.a. Riemer. decad. 10.quæst.juridic.illustr.q.9. Althusius lib.1. Dicaeolog.c.74. n.30.pag.255.& novissime Frantzkius d. exercit. jurid.11. quæst.1. pag.333.& seqq. nec non Ungepaur.exercit. Justin. 12. quæst.4. pag.447. cum seqq. edit. ult.*

49 Hanc ita firmatam sententiam non infringit textus *in l. 1. in princ. ff. de actionib empt.* ubi, si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur: ac proinde venditor, præstando interesse liberatur. *Primum* enim dicendum est: emptorem posse eligere id, quod interest, propter moram dolosè à venditore commissam, *juxta l. venditorem.10.C. eod.* & in specie istius legis dolosè moram esse commissam, ex sequentibus facile evincitur. *Deinde*, secundùm communem doctrinam non ineptè respondetur: dictam legem 1. accipiendam esse de casu, quo venditor non habet potestatem seu facultatem tradendi rem venditam; puta si ante traditionem sit evicta: aut prius alii sit tradita: vel venditoris dolo perierit: aut emptor
50 non valde ejus traditionem urgeat. Etenim cùm isthæc legis verba (*si res vendita non tradatur*) ambigua sint & obscura: quippe cùm intelligi queant de re, quæ tradi ampliùs à venditore non potest; exaudiri item valeant de re, quam adhuc penes se habet venditor, adeoque tradere potest; sed ex contumaciâ non vult præstare: utique ea recipienda illorum interpretatio erit, quæ vitio caret, & verisimilior est, aliisque legibus non repugnat. *l. in ambiguâ,19.ff. de legib. l. in obscuris,114. ff. de regul. jur. c. cùm expediat. 29. ext. de elect. in 6.* Atqui superior illa, frequentioribus calculis comprobata interpretatio, caret vitio, & verisimilior est, cumque legibus, quæ volunt, quòd venditor tradendi facultatem habens præcisè rem tradere teneatur, bellè consentit. Quapropter ea sola recipi, altera verò rejici: adeòque responderi debet: *in objectâ l. 1. ff. de action.empt.* venditorem non habuisse facultatem rei tradendæ, *arg.l.si cum fundum.68. §.fin.ff.de contrahend.empt.& l.qui tibi hereditatem,6.C.de heredit. vel act. venditâ.*

Similiter non adversantur *l. ex empto.11.§.idem ait.9.* 51
ff. de actionibus empt. & l.contractus. 17. vers. adeò ut nec illud, &c. C. de fide instrument. ubi venditor præcisè compelli non potest ad tradendum: sed hæc saltem necessitas ei incumbit, ut vel rem venditam tradat, vel id, quod emptoris interest, persolvat. *Hæ namque*, & similes leges, quæ de interesse loquuntur, procedunt itidem in casu, quo emptor non admodum urget ipsam rei traditionem, vel venditor priùs rem alii tradidit, ut ampliùs tradendæ ejus copiam non habeat. Itaque si rei tradendæ facultatem adhuc habuerit, eam præcisè emptori petenti tradere tenebitur, *juribus supra allegatis.*

Nec quicquam etiam decerpit nostræ decisioni *l. vi-* 52
num. 22. ff. de reb.cred. ubi cum pro vino mutuò dato æstimatio, sicque aliud pro alio solvatur: dicendum videtur, quòd interesse præstatio venditorem liberet, & per consequens ad tradendum cogi nequeat. *Æstimatio* siquidem ibi idcirco præstatur, quòd debitor in mora constitutus fuit: unde factum est, ut vinum jam non reperiatur ejusdem bonitatis: atque eapropter ad æstimationem necessariò devenitur. Et sanè si velit creditor, postulare potest, ut res ipsa mutuò data eodem in genere sibi solvatur, *arg.l.2.in princ.ff.de reb.cred.ibique Accurs. & Zasius, nec non Wesenbec. in paratit. n. 11. l. ubi autem non apparet.75.§ ult.ff.de verb. oblig.Tol. Nonius in princ. tit. supra quib.mod. re contrah. oblig.n.28.*

Nihil quoque refragatur *l. si traditio. 4. C. de actionib.* 53
empt. ubi Impp. Dioclet.& Maxim rescripserunt: si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procaciâ venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Præses Provinciæ, tantum in condemnationis taxationem deduci debere. *Quandoquidem* illic procaciâ, hoc est, contumaciâ & petulantiâ sive morâ dolosâ venditoris res suo tempore tradita non est: nimis quippe diu traditionem rei distulerat. Ideoque rectè dicitur: emptorem, ob moram in tradendo procaciter & petulanter dolosève commissam, interesse petere posse: ejusque rationem Præsidem Provinciæ in condemnando debere habere. Atque adeò emptor conducibilius utiliusque sibi esse ratus est; id, quod interest, obtinere, quàm ipsius rei venditæ placito tempore non solutæ, traditionem instantiùs urgere. *arg. l. cùm venditorem. 10. C. de actionib.empt.* Vide Frantzkium, dictam *l.4.C. d. tit.* copiosius explicantem, *d. exercitat. 11. quæst. 1. p. 340. & seq. n. 53. cum multis seqq.*

Non item obloquitur textus *in l. si ita distrahatur. 25.* 54
§.1.ff.de contrah.empt. ibi dum ab Ulpiano respondetur, venditorem necesse non habere fundum sive rem emptoris facere: adversarii inferunt, venditorem non posse ad rei traditionem præcisè cogi. *Nam* responsum illud ita exaudiendum est, quasi venditor necesse non habeat hoc agere, ut res omnino & irrevocabiliter emptoris fiat: quoniam si res aliena venditur, tenetur quidem ad tradendum venditor; interim tamen res, utpote aliena, evinci & emptori auferri potest. *l. rem alienam.28. ff. eod. tit.*

Præterea ad rhombum nil facit. *l. si in venditione.60. ff.* 55
de evictionib. ubi expressum est, ex naturâ ex empto actionis interesse præstari: *Quia* loquitur de casu evictionis: cujus nomine in simplum agitur adversus venditorem, & etiam ad interesse, ex naturâ emptionis. Ita enim inquit Javolenus: *Si in venditione dictum non sit quantùm venditorem pro evictione præstare oporteat: nihil venditor præstabit, præter simplum, evictionis nomine: & ex naturâ ex empto actionis, hoc, quod interest.* Ubi obiter notandum: quòd re emptâ evictâ, hoc est, 56
per judicis sententiam plenè amissâ, venditor emptori teneatur, vel in simplum, & id, quod interest, id est, ad precium recipiendum, & utilitatem omnem *l. venditor. 8. d.l. si in venditione 60. l. evictâ re 70. ff. d.tit. l. Titius 43. §. ult. ff. de act.empt.* vel ad duplum; si cùm dictum actumve

sit,

Digitized by Google

sit, ut duplum emptori promitteretur; nec tamen per errorem promissum sit: quod eo duntaxat casu locum habet, quo fundus, vel domus, vel homo, vel aliæ res preciosa (de cæteris siquidem rebus venditor solummodo in simplum tenetur) venditæ sunt, de quibus dupla promitti solet, *l. quòd si nolit 31. §. quia assidua 20. ff. de ædilit. edict. junctâ l. emptori 37. §. 1. & 2. ff. de eviction. Paul. lib. 2. sentent. tit. 17. §. 1. ibique Cujacius, & accuratiùs idem Cujacius in paratit. C. de evictionibus.*

57 Adhæc conclusionem nostram parùm imminuit, *l. si jactum. 12. ff. de actionib. empti.* ubi, si venditor, qui jactum retis vendidit, pisces captos reddere nolit, æstimari debet id, quod extraxit: sicque præstando æstimationem, sive interesse venditor liberatur: *Tum* quia jactus retis ibi est emptus; atque ita merum factum in obligatione versatur: proindeque, ut in reliquis facti obligationibus, post moram obligatio ad interesse succedit, *l. stipulationes non dividuntur 72. v. Celsus tamen l. quotiens 81. in princ. ff. de verb. oblig. l. si quis ab aliò 13. §. ult. ff. de re judicat.* Tum quia emptor ibidem ipsam rei sive piscium extractorum traditionem non admodum ursit: sed eos piscatori tradere recusanti ultrò relinquens, æstimationem eorum sibi magis prodesse censuit: atque adeò emptor nullam affectionem ad pisces ipsos, sed ad lucrum potius habuit. *Porrò de intellectu dictæ l. si jactum 12. ff. de act. empt. videatur Vincentius Cabotius lib. 2. disp. jur. cap. 24.*

58 Minimè insuper eandem conclusionem evertit illa ratiocinatio: Quibus ex causis juratur in litem, in iisdem id quod interest, præstando liberatur, *arg. l. 2. 3. & penult. ff. de in litem jurand.* Ex causa autem emptionis in litem jurari, arguit *l. in actionib. 5. ff. eod.* in cujus principio, indefinitè, adeoque generaliter Marcianus scribit: in bonæ fidei judiciis (inter quæ sine ullâ dubitatione numeratur etiam empti actio sive judicium *§. actionum 28. instit. de action.*) in litem jurari. Ergo, &c. *Respondetur* enim; minorem propositionem non universaliter procedere, nec 59 quod *in d. l. 5.* dicitur, ad emptionem trahendum esse. Etenim non incogniti juris est, juri jurando in litem tum demum locum esse, cùm per contumaciam aut dolum Rei, res non restituitur, vel exhibetur, *l. 1. d. l. 2. in fin. l. tutor. 8. & tot. tit. ff. & C. de in lit. jur. l. arbitrio 18. ff. de dol. mal. l. Celsus. 5. §. idem Julian. ff. ad exhibend. cum sexcentis similib.* Ast in actione empti non agitur de re restituendâ, aut exhibendâ, sed de re venditâ tradendâ. Venditor quippe ad tradendam duntaxat possessionem obligatus est: nec rem venditam emptoris facere compellitur; quamvis emptor nummos facere accipientis cogatur, *ut notavimus supra n. 29. ex l. ex empto 11. §. 2. ff. de action. empt. l. 1. in princ. ff. de rer. permut. & concordantib.* Ratio autem, quare in iis duntaxat bonæ fidei judiciis, in quibus de re restituendâ, & non de re tradendâ agitur, in litem juretur, hæc probabiliter reddi poterit: quòd actor, qui in litem jurat, rem suam reo vendere censetur, *l. ejus rei 46. & l. nec quasi 70. ff. de rei vindicat. l. si cùm dos 8. §. fin. cum l. seq. ff. de actione rer. amotar. l. sed & si res 7. §. 1. ff. de public. in rem act. d. l. tutor. 8 ff. de in lit. jur. & l. litis 3. ff. pro emptore.* Sed emptor, qui ad rem tradendam agit, non potest rem, quam sibi vult tradi, reo vendere: quia reus rem 60 suam emeret; quod fieri nequit. Suæ namque rei emptio non valet; sive sciens, sive ignorans quis emerit, *l. suæ rei 16. & l. si in emptione 34. §. rei suæ 4. ff. de contrah. empt.* Nec oberit generalitas verborum Marciani *in d. l. in actionib. 5. in princ. ff. de in lit. jur.* Ea enim à proximè præcedentibus verbis (in quibus de actionibus in rem, quæ rei restitutionem continent, dictum fuit) restrictionem accipit, *per fusiùs tradita à Borcholten in Comment. ad tit. ff. de in lit. jur. c. 4. n. 70. cum seqq. & Ant. Fabro d. lib. 6. conjectur. cap. 17. & part. 1. de error. pragm. dec. 17. error. 7.*

61 Pari ratione nihil officit sententiæ nostræ: quòd tradendi obligatio, quâ venditor tenetur, facti sit, *l. si stipulatus 4. ff. de usur. l. si rem tradi 28. ff. de verb. oblig.* in facti autem obligationibus si non fiat, quod promissum est, id quod interest præstandum veniat, *l. si quis ab alio 13. §. ult. ff. de re jud. & similibus supr. allegatis, num. 57.* Nam respondendum: traditionem, ad quam venditor tenetur, non esse rem meri sive nudi facti; sed aliquid juris, imò dationem quandam in se inclusam habere, *arg. d. l. ex empto 11. §. 2. l. si quis 46. ff. de actionib. empt. l. cùm manu sata 80. §. ult. ff. de contrah. empt. & explanatiùs declarat Ant. Faber loco paulò antè designato.* Adde quoque, quòd factum illud non est in obligatione hujus contractûs, sed in consummatione, *docente Robero disp. 17. ad coronid. 2.* Quod igitur objicitur: leges Romanas neminem præcisè cogere ad factum: hoc de factis nudis, & (ut loquitur Salicetus *in d. l. 1. ff. de action. empt. num. 3. in fin.*) in labore personali consistentibus, intelligendum est. Cùm enim illa facta successivè expediantur, puta ædificare, fodere, &c. si quis ad ea præcisè compelleretur: species quædam servitutis induceretur. Quæ omnia de facto traditionis, quod momento ferè temporis fieri potest, dici haud possunt, juxta Zoannettum *ad l. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor. compos. n. 73.* Ideoque nihil etiam oberit, *d. l. stipulationes non dividuntur 72. in princ. & l. ubi autem 75. §. qui id, quod 7. ff. de verbor. oblig.* ubi, *fundum tradi*, ad stipulationes faciendi refertur, & cum factis nudis, ad quorum præcisam præstationem nemo (ut paulò ante monitum) cogi potest, conjungitur. *Etenim* leges istæ loquuntur de illa traditione fundi, quæ ex alia simplici obligatione, & per quam dominium non transfertur, contingit. Tunc enim factum nudum & individuum est; & consequenter stipulatio, *rem tradi*, individua. At si fundus ex causa emptionis tradatur: tum, quia factum hoc causam bonorum in sese continet, *l. in conventionalibus 52. §. 1. ff. de verb. obligationib.* adeóque dationem, si venditor dominus est; vel si non est, usucapiendi conditionem involvit; factum merum & individuum non est: sed omnino dividuum: atque eapropter nec ad facta, de quibus tractatur *in d. l. 27. ff. de verb. oblig.* potest referri. *Vide Bartol. n. 13. in fin. & Salicet. n. 3. in d. l. 1. ff. de actionib. empt. & eundem Bartol. ad d. l. 72. n. 39. in fin. ff. de verb. obligat.* Amplius non obstat assertioni nostræ, quòd ex pacto de retrovendendo promissor non teneatur præcisè revendere: *ut multis probare nititur Anton. Faber decad. 25. error. pragm. errore 4. & ante eum Bononienses & Taurinenses Doctores: quorum argumenta diligenter recenset Francisc. Zoannet. ad d. l. 2 C. de pactis int. emptor. & vendit. compos. num. 74. & seqq.* ac proinde nec ex ipsa venditione teneatur: cùm & hoc casu actio ex vendito nata censeatur, *d. l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. &c.* Nam respondetur primò: diversam esse rationem pacti de revendendo, & venditionis ipsius. Illic siquidem imperfecta adhuc est, imò nondum inchoata emptio: hic verò perfecta, quam traditione impleri bona fides efflagitare videtur. Atqui ex diversis nullum firmum duci argumentum, tralatitium est, *l. ult. ff. de calumniatorib. l. qui fundum 7. §. 1. ff. pro empt. l. inter stipulantem 83. §. sacram ff. de verb. obligationib.* Deinde respondetur: falsum esse, quod dicitur, promissorem ex pacto de retrovendendo non teneri præcisè revendere, ubi precium in pacto expressum est, *uti in d. l. 2. C. de pactis inter emptor. &c.* Sed quia substantialia emptionis hic adsunt: ad præcisam traditionem emptorem teneri, rectè asseritur: adeóque hoc casu venditio, omnino inchoata, & sub conditione, *si venditor precium restituerit*, facta intelligitur. Quod precium ubi venditor obtulerit: emptio illa retractiva omnino purificatur: &, ac si purè celebrata esset, eodem modo emptorem stringit, *arg. l. potior 11. §. 1. in fine ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* Quæ quidem conditio cùm prorsus in favorem venditoris sit adjecta: non debet in ejus odium retorqueri, *arg. l. nulla 25. ff. de legib. l. quod favore 6. C. eod. c. quod ob gratiam 61. de reg. jur. in 6. Vide Pinelum ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 1. num. 22. & 26. ibique Emanuel Soarez ad num. 29.*

Denique quod ex jure feudistico superiùs allatum est, 62 dominum teneri præcisè novo vasallo feudum tradere, deque eo ipsum investire, nec præstando interesse liberari: ei haudquaquam contradicit textus *in tit. 7. §. ult. lib. 2. feud.* ubi habetur, quòd si dominus factâ verbali investiturâ, & fidelitate subsecutâ, differat vasallum investitum in vacuam possessionem mittere;

omnem

omnem utilitatem, hoc est, id quod interest (*secundum receptam Feudistarum interpretationem*) ei præstare cogatur. Si ergo isto casu, quo investitura verbalis facta, fidelitasque jam præstita est, ad interesse duntaxat solutionem dominus tenetur: multò certè magis ad interesse tantùm eo tenebitur casu, quo promissionem feudi nondum investitura isthæc & fidelitatis præstatio secuta est. Textus, *inquam*, ille haud quaquam superiori nostræ decisioni contradicit. Quia verba hæc, *omnem utilitatem ei præstabit*, non ita debent intelligi, quasi in arbitrio domini positum sit, pro ipso feudo præstare novo vasallo id, quod interest. Hunc etenim intellectum non admittit aliud feudorum placitum, suprà adductum, *ex tit. 26. §. si facta lib. 2. feud.* ex quo clarissimè perspicitur, quòd neutiquam liberum sit domino, pro ipso feudo præstare vasallo id, quod interest. Quare *in d. t. 7. §. ult. lib. eod. per omnem utilitatem*, ea significatur utilitas, quam dominus, præter ipsam feudi possessionem, propter moram, vasallo præstare compellitur. Interest quippe vasalli, nullam fieri moram à domino in præstanda feudi possessione: cùm feudi fructus ad vasallum pertineant, *tit. 23. §. ult. vers. ususfructus verò. lib. 2.*
63 *feud.* Hanc ergo utilitatem, quæ ex mora domini decedit vasallo, unà cum ipso feudo, propter moram dominus ipsi vasallo præstare tenetur. Atque hanc esse sententiam illorum verborum finalium, *in d. tit. 7. §. ult. lib. eod.* rectè censet D. Collega Bocerus *in d. tract. de investitura feud. cap. 2. n. 33.* Et tantum de ista quæstione.

64 Succedunt in definitione hæc verba: *& precio certo nummario.* Quia sine precio emptio & venditio nulla est. *§. precium autem. 1. infr. hoc tit. l. 2. §. 1. l. cùm in venditione. 36. l. nuda & imaginaria. 55. ff. de contrahend. empt. l. empti. 9. C. eod. l. imaginaria. 16. ff. de reg. jur. l. contractus. 54. ff. de oblig. & actionib. l. si ex precio. 6. ibi simulatis pro infectis habitis. C. si cert. petat.* adeoque emptionis substantia præcipuè consistit ex precio, *tradente Papiniano in l. pacta conventa. 72. in fine principii. ff. de contrah. empt.*

65 Uno itaque nummo (nisi tanti solummodo res valeat) emptio & venditio fieri non potest. *l. si quis conduxerit. 46. ff. locati conducti.* quippe cùm unus nummus precio opponatur, *l. si quis ante. 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. ibique gloss. Alex. & Jason.* Non obstat *lex. §. Dui fratres. 6. ff. de quæstionib.* ubi Ulpianus ait: heredem imaginariâ venditione dominium in servo quæsisse videri.
66 *Ibi* namque venditio imaginaria dicitur, non ob precium imaginarium, sed propter causam emptionis fictam & imaginariam. Heres quippe servum emerat justo precio, quasi ipse eo usurus, sibique illum habiturus esset: cùm reverà id ageret, quo per istam emptionem servus quæstioni subtraheretur: atque ita rerum hereditariarum, furto fortassis subductarum, probatio intervertetur & evanesceret. Sic & *in l. & qui sub. 10. C. de distract. pignor.*
67 imaginaria & simulata procedit emptio, non quæ imaginario precio, sive uno fiat nummo, sed quæ fit per suppositam imaginarii emptoris personam; &, *ut Impp. Diocletian. & Maxim. ajunt*, sub imagine alterius personæ; quæ singulari libertatis favore quandoque sustinetur, *arg. l. libertas. 122. ff. de reg. jur.*

68 Similiter non adversatur *l. si ususfructus. 66. ff. de jure dot.* ubi maritus, qui usumfructum uxori donare non poterat, unico nummo proponitur eum uxori vendidisse. *Etsi* enim regulariter emptio, precio imaginario, unovè nummo facta, non subsistat: si tamen rerum expediendarum & negocii perficiendi causa interponatur, ea vim aliquam habere censetur. Hinc olim hereditates imaginariâ venditione vendebantur. *§. 1. supr. de testament. ordi-*
69 *nand.* Hincque per imaginariam venditionem olim filius emancipabatur, *§. præterea. 6. supr. quib. mod. jus patr. potest. solvit.* & alii actus, quò firmiores essent, imaginariæ venditionis interventu celebrari consueverunt. *Ita docent, tenentque D. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 5. & in Resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 45. pag. 195. & quæst. 64. pag. 235. Mozzius in tract. de empt. & vendit. tit. de substantialib. empt. n. 22. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à vi numeri num. 12. Nonius ad §. 1. supr. quib. mod. re contrah. oblig. D. Bocer. ad l. contractus 23. c. 4. n. 58. edit. 2. Heigius ad d. §. precium autem infr. hoc tit. n. 5. Arumæus Exercit. Justin. 14. th. 1. & disp. 13. Pand. th. 4. Matth. Stephani cent. 3. q. 63. Hænon. disp. 16. controvers. 13. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 57. Bachovius in not. ad vol. 1. Treutler. disp. 28. th. ult. lit. B. pag. 1093. & seq. Knipschildt. d. exercit. 8. quæst. 6. pag. 293. cum seq. Nicolaus Helfrich. disp. Basileens. 9. th. 19. ad lit. b. in fine.* Vide quoque *Cont. lib. 1. disp. c. 16. Hackelman. disp. 11. th. 4. lit. A. & Hilligerum in Donell. enucleat. lib. 13. c. 1. lit. l. ubi plures citat.* Et huc spec- 70
tant, quæ docuimus, *in §. 1. n. 9. cum seqq. & §. 3. n. 225. & seq. infr. de locat. & conduct.* Precium porrò certum esse debet, *d. §. precium vers. sed & certum infr. hoc tit.* quale est non tantùm, quòd statim inter contrahentes exprimitur: sed etiam quòd aliquâ idoneâ relatione vel demonstratione certum fieri potest, *arg. l. certum 6. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. hæc venditio. 7. §. 1. & l. si quis fundum 37. ff. de contrah. empt.* Sed & precium nummarium esse opor- 71
tet: hoc est, in pecunia numerata, non in corporibus aut speciebus consistere debet, *§. item precium infr. hoc tit. ubi nos eâ de re acturi sumus, σὺν θεῷ copiosius.* Atque hæc etiam est emptionis & venditionis forma seu differentia specifica, qua discriminatur à permutatione, in qua res seu corpus pro re datur, *l. 1. ff. de rer. permutat. Giphan. lib. 3. disp. 28. th. 10.*

Tandem definitioni illa verba adduntur: *venditori* 72
dando. Quoniam precium venditori dandum, id est, dominium precii in eum transferendum est: Quòd si enim emptor nummos venditoris non fecerit: eo nomine ex vendito tenebitur, *l. ex empto 11. §. 2. in fin. ff. de actionib. empt. & l. 1. in princ. vers. emptor enim ff. de rer. permutat.*
Ratio autem diversitatis, cur emptor nummos dare; ven- 73
ditor rem tantùm tradere teneatur, hæc assignari consuevit: tum quia ille generis sive quantitatis; hic verò speciei seu certi corporis debitor est: quæ species, cùm eum oneret & coarctet gravius, quàm si genus deberet; relevatur in eo, ut tradere, non dare, teneatur, *Accurs. & Bartol. bolque referens Gothofred. in d. l. ex empto 11. §. 2. ad lit. K. ff. de actionib. Empt. Borcholt. in præclaro Comment. ad tit. ff. de in lit. jur. c. 4. n. 70.* Tum quia, nisi emptor precium dare omnino necessum haberet, nullus ejus foret usus, *arg. §. constituitur supr. de usufruct. l. 2. & l. hoc senatus consultum 5. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt.* At rei etiam usus est, licèt accipientis non fiat: ac proinde traditio sufficit: cùm commodari locarivè possit. *Arumæus exercit. Justin. 14. sub th. 4. in fin.* Sed vide Anton. Fabr. *lib. 6. conjectur. jur. civ. cap. 9.* ubi priori illa differentiæ ratione reprehensâ, aliam proponit.

Postremò contra propositam, jamque explanatam em- 74
ptionis & venditionis definitionem tale opponi solet argumentum: quæ cunque substantialibus non differunt; illa inter se non differunt. Sed tria illa, *merx*, *precium*, *& consensus*, quæ tanquam substantialia hujus contractûs (secundùm communem opinionem) in definitione nostrâ ponuntur, etiam in locatione & conductione requiruntur. Nulla siquidem est locatio, nisi adsit contrahentium consensus, *l. 1. l. qui ad certum 14. ff. locati conduct.* item nisi adsit merx, hoc est, res, quæ locetur; & merces, quæ precium dicitur, *d. l. si quis ante 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. ult. ff. ad leg. Rhod. l. quòd si domi 28. §. 2. ff. locati conducti.* Ergo locatio & conductio est emptio & venditio. *Verum* respondetur ad majorem. Quæ substantialibus non differunt, tendentibus ad eundem finem, illa inter se non differunt. Ast eadem tria, quæ in emptione & venditione interveniunt, interveniunt quoque in locatione & conductione, sed ad finem diversum. Nam in emptione & venditione precium pro merce datur, eo fine, ut merx emptoris fiat. In locatione verò & conductione datur merces sive precium, non eo fine, ut domus locata fiat conductoris, sed ut hic illâ utatur. Finis autem cujuslibet rei præcipuè 75
inspiciendus est: & à fine res denominatur: finisque, qualis res sit censenda, declarat, *l. sed & si quid 25. §. 1. ff. de usufruct. l. si ita stipulatus essem 14. & l. insulam intra biennium 124. ff. de verbor. obligat. c. qualis in princ. 25. distinct. Nicol. Everhard. in locis legal. loco, à virtute finis. num. 2. & 3. Bald. consil. 272. col. 2. lib. 1.*

lib.1.eumque referens Joannes Borcholt.part.2.disp.de contrah.empt.sub proposit.6.p.450. Adde, quòd in emptionis contractu precium nummarium esse, adeoque in pecunia duntaxat numerata consistere debet, *per ea, quæ suprà*
76 *tradidi n.71.* Mercedem verò in locatione non solùm in numerata pecunia, sed in quavis etiam re aliâ fungibili consistere posse, firmis sat rationibus demonstratum est *ad*
77 *§.2. infrà tit. proximo n. 3. & seqq.* Cæterùm præter illa hactenus exposita emptionis & venditionis requisita, putà consensum, rem sive mercem, & precium, jure renovato Würtembergico de substantia istius contractûs, in immobilibus censetur, ut à Magistratu sive Judice cujusque loci cum causæ cognitione approbetur, adeoque ritè insinuetur, *Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 13. pag. 279. & seq. Idemque attigit Joan. Jacob. Blebst. disp.2.de jur.top.Ducat.Würtemberg. th.23. ad lit.F.* Porrò de substantialibus hujus contractûs videatur quoque Hunnius *in resolut. ad Treutler. vol.2. disp.2. qu.5. pag. 118.* item Rittershusius *hic pag. 465.* ubi in solo precio substantiam hujus contractûs consistere scribit *arg. l. 3. & l. empti. 9. C. de contrah. empt. & l. pacta 72. ff. eod.*
78 His ita generaliter præcognitis, ad explicationem hujus principii accedendum est propiùs: in quo Justinianus Imp. ostendit: emptionem & venditionem contrahi, simul atq; de precio convenerit: quamvis nondum precium numeratum sit, & ne arrha quidem data fuerit. Perficitur igitur emptio solâ precii (quod respectum ad rem habet: precio quippe res æstimatur; & sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur, *l.nec emptio 8. de contrah. empt.*) conventione, non numeratione, *l.2.§.1. & ff.d.tit.de contrah. empt. & d.l. empti.9 C.eod.* Hujusque ratio illa est: quia hic contractus fit solo consensu, propter libertatem utilitatemque commerciorum, & maximè hujus contractûs usitatissimi, &
79 summè necessarii humanæ societati. Unde mutuum, quia non nuda conventione sive consensu, sed re fit, numerationem desiderat, *l.certi 9.§. numeratio 4. ff. de reb. cred. initio tit. supr. quib. mod. re contrah. oblig. & notat hic Giphanius.*
80 Consensum autem ejusmodi exigimus, qui voluntatem vendendi emendique præsentem, & utriusque contrahentium deliberatum & firmum propositum, non vagam atque incertam orationem, contineat. Itaque non sufficiet de vendendo in futurum concepta conventio: cùm aliud sit venditio, aliud pactum de vendendo. Neque satis erit, me dicere, quòd velim vendere etiam pro certo precio; nisi & emptor, se pro tanto precio emere velle, dixerit, *gl. in l.in vendendis 13.ibique Bald.C.de contrah.empt. Fabian. de Monte in tract.de empt.& vend.part.5. principali n.51.* Eadem de re consulantur *Mozzius eodem tract.tit.de substantialib. emptionis n.46.& seqq.Heigius hic n.3. Vultejus n.13.& Hunnius in d.resolut.ad Treutler.vol.2. disp.2 qu.*
81 *6.p.119.* Ratio porrò, cur Justinianus hîc dicat, emptionem perfici etiam sine arrha; hæc redditur: quia arrha tantùm evidentioris probationis causâ interponitur, non ad substantiam obligationis, *l.quod sæpe 35.in princ.ff. de contrah.empt. & hic in versic.nam quod arrhæ nomine datur, &c.* Cæterùm arrha nihil aliud est, quàm prærogativa & repræsentatio precii suo tempore persolvendi. Siquidem precii & solutionis pars videtur, *ut notat Hotom. hic enunciat. 8.* Illamque alii παρὰ τὸ ἄῤῥατος, quod firmum sive solidum & validum significat, dictam volunt: quidam ab Hebræo arab, quod idem valet, quod spopondit, oppignoravit, fidejussorem constituit, deducunt. *Paul. Cypræus in tract.de sponsalib.c.11.§.3.* nonnulli derivant à re, pro qua datur, *Isidorus lib.10. Etymolog. c. ult. quem citat Borcholt.hic n.5.* Veteres artham vocabant arrhabonem, *ut indicat Varro lib. 4. de ling. Lat.* fortè à Græco ἀῤῥαβὼν, quod D. Lutherus *in Genes.c.38.v.17.* ab Hebræis, qui Erabon pignus dicunt, haud dubiè ortum putat: *quem referendo sequi videtur Wesenbecius hic n. 3.* Vide D. Besold. *in delibat. Juris ex lib. 18. ff. quæst. 6. p. 23.*
82 Et fanè arrhæ dari solent à solo emptore venditori, & non contra, à venditore emptori, *l.de lege commissoria 6. in princ. & l.fin.ff.de lege commissor. l.contractus 17.§. ult. C.de fide instrumentor.& hoc princip.in fin.* Sic in sponsalibus plerunque sponsus dare consuevit arrhas sponsæ, non vice versa, *arg. l. si quis officium 38. in fine principii ff. de ritu nupt. l. si legibus 16. C. de Episcop. audient. l. unic. C. si rector provinciæ, vel ad eum pertinentes sponsal. dederint. l. 3. & ult. C. de sponsalib. cum simillib.* Sed 83
& in locatione quandoque arrha solet adhiberi: cùm illa emptioni sit similis, *initio & §. 3. infr. t. prox.* Atque nomine arrharum (quæ veluti pignora contracti negocii reputantur) non nummi tantùm dantur, sed etiam aliæ res; ut aurum, annulus, monile aut quid aliud, *l. 2. C. quando liceat ab empt. disced. l. ex empto 11. §. is qui vina 6.ff. de action. empt. l. cuicunque 5. §. item si institor. 15. ff. de institor. act. Cujac. lib. 11. observat. c. 17. Covarruv. in Epitom. de sponsal. part. 2. c. 3. §. 7. num. 6. Rittershus. hic p. 467. Schardius in Lexico juridico lit.A. in verbo, arrha, &c.*

Verùm enimverò ex constitutione Justiniani interdum 84
conventio de precio rei vendendæ, emptionem non perficit, nempe si emptio in scriptis celebretur. Hanc enim Imperator non vult aliter perfici, nisi scriptum seu instrumentum ritè fuerit confectum: omnibusque suis numeris absolutum, *per hunc textum nostrum vers. sed hoc quidem, &c. & l. contractus 17. C. de fide instrument.* Atque hinc esse videtur, quod Tribonianus hanc clausulam, *sine scriptis*, in responsis & constitutionibus veterum nonnunquam interjecerit, *ut in l. 2. ad finem ff. de contrah. empt. & in l.cùm inter 4. C.de peric.& commodo rei vend.* Notanda autem hoc loco est emptionis divisio, quâ alia 85
fit sine scriptis: alia in scriptis. Illa (*ut paulò antè dictum*) perficitur solâ conventione precii: hæc verò legitimâ confectione instrumenti, *Acacius Antonius de Ripoll. variar. Jur. resolut. cap. 11. nu. 32.& seqq. fol. 331.* Et ut instrumentum omninò consummatum, legitimèque absolutum dicatur, primùm requiritur: ut contractus à Tabellione seu Notario in schedam redigatur, eaque partibus legenda tradatur: deinde ex scheda in mundum sive chartam puram transferatur, tùm à Tabellione subscribatur, & partibus recitetur, ac edatur, nec non ab iisdem approbetur. Atque hæc quidem ita obtinent, si instrumentum publicè per Notarium conficiatur. At si à 86
Notario non fiat: tunc partes sive contrahentes debent instrumentum vel manu propria scribere, vel ab alio scriptum subscribere, ut constituit Justinianus *hic, & d.l.contractus 17. ubi latè Paulus de Castro, Cod. de fide instrumentor.* Paria namque sunt; vel manu propriâ scribere instrumentum, vel se ei manu alterius scripto subscribere, *notante Ang. Aretino hic n.1. in fine.* Censetur enim subscribens contenta in eo approbare; proindeque sibi æquè præjudicat, ac si totum scripsisset, *arg. l. sicut 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. & l. 1. §. 1. ibi, subscriptionem ff. de constitutionib. princip.* Quod tamen ita demum procedit, si quispiam se sub- 87
scribat, ut principalis: secus, si subscribat, ut testis. Talem siquidem subscriptionem non præjudicare, plerique Interpretes tradunt, *arg.l.si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus, ibique Jason ff. de verb. obligat. l. si pater 6.& ibi Gothofred. C. de fidejussorib. Bartol. in d. l. sicut 8. §. non videtur ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. Schneidew. hic nu. 7. & seqq.* Cæterùm dubitatur, an quis sit obligatus, quando se subscripsit instrumento, nondum tamen perfecto: Quod affirmatur: modò ei de contentis constet: quod in dubio præsumitur. Si verò eorum notitiam non habuerit: secus est, *l. fin. ibiq; Bald. C. plus valere, quod agitur, quàm quod simulatè concip.* Allegans 88
tamen ignorantiam, eam probare debet, *Jason in l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus 2. ff.de verb. oblig. Schneidew.in. hic num. 10. Richter. d. tract. de contract. disp. 9. th.2. sub lit. a. pag. 283.* Illud hoc loco prætereundum non est: quòd si controversia sit de emptione & venditione inter ipsum emptorem & venditorem, qui negat, se vendidisse; instrumentum emptionis & venditionis non probet, nec ex eo ad traditionem rei venditæ agi possit, si precium in eo non exprimatur. At diversum obtinet, si de emptione & venditione non inter ipsos contrahentes, sed alios, controvertatur. Tunc etenim instrumento attestanti; venditionem factam fuisse, creditur; maximè, si principaliter non de precio, sed de eo, an venditio facta sit, necne, agatur. *Ita sentiunt Bar-*

Digitized by Google

Bartol. in l. admonendi 31.n.33. ff.de jurejurand. Alexand. Caſtrenſ. & Jaſon in l. ſi duo patroni 13. §. Marcellus ff. eod. t. Albert. in l. 1. ff. de contrah. empt. & idem in l. ſtipulandum 30.ff. de verb. obligationib. Romanus conſil. 305. n.8. & ibi Mandoſius in additionib. Mudæus in l.2. §. ſine precio nu. 5. ff.de contrah. empt. hoſque referens Borcholt. hic num. 12. Et eam rem copioſius explanat Maſcardus in tract. de probat. vol. 3. concluſ. 1401. n. 8. & ſeqq.

89 Sanè inſtrumenta, in quibus precii & ſolutionis ſive numerationis in genere ſit mentio, ex generali quadam Germaniæ conſuetudine recepta ſunt, fidemque faciunt, non ſolam contra tertium, ad probandum titulum; ſed etiam contra ipſum venditorem, & ejus heredem, ad faciendam traditionem rei venditæ, *argum. l. certum 6. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* & quòd æquipollentium eadem ſit diſciplina, idemque judicium, *c. ita nos.7. ibique gloſ. in verb. æquipollentibus ext. de conſanguinitat. & affinit. c. licèt ex quadam 47. §. teſtes autem de teſtibus l. Julianus ait 45. ff. de condit. & demonſtrat. & l. ſi mater 3. ibidemque gloſ. in verb. ſua cauſa C. de inſtitutionib. & ſubſtitutionib. Andr. Gail. lib.2. obſervat. n.12. & ſeq. ubi in Camerâ imperiali ſæpius ita pronunciatum eſſe, affirmat.*

90 Porrò ſubjungit Imp. Juſtinianus *hic in verſ. ita tamen impunè, &c.* quòd emptione nondum perfectâ (putà ſi vinum veneat, ut deguſtetur, vel ſaltem de re convenerit, & nondum de precio) ſive in ſcriptis, ſive ſine ſcriptis celebranda ſuſcepta ſit, emptor nolens adimplere & perficere contractum, amittat arrhas datas: venditor autem recuſans adimplere venditionem, duplicatas arrhas emptori reſtituere obſtringatur. Idem dicitur *in l. contractus 17. ad finem C. de fide inſtrumentor. & jure renovato Wirtembergico, part. 2. tit. 9. §. Ob und wann die contrahenten, &c. verſ. doch wo ein Arrha, &c. fol. 270.* Sic & in ſponſalibus, cùm per ſponſum ſtat, quò minus nuptiæ ſequantur, ipſe arrhas perdit: cùm verò ſtat per ſponſam, ipſa in duplum arrhas reddere tenetur, *l. 3. & l. ult. C. de ſponſalib.*

91 At quid de emptione perfecta ſtatuendum? nunquid ſola arrharum jactura ſive diſpendium, earumvè duplicatarum reſtitutio illam annihilabit? Ita ſanè non pauci opinantur. *Odofredus, Salicetus & Sichardus in d. l. contractus 17. §. illud C. de fide inſtrument. Gomez. tom.2. var. reſolut. c. 2. nu. 18. Zaſius lib. 2. ſingul. reſponſ. cap. 24. hoſque allegans Fachineus lib.2. controverſ. cap.28. verſ. ſed mihi magis probatur, &c. Treutler. vol. 1. diſp. 28. th.8. lit.B.* Et hanc opinionem communem perhiberi, ait Emanuel Soarez *in theſ. recept. ſentent. in verb. arrhas n. 174. & Fomannus diſp. 12. th. 9. ad lit.* Sed meliùs rectiùſque judicant, qui perfectâ prorſus & abſolutâ emptione, pœnitentem ſive recedentem à contractu non arrharum ſolum mulctâ & damno puniunt: verùm etiamſi procaciter perſeveret, in id, quod intereſt, condemnant, *arg. l. 1. & l. prædia 28. ff. de actionib. empt. l. ſi traditio 4. C. d. t.* Haud enim debet arrharum interventus vinculum contractæ ſemel obligationis diſſolvere: cùm maximè confirmandæ probandæque venditionis gratiâ illæ ſint adhibitæ, *l. quod ſæpe 35. in princ. ff. de contrah. empt.*

92 Et ſi abſque arrhis perfectâ emptione, ab eâ, alterutro contrahentium invito, recedere non fas eſt, ne quidem Principis reſcripto, *l. de contractu 3. l. non eſt probabilis 6. & l. ratas 7. C. de reſcind. vendit. l. 2. C. quando liceat ab empt. diſced. l. ſicut 5. C. de obligat. & actionib.* multò utique minùs à perfectâ emptione diſcedere integrum erit, ſi non tantùm nudo conſenſu, ſed & inſuper arrhæ

93 datione firmata ſit. Nam quod ad augendum inductum, & ad corroborandum additum eſt: diminutionem operari, aut in illius infirmationem vergere non debet, *arg. l. legata inutiliter 19. in princ. ff. de legat. 1. l. ſi mancipia 19. circa princ. ff. de inſtruct. & inſtrum. legat. l. ſi ſe non obtulit 4. §. ſi ex conventione 4. ff. de re judicat.*

94 Nec huic reluctatur ſententiæ *præſens textus noſter, & d. l. contractus 17. C. de fide inſtrument.* Quibus ex locis Adverſarii evincere conantur; arrhâ interveniente, ſub ſolâ ejus amiſſione invitâ etiam alterâ parte, alteri ab emptione perfectâ recedere licitum eſſe. *Quod* enim illic de amiſſione arrharum affertur: de contractu necdum perfecto exaudiendum eſt; ut putà, ſi emptio in ſcripturâ celebrata ſit, quæ nondum à contrahentibus ſubſcripta, vel à Notario in mundum redacta eſt: quæ emptio adhuc imperfecta cenſetur. Hoc ergo demum caſu, ſolâ arrharum jacturâ, ab emptione reſilire licet. Id quod perſpicuè ex hoc principio noſtro probatur, ubi Imperator ita loquitur: *Donec aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœnâ recedere ab emptione & venditione: ita tamen, niſi jam arrharum nomine aliquid datum fuerit.* Ex quibus certè verbis maniſeſtiſſimum evadit; ibi de contractu adhuc imperfecto agi: præſertim cum mox nominatim hæc ſubdantur verba: *Is, qui recuſat adimplere contractum, &c.* Quæ verba itidem non niſi de contractu imperfecto accipi poſſunt. Sed & *in d. l. contractus 17. ad finem,* iſta clariſſima verba leguntur: *Qui vendere pollicitus eſt, venditionem recuſans, in duplum arrhas reddere cogatur, &c.* Quare 95
quouſque complementum emptioni non acceſſerit, ab eâ diſcedere ſub ſolo arrharum diſpendio licebit. Neque ſolutioni iſti quicquam detrahit, quòd Imperator ab initio hujus principii loquatur de perfectâ emptione; & *in verſic. hoc enim ſubſecuto &c.* de venditione celebratâ: & quòd arrhæ fruſtrà dentur ante perfectam emptionem: cùm argumentum ſint emptionis & venditionis contractæ ſive perfectæ, *per hunc textum noſtrum.* Nam Imp. quidem Juſtinianus hîc initio loquitur de emptione perfectâ & contractâ: ſed *in verſ. ſin.* eum de emptione necdum perfectâ loqui, ex verbis ipſius textus ſatis relucet. Quod autem *in d. verſ. hoc enim ſubſecuto, &c.* ſubjicitur de emptione & venditione celebrata; hoc non poteſt accipi de emptione omnimodò perfecta; ſed potius de emptione celebranda ſive perficienda ſuſcepta; id quod promptum eſt colligere ex verbis immediatè ſubſequentibus, quæ (ut modo monuimus) apertiſſimè agunt de contractu adimplendo, ſeu de illo contrahente, qui recuſat adimplere contractum. Præterea id, quod arrharum nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ ſive perfectæ, ſi modo illæ emptioni jam perfectæ acceſſerint. At ſi emptioni nondum perfectæ adhibeantur: tunc ad hoc proficiunt, ut alter cogatur contractum perficere & conſummare; niſi malit arrhas amittere; aut ſi venditor eſt, duplum præſtare, *ut hic dicitur in fin. & in d. l. contractus 17. circa fin. C. de fide inſtrument.* Atque ita ſenſiſſe Johannem & Bulgarum, Gloſſatores veteres, indicat Azo *in ſumma C. de contrab. empt. n.17. in fin.* Ita quoque ſentiunt *Cynus & Albericus in d. l. contractus 17. §. aliud C. de fid. inſtrument. Marcilius & Weſenbec. hic n.6. & in paratit. ff. de contrah. empt. n.9. Bronchorſt. cent.2. ἐναντιοφανῶν, aſſert.54. edit. 2. Arumæus Exercit. Juſtin. 14. th.9. & diſp. ad Pand. 13. q.3. Timæus Faber diſp. univerſ. 24. ad Inſtit. Imperial. th. 2. Linglois deciſ. Juſtin. 15. qu.11. n.1. fol. 170. Bachovius hic n.1. p.798. & in notis ad d. vol. 1. Treutleri, diſp. 28. th. 8. lit. B. pag. 1079. Martin. Rümelin. exercit. 15. ad Inſtitut. th. 2. ad lit. b. p.130. Hackelman. diſp. 11. th.9. lit.b. Olemennus ad diſp. 28. Giphani. n. 21. & ſeq. Hahnonius diſp.16. controverſ. 5. Andr. Gerhardi Decad. 14. q.6. Matth. Stephani cent.3. q.69. Heigius ad §. in iis autem hoc tit. nu.7. & noviſſimè Hunnius diſp. 16. th.9. & lib.3. var. reſol. jur. civ. tract.7. part. 1. q.9.* Eadem de re conſulantur *Bartolus in l. 1. §. unde quæritur n. 8. ff. de publicanis & vectigalib. Fabianus de Monte in tract. de empt. & vend. in 5. q. princip. n. 69. cum ſeq. Ungepaur. exercit. Juſtin. 12. quæſt. 2. pag. 439. cum ſeq. edit. ult. & Oldendorpius claſſ. 4. act. 2. ſub tit. affinia remedia p. 513.* ubi notat, quòd licèt adverſus venditorem reſilientem à contractu actum fuerit de duplicandis arrhis: nihilo tamen minus agi poſſit ex empto ad id, quod intereſt: ita ſcilicet, ut arrharum computatio in poſteriore condemnatione fiat. Atque hanc ille ſententiam veriorem 96
eſſe aſſerit, contra opinionem communem, *per textum in l. 3. ff. de teſtam. milit.* ubi militari beneficio non renunciat, qui jure communi teſtatur. Planè cùm arrha ad ſubſtantiam emptionis non pertineat; ſed tantùm ejus ſit ſymbolum ſive indicium & argumentum, *hoc principio, & allegatum ſupr. num. 95.* idcirco ſi emptio & venditio 97
per-

Digitized by Google

perfecta, impletaque fuerit, nec ab ea recedatur; arrha imputatur venditori in precium, si in nummis consistat, & nondum soluta sit precium. *l. ult. ff. de lege commissor.* Sin verò consistat aliis in rebus, quàm nummis; vel etiam in his consistat, sed precium numeratum sit: repetitur arrha, & quidem vel actione ex empto, vel condictione sine causa: quia jam sine causa apud venditorem est annulus, *vel evidente Ulpiano in l. ex empto 11. §. is, qui vind. 6. in fin. ff. de actionib. empt. l. 3. ibique Gothofred. C. eod. Borch. loc. n. 6.* Vide Hardewigum à Dassel *consil. 28. lib.* ubi quoque referentem Dn. Besoldum *in thesauro pract. lit. H. n. 4. p. 370.* & Lincamerum *quæst. jurid. [illegible] c. 38. q. 3.*

98 Quandoquidem autem mutuo, solòque emptoris & venditoris consensu hic contractus perficitur, *ut aliquoties monitum est supra n. 15. 78. & seq.* planum & evidens inde fit, quòd furiosus, aut mente captus, qui consensum non habet, illum celebrare non possit, *l. 2. C. de contrah. empt. §. furi. & mente captus 4. supr. de curatorib. l. 1. §. furiosum 12. ff. de oblig. & act. l. in negociis 5. & l. furiosi 40. ff. de reg. jur.* Cæterùm dilucidi intervalli vel intermissionis tempore, quo resipiscit, furiosum majorem viginti quinque annis, venditiones & alios quoslibet actus & contractus posse facere, non ambigitur, *d. l. 2. C. de contrah. empt. ibique Dn. [illegible] n. 3. l. furiosum 9. C. qui testam. fac. poss. l. Divus 14. ff.*

99 *de [illegible]. Quamquam indubio furiosus (maximè si per aliquod tempus continuum, putà per mensem vel annum talis fuerit) in furore perseverare præsumatur, secundum gloss. in c. cùm dilect. 3. in verb. compotem ext. de successionib. ab intest. [illegible] 13. concl. 3. q. 9. Gomez. t. 3. var. resol. c. 1. n. 71. Covarruv. in epitom. de sponsalib. part. 2. cap. 2. n. 6. Mascard. vol. 2. de probationib. conclus. 825. ubi plurimus relatis auctoritatibus rem istam latissimè explicat.*

100 Sanè cùm dubitatur, utrùm contractus sive actus à furioso celebratus & gestus, fuerit factus tempore furoris, an verò tempore intermissionis furoris, inspiciendum quidam autumant: utrùm actus ille more sapientis gestus fuerit, annon. Priori casu præsumunt, furiosum eo tempore, quo actus gestus est, furiosum haud fuisse; posteriori non item, *arg. l. [illegible] qui 12. §. 1. ff. de tutor. & curat. datis ab his, &c. Bald. in d. l. furiosum 9. C. qui testam. fac. poss. Thom. Gramm. consil. 12. n. 25. idem in decisionib. Neapolitanis dec. 73. n. 38. Hippolyt. de Marsil. sing. 380. [illegible] referens Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 3. n. 51.*

101 Quod porrò dictum est, furiosum non habere consensum: ei neutiquam obstat Ulpiani responsum *in l. 2. §. voluntatem vers. & Julianus. &c. ff. solut. matrim.* ubi filia furiosa accommodat voluntatem suam patri, ut soluto matrimonio experiatur & agat, de recuperanda dote: qui intentare actionem sine filiæ consensu non posset, *ut patet ex d. l. 2. §. 1. vers. denique pater, &c.* Ergo filia furiosa consensum habet. *Hoc, inquam,* responsum neutiquam obstat. Quia quemadmodum lex fingit eum, qui ab hostibus redit, captum non fuisse, contra veritatem. *l. post liminii 5. §. 1. l. retrò 16. & p. [illegible] ff. de captivis, & postlim. revers.* ita lex filiam furiosam consentire fingit, utilitatis causa: quæ tamen propter furorem non consentit, ne tacitè quidem. Necessaria autem ideo videtur ista fictio esse: quoniam

102 alter filiæ consuli commodè non potest. Neque enim curator, cujus voluntatem pater requirat, illi potest dari: cùm pater ipse filiæ, quam in potestate habet, sit loco curatoris, *l. ult. in princ. C. de curatore furiosi. Sed videantur Bart. n. 4. & Duarenus ad d. l. 2. §. voluntatem ff. solut. matrim. itemque Petr. Augustin. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 71. ubi & aliorum resolutiones adducit.*

103 Nihil quoque obstat hoc argumentum: Filius & servus in potestate patris & domini constituti, nequeunt sine eorum jussu adire hereditatem: ne aliàs pater & dominus inviti, æri alieno, quod ex hereditatis aditione contrahitur, obligentur, *l. qui in aliena 6. & l. si quis mihi 25. §. jussum 4. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Atqui servus furiosi, & ejus filius adire hereditatem possunt, *l. furiosus 63. ff. eod.* Ergo furiosus consensum aditioni, per servum vel filium suum factæ, præbere potest. Nihil, *inquam,* obstat hoc argumentum. Quoniam dominus furiosus non accommodat filio vel servo voluntatem sive assensum, ut hereditatem adire queant. Filius siquidem furiosi eam adit voluntate suâ, perinde ac si paterfamilias esset. *l. cum heres 25 in princ. ff. de acq. vel omitt. hered.* Servus verò non adit jussu furiosi, sed curatoris illius, Morla *d. t. 9. in præmiss. n. 74.*

Minus refragatur *l. in eo jure 45. §. deinde ait lex. 5. ibi,* 104 *rectius enim hic invitus dicitur, quàm qui dissensit ff. de ritu nupt.* ubi dum Ulpianus furiosum appellat invitum sive nolentem, non obscurè eum voluntatem ac consensum habere indicat: cùm ejus sit nolle, qui potest velle, juxta tritam juris regulam, *l. 3. ff. de reg. jur.* Nam illic patronus accipitur invitus, qui ex se, & per se non consentit. Unde cùm furiosus, seu ignorans non possit consentire in effectu: invitus dicitur, & quidem magis sive rectius invitus quàm qui dissentit, quandoquidem hic mutatâ voluntate statim consentire potest: ille verò in statu furoris & ignorantiæ nullo modo consentire potest. Nihil quippe tam contrarium est consensui, quàm error 105 & ignorantia *l. si per errorem 15. ff. de jurisdict. l. omn. judic. l. 2. in pr. ff. de judic. l. nihil consensui 116. ff. de reg. jur.*

Præterea non adversatur hæc argumentatio: Naturalis 106 obligatio ex nudo consensu perficitur, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. ff. de solutionib.* At furiosus naturaliter obligatur: quia pro eo fidejussor (qui omni obligationi accedere potest. *§. 1. suprà de fidejussorib. l. 1. ff. eod.*) utiliter intercedit *l. Marcellus 25. ff. de fidejussorib.* Igitur furiosus consentit. Non, *inquam,* hæc argumentatio adversatur. Etenim, variis aliorum explosis traditionibus, *secundum Morlam d. tit. 9. in præmiss. n. 81.* distinguendum est: quòd duplex sit obligatio, alia, quæ ex re ipsa ducitur; alia, quæ ex consensu suboritur. Exempla obligationis, quæ inducitur 107 re ipsa, referuntur à Paulo Jurisconsulto *in l. furiosus 46. ff. de oblig. & act.* veluti si habeas mecum communem, reficit ejus communem parietem: atque ita in rem meam impendit: vel si furiosus patri naturaliter & civiliter obligato, suus & necessarius heres exstitit, ideoque eo opus non fuit ut hereditatem acquireret auctoritate curatoris. His casibus, ubi non ex consensu, sed ex re obligatio inducitur, rectè obligatio in furioso cadit, *ut apparet ex d. l. furiosus* pro quo & fidejussor obligatur, *per textum in l. si a reo 70. § si à furioso 4. ff. de fidejussorib.* ubi distinctio 108 ista satis comprobatur, secundùm quam intelligenda est *d. l. Marcellus 25 [illegible] ff. eod.* ut exaudiatur eo de casu, quo fidejussor potest obligari, id est, quando obligatio inducitur re ipsa. Longè autem secus est in obligatione, quæ proficiscitur ex consensu: in qua furiosus ne quidem naturaliter obligatur, *l. is cui bonis 6. ff. de verb. oblig. ubi vide Cujac. & Duaren. item Bronchorst. cent. 4. [illegible] assert. 55. nec non Francisc. de Caldas in l. si curatorem habens 3. verbo cum non absimilis n. 23. C. de in integr. restit. minor.* Eadem de re vide quoque Hunnium *in resol. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. qu. 12. pag. 133. & seq.*

Planè cùm ex prædictis evidentissimè constet, emptionem 109 & venditionem absq; libero & mutuo contrahentiū consensu celebrari haud posse: ex eo deprehendere promptum est quòd nemo invitus cogi queat rem vendere aut emere, ne quidem à Principe *l. ex quasi Publicianam 70. ff. de rei vindicat. l. non enim æquum 9 ff. de act. rer. amotar. l. id quod nostrum 11. ff. de reg. jur. l. invitum 11. l. in vendentis 13. & l. dudum 14. C. de contrah. empt. l. nec emere 16. C. de jure deliber. l. invitos 11. C. de locato l. nemo exterus 9. C. de Judæis l. possessores 12. C. de fundis patrimonialib.* Hancque 110 assertionem non infringit *l. si cui legetur 49. §. penult. & ult. item l. & si æquo precio 66. ff. de legat. 1.* quibus in locis expressum est, quòd heres fundum vendere cogatur. Nam ideo heres ibi compellitur fundum vendere legatario: quia testator damnaverat heredem, ut ei fundum venderet. Et si heres jussus vel damnatus est, ut vendat fundum certo viliori precio: utile est legatum, & emolumentum adfert legatario: heresque necesse habet tanti vendere, quanti damnatus est, *d. l. si cui legetur 49. §. fin. ff. eod.* Quòd si heres damnetur vendere simpliciter: intelligitur damnatus vendere justo precio, *d. l. 49. §. penult.* Quòd si verò damnetur sive jubeatur vendere justo & æquo precio: nihilominus legatum utile erit: quoniam plerunque legatarii interest eam rem habere, vel vicinitatis causa, vel quia fuit majorum suorum, vel alia de causa. *d. l. & si æquo 66. ff. de legat. 1.* Sed & observandum est: 111 non

Digitized by Google

non cogi absolutè & simpliciter heredem rem aliquam emere vel vendere: cùm repudiare possit hereditatem; eáque repudiatâ evitare necessitatem subeundorum onerum hereditariorum, sibique à testatore impositorum, ut & legatorum præstandorum. Quòd si vero heres adierit hereditatem: tenetur quidem morem gerere defuncto, & voluntatem ejus adimplere: atque ad hoc ex aditione hereditatis obligatur: sed obligatur volens, non invitus: quia hereditatem non nisi voluntate suâ adit. §. *item extraneus* 7. *supr. de hered. qualit. & differen.* Hereditatem adeundo simul omnia commoda & incommoda hereditaria; ac proinde etiam onera legatorum voluntate suâ suscipit, *l. 1. & 3. ff. de bonor. possessionib.*

112 Unde dicitur heres videri contrahere, cùm hereditatem adit, *l. 3. in fine & l. seq. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* Volens ergo, *ut dictum*, obligatur heres, ut emat, vel vendat, non invitus. *D. Hunn. d. resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. q. 19. p. 144.*

113 Eandem conclusionem non debilitat *l. communi dividundo 7. §. ult. ff. commun. divid. & l. Julianus 13. §. idem Celsus 17. ff. de action. emt.* ex quibus evincitur, quòd invitus quis partem fundi comparare sive emere compellatur. Emptor enim in casu istarum legum [illegible] partem alteram fundi emere cogitur; quia venditor suam partem antea ideo vendiderat, quòd in fundi communione
114 amplius esse nollet. Communio quippe mater discordiarum [illegible], *l. cum pater 7. §. [illegible] 20. in fin. ff. de legat. 2. l. [illegible] 26. ff. de [illegible]. [illegible] 34. §. [illegible] communione. C. de don. [illegible].* Proindeque si conveniat, ne unquam divisio [illegible] pactum sive conventionem nullas [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] 14. §. si [illegible] *ff. communi divid.* [illegible] judex [illegible] pars fundi venditori obvenerit: illam emptor invitus emere cogitur, actionem empti ad partem, quam emit, non habet, *d. l. communi dividundo 7. §. ult. ff. d.*
115 *tit.* Quin & emptor in specie objectarum legum etiam partem, venditori adjudicatam, à [illegible] volens emisse intelligitur, seu volens se obligasse in id, ut eam quoque adjudicatam partem acciperet. Etenim cum emptor aliquid emit: obligatur non tantùm ut commoda; sed etiam omnia incommoda, ex re emptâ profectura, suscipiat, §. *cum autem 3. infr. h. t.* At cum pars socii adjudicatur venditori: hæc adjudicatio est ex beneficio & incommodo partis venditæ, *d. l. 7. §. ult. vers. nam & si partem ff. communi divid.* Proinde hanc partem adjudicatam emptor accipit volens: quia se in id primò volens obligavit; non autem invitus, nisi ex post facto. Præterea attendendum est: in specie propositarum legum emptorem cogi partem venditori adjudicatam accipere, non ut emptam, sed ut rei emptæ accessionem: ideoque non posse dici, eum invitum istam partem emere, quam simpliciter non emit. Accipit igitur invitus, sed eodem modo, ut partem à se emptam acciperet, in quam scilicet consensisset. Et ut in principalem rem consentit: sic & in ejus rei accessiones consentisse censetur. *Hunn. dicto loco.*

116 Rursus non evertit pronunciatum nostrum *l. deprecatio 9. ff. ad l. Rhod. de jact. & l. ult. C. de quadrien. præscript. cum similibus*: in quibus traditur, Principem rerum & bonorum totius mundi universalem dominum esse: ac proinde de bonis privatorum pro arbitrio suo disponere, & consequenter aliquem invitum ad venditionem rerum compellere posse. *Etenim* Princeps sive Imperator dicitur totius mundi dominus, quoad defensionem, protectionem & generale imperium: sed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum privatarum. Ideoque quæ privatus quisque possidet, Principis sunt nudo imperio; singulorum verò, proprietate ac dominio. *Cuj. ad l. item, si verberatum 15. n. 6. ff. de rei vindicat. Pruckman. in tr. de regalib. §. soluta potestas c. 3. nu. 117.* Et hanc rem uberrimè explicui suprà *ad pr. tit. de rer. div. n. 112. & aliquot subsequentib.*

117 Adhæc minimè enervat decisionem præfatam *l. 2. C. de communium rer. alienat.* ubi ab Imp. Antonino rescriptum est: valere venditionem, si fiscus rem communem, invito socio, alienavit. *Siquidem* cùm à privato res communis alienatur sive distrahitur: alteri socio in emptorem competit rei vindicatio, per quam partem suam evincit: &, parte evictâ, datur emptori in venditorem actio ex empto in id, quod interest, *l. un. C. eod. t.* Verum ab hac sententia fiscus, ut faciliùs emptorem inveniat, excipitur: qui rem communem, invito socio, licitè alienat: tuncque socio pars precii servatur, quam petit actione utili ex vendito, quasi ipse vendidisse videatur, quod fiscus vendidit. At rem ipsam socius ab emptore nullo modo revocare potest, *l. 2. C. d. t. & l. un. C. de vend. rer. fisc. cum privatis communium lib. 10.*

Haud quoque effatum nostrum imminuit, §. 2. *v. sed* 118
& major asperitas sup. de his, qui sui vel alieni jur. sunt, & l. 2. ff. eod. ubi disertè disponitur, quòd domini, qui asperiùs tractant servos suos, eos vendere cogantur. *Invitus* namque rem suam distrahere nemo cogitur, sine justâ videlicet & probabili causâ. Cæterùm si probabilis & justa causa fuerit, utilitasque publica postulaverit: ad vendendam rem suam justo precio quisque adigi poterit, *d. §. 2. vers. expedit enim Reipublicæ, &c. arg. l. 2. ff. de nundin. l. si quis sepulchrum 12. in princ. ff. de religios. & sumpt. funer. l. un. §. hæc autem omnia 14. vers. sed [illegible] communiter Cod. de caduc. tollend. l. venditor. 13. §. 1. ff. communia prædior. l. [illegible] C. pro quib. caus. servi pro præmio libertatem accip. & l. [illegible] 3. C. de primipilo, [illegible] Roncin. d. tract. de contractib. & restit. disp. 3. q. 2. [illegible] 2. [illegible] 28. p. 388.*

Nostrum denique dogma infirmat neutiquam *l. 1. C. de* 119
[illegible], ubi cum statuitur, quòd providere debeant [illegible], ne negociatores sive mercatores ultra justum [illegible] vendant res ad victum necessarias: inde [illegible], cogi posse mercatores, ut ea, quæ ad victum [illegible] justo precio vendant. *Nam regulariter* [illegible] ad res [illegible] vendendas cogi nequit: verùm inter cæteros [illegible] excipitur casus, quo Respublica vel cives [illegible] laborant. Tunc enim licet mercatores res victui necessarias venales non exponant: tamen compelli possunt [illegible] vendendum justo & moderato precio, à Principe vel Magistratu delimito: ne quis res, ad victum [illegible] hominum perquàm necessarias, gravissimo precio pro libitu vendat, adeoque pauperes in summa necessitate positos nimium exhauriat. Huc quoque conferunt *l. 1. §. cura carnis 11. ff. de officio præfecti urb. & l. 2. in princ. C. ut nemini liceat in emtio. specier. se excus. Mynsinger. cent. 5. observat. 27. Bronchorst. cent. 2. [illegible] assert. 63. edit. 2. Borcholt. part. 2. disp. de contract. empt. [illegible] 14. pag. 465. & 468. Henon. disp. [illegible] controvers. 4. Pfeil. consil. 190. Lud. Molina tract. 2. [illegible] 341. Petr. Gregor. Tholosan. in syntag. jur. lib. 36. c. 30. n. 4. 10. & seqq. Tiber. Decian. in tract. crim. lib. 7. cap. 22. n. [illegible] & seqq. Gomez. lib. 2. var. resol. cap. 2. nu. 51. Petr. August. Morla in empor. jur. utriusque part. 1. tit. 9. q. 1.* Et huc spectant, quæ docuimus infra *ad §. sunt præterea 11. n. 22. & aliquot sequentib. tit. de public. judic.* Quamvis non desint, qui autumant, cogi posse ali- 120
quem tempore necessitatis vendere rem, etiam minus justo precio. *Bartol. in d. l. 1. §. cura carnis ff. de offic. præfecti urb. huncque referens Fabian. de Monte in tract. de empt. & vend. 3. qu. princip. n. 40. per l. 2. §. 2. ff. ad leg. Rhod. de jact.* Idque commune placitum ait Benedictus de Capra *reg. 87. n. 21.* Eadem de re videatur Ant. de Petra *in tract. de potest. Princip. in 7. quæst. princip. declarat. 7. casu 14.* eumque referens Dn. Georgius Acacius Enenkel. *lib. 3. de privil. c. 6. num. 27. & seqq.* Itemque Petrus Francisc. Linglois *decis. Justin. 15. quæst. 9. fol. 166. ubi plures casus recenset, quibus aliquis rem suam vendere cogitur.* Adde Doct. Mattam *tom. 3. digestorum novissimor. tit. emptio c. 80. & seqq. fol. 125.* nec non D. Besoldum *in delibatis jur. ex libr. 18. ff. qu. 1. pag. 13. & seq.*

Bellè & convenienter hîc quæri potest: ecquid vendi- 121
tio, inter Medicum & ægrotum sive infirmum periculosi morbi tempore contracta, valeat? Et cùm ægrotus timore mortis & impressione quadam potius, quàm liberâ voluntate contraxisse censeatur, contractum istum haud subsistere, non malè docuit Hieronymus Treutler. *vol. 1. disput.*

disput.28.thes.3.sub lit. b. citano ad hoc Alciatum lib. 2. Parerg. c. 39. Hæcque sententia probatur per manifestum textum *in l. si Medicus 3. ff. de var. & extraord. cognit.* ubi Ulpianus hunc in modum respondit: *Si Medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit; ut ei possessiones suas contra fidem bonam æger venderet: incivile factum Præses Provinciæ coerceat, remque restitui jubeat.* Accedit textus *in l. archiatri 9. Cod. de Professorib. & Medicis.* ubi Impp. Valentinianus & Valens rescripserunt: Archiatros ea posse accipere, quæ sani offerunt pro obsequiis, non ea, quæ periclitantes pro salute promittunt. Facit quoque huc non
122 parùm *l. quisquis 6. §. præterea 2. C. de postulando.* Quâ lege quemadmodum prospectum est, ne durante lite inter Advocatum & clientem ullus contractus aut pactio fiat: ita & inter Medicum & ægrotum statuendum esse videtur; ne propter vitæ periculum, quod ægrotus metuit, contractus aliquis ab illis ineatur. Ex quibus omnibus satis elucescit: venditionem gravioris morbi tempore inter Medicum & infirmum contractam, planè irritam
123 nullamque esse. Facit etenim actum nullum, qui facit contra legem prohibentem, *l. jubemus 10 C. de sacrosanct. Eccles. l. non dubium 5. C. de legib. Decius consil. 502. Alberic. Gentil. lib. 4. de nuptiis c. 7. late Alex. Trentacinquius lib. 1. resol. variar. Resol. 1. de legib. n.3.& seqq.* Eoque conferunt, quæ tradidit Bachovius *in suis notis ad d. vol. 1. Treutler. disp. 6. th. 7. lit. C. pag.* 247. Sed videantur *Panormitanus in c. quia plerique 8. nu. 34. de immunitate Ecclesiar. Antonius de Burgos. in c. cum causa 6. n.25. de empt. & vendit. & cum aliis, à se allegatis Fachinæus lib. 2. controvers. jur. c. 25.* Qui communem dicunt esse sententiam; quòd venditio ab infirmo ipsi Medico facta, rescindatur officio judicis, quantumvis ultra dimidium læsio non intervenerit. Vide tamen in contrarium probabiliter disputantem Hunnium *in resol. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. quæst. 18. pag.* 143.

124 Enimverò reperiuntur nonnulli, qui licèt consentire valeant; tamen emptionem & venditionem inter se contrahere nequeunt. Primò enim aperti juris est, inter patrem & filiumfamilias emptionem & venditionem contrahi non posse: nisi de castrensibus, vel quasi castrensibus (in quibus filiusfamilias habetur loco patrisfamilias, *l. 2. ff. ad Senatusconsult. Macedon.*) & adventitiis bonis, in quibus pater usumfructum non habet, *l. 2. in princ. ff. de contrah. empt. l. ult. §. ipsum autem filium 5. vers. filius autem familias C. de bonis, quæ liberis, &c. Bartol. in l. frater 38. n.50. ff. de condict. indeb. Gomez. tom. 2. variar. resolut. c.2. n.*. Ratio autem, cur inter patrem & filium iste contractus iniri nequeat, videtur potissima esse illa, quam Paulus Jurisconsultus (tametsi in alio casu) reddit: quoniam nimirum natura rei sit impedimento: quòd non magis cum his, quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi, agere possimus, *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt. Vult. in hoc princ. n.60.* Eaque de re eleganter dissertat Illustris Dn. Georg. Acac. Enenkel. *in tract. de privil. parent. & liber. privil. 5. n. 1. & 13.* nec non Hunnius *d. resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. pag. 135.*
125 *& seqq.* Secundò tutor & pupillus, itemque curator & adolescens emptionis & venditionis contractum inter se inire non possunt, *l. si in emptione 34. §. ult. ff. de contrah. empt.* Nisi vel auctore contutore aut concuratore, vel palàm & bona fide, veluti justo precio & quidem ex comprobatione judicis atque conjunctorum, de necessitate contractûs, & commodo pupilli vel adolescentis deliberantium, emptio & venditio de his, quæ distrahi possint, perficiatur, *l. pupillus 5. §. item ipse tutor. & §§. seqq. ff. de auctor. & consens. tutor. & curat. l. cùm ipse 5. C. de contrab. empt. & inibi in Rubric. Sichard. n.1. Fürstl. Würtemberg. Landsordnung, pag. 80. tit. Der fahrenden*
126 *Haab, &c, §. Wo auch die Pfleger, &c.* Neque etiam tutor vel curator rem pupilli vel adolescentis immobilem, sine necessitate & decreto Judicis sive Magistratus, vendere potest, *l. non solùm 4. l. minorum 6. l. si minor 15. l. si prædium 16. & tot. tit. C. de prædiis, & aliis reb. minor. sine decreto non alienand. l. lex, quæ tutores 22. C. de administrat. tutor. vel curat. latè Simoncellus in tract. de decret. in contractib. minor. adhibend. libr. 3. tit. 8. Fachin. libr. 3. controvers. jur. cap. 2. & 3.* Tertiò procurator, etiam toto- 127
rum bonorum; & qui negotia gerit aliena, rem ipsius domini, absque ejus speciali mandato vendere nequit, *d. l. si in emptione 34. §. ult. ff. de contrab. empt. l. procurator, totorum 63. ff. de procuratorib.* nisi generale mandatum, cum liberâ plenaque rerum administratione habuerit, *l. procurator, cui generaliter 58. ff. d. tit. D. Collega Bocer. clas. 1. disp. 4. thes. 14. Johan. Suckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 1. ad lit. h. pag. 440. in fine.* Quartò is quoque, qui Provinciam administrat, 128
à provincialibus aliquid emere prohibetur, *l. non licet 46. & l. qui officii 62. ff. de contrah. empt.* nisi perpetuus Magistratus fuerit, *arg. l. præsidis 34 junct. l. principalibus 33. ff. de reb. creditt. si cert. pet. ibique Duaren. cap.* 4. Verum illud hodie non observari, testatur Cacheranus, *decis. 144. nu.* 14 quem refert & sequitur Ortolphus Fomannus *disp. 22. thes. 7. sub lit. c. in fin.* Sed & videatur Bachovius in Notis *ad d. vol. 1. Treutleri. disp. 28. th. 3. lit. A. & B pag.* 1067. itemque idem Hunnius *in suis resolut. ad vol. 2. disp. 2 pag. 140. & seq.* ubi distinctionem illam, inter Magistratum perpetuum & temporalem, reprehendit. Porrò de ementium & ven- 129
dentium personis plenissimè exactissimèque disseruit *Fibrianus de Monte in tract. de empt. & vendit. quæst. 3. princip. per tot. Petrus Nicol. Moz. in tract. de empt. & vendit. sub tit. de personis, quæ possunt emere, vel non pag. mihi 307. cum seqq. & Donellus ad tit. C. quæ res venire non possunt, &c. c. 2.*

§. *Pretium autem.* 1.

Pretium autem constitui oportet: Nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretnè venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit: ut quotiens sic composita sit venditio, *quanti ille æstimaverit*, sub hac conditione staret contractus: ut si quidem ille, qui nominatus est, pretium definierit: tunc omnimodo secundùm ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cùm in venditionibus nobis placuit: non est absurdum & in locationibus & conductionibus trahere.

SUMMARIA.

1 *Pretium unde, & quid dicatur.*
2 *Pretium ad emptionem omnino necessarium.*
3 *Quæ pretii sint nota sive qualitates.*
4 *Quod pretium consistat certum.*
5 *Verba non sunt captanda, sed mens inspicienda.*
6 *Verba secundum subjectam materiam accipienda.*
7 *Conciliatur l. fin. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. cum l. naturalis. 5. §. 1. ff. de præscript. verb.*
8 *Sententia l. planè. 34. §. 4. & penultim. ff. de legat. 1.*
9 *Venditio tritici, vini, vel alterius rei potest fieri pro pretio, quo communiter tales res in foro publico venduntur.*
10 *Utrùm venditio valeat, si inter aliquos ita conveniat, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti empta sit.*
11 *Sensus l. 1. §. 1. ff. de legat. 2.*
12 *Ultimæ voluntates plenius interpretandæ.*
13 *An valida sit emptio, si contrahentes simpliciter dixerint, quòd electi sint arbitri, à quo pretii nomine concordentur, &c.*
14 *Emptio non subsistit, si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium voluntatem conferatur.*

Digitized by Google

15 *Venditio valet, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: hujusque ratio.*
16 *Ex diversis nihil infertur.*
17 *Intellectus l. in personam. 22. §. 1. ff. de reg. jur.*
18 *Num in pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter in vicem se circumscribere.*
19 *Nemo cum alterius jacturâ fieri debet locupletior.*
20 *Jus est ars boni & æqui.*
21 *Quæ circumventio sit licita.*
22 *Societas humana sine contractibus conservari nequit.*
23 *Omnium animus est, vili emere, carè vendere.*
24 *Expositio l. 1. §. 2. ff. de ædilit. edict.*
25 *Ob immodicam læsionem contractus rescinditur.*
26 *Deceptio malitiosa non est, quæ à machinatione & fraude abest.*

1 PRetium, quasi peritium dictum, quòd à solis peritis statuatur, nihil aliud est, quàm materia formâ publicâ percusa, emptionis sive æstimationis causa constituta, *l. 1. in princ. ff. de contrah. empt. & ex Varrone notant Borcholt. ad principium hujus t. n. 1. & Hotomannus hic enunciat. 3. in fine.* De eo autem quatuor præcipuè hoc in titulo Justinianus Imperator affert. I. Emptionem perfici solâ conventione de pretio. II. Nullam emptionem sine pretio esse posse. III. Pretium certum ac determinatum esse debere. IV. Pretium debere consistere in pecuniâ numeratâ. De primo jam supra ad principium 2 tituli hujus expositum est. De secundo & tertio in hoc §. agitur. De quarto dicetur *infra §. sequente.* Pretium igitur ad emptionem omnino est necessarium, *docente hic Justiniano, & Paulo in l. 2. §. 1. ff. de contrah. empt.* Siquidem emptionis substantia consistit ex pretio, *ut rectè inquit Papinianus in l. pacta conventa 72. ff. eod.* Ratio hujus vix alia reddi poterit, quàm quòd ita inter homines propter usum commerciorum receptum fuerit, *d. l.* 3 *1. ff. dicto tit.* Cæterùm duæ pretii notæ & proprietates exiguntur: una, ut sit certum, *de quâ hic*: altera, ut consistat in pecuniâ numeratâ, *de quâ infra §. proximo*: Certum autem pretium opponitur arbitrario, sive potiùs incerto: & cur certum esse debeat, hæc assignari potest ratio: quia incertum perinde est, atque nullum, *ut patescit ex hoc §.* At nullo pretio nulla contrahitur emptio *d. l. 2. §. 1. ff. de contrah. empt. l. empti 9. C.* 4 *eod. Giphan. hic in vers. sed & certum, &c.* Est verò certum pretium, cujus quantitas aut ipso nomine expressa est; aut conveniente aliquâ relatione seu demonstratione designatur, sicque tacitè intelligitur, *arg. l. certum 6. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. ait Prætor 5. §. 1. ff. de judic. l. stipulationum quædam 74. & seq. ff. de verborum oblig.* Ut hic fundus sit tibi emptus centum aureis: vel, hic fundus sit tibi emptus tanti, quanti ego eum emi: vel, emo à te fundum tanti, quantum pretii in arcâ habeo; sive pro eo pretio, quod in arcâ habeo. Hic enim pretium in rei veritate incertum non est: sed magis ignoratur, quanti fundus sit emptus, *l. hæc venditio 7. §. hujusmodi 1. ff. de contrah. empt. Donell. lib. 3. Commentar. de jure civ. c. 1. pag. 133.* Et quanquam Accursius *in d. l. hæc venditio 7. §. 1. in verb. quantum pretii, &c.* ejusque asseclæ argutè scribunt, per verba illa: *pro eo pretio, quod in arcâ habeo,* non emptionem induci, sed contractum innominatum, *per l. fin. ff. de condict. caus. dat. caus. non sec.* contrarium tamen longè probabilius esse reor. Tum quia nulla prorsus differentia est inter illa verba: *quantum pretii in arcâ habeo,* quibus citra ullam hæsitationem contrahitur emptio, *d. l. hæc venditio 7. §. 1. ff. de contrah. empt.* & verba illa: *eo pretio, quod in arca habeo.* Utrobique enim designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arcâ, idque vel communi sensu dictan-5 te. Unde alibi scitè responsum est: non oportere jus civile calumniari; neque verba captari; sed, quâ mente quid diceretur, animadvertere convenire, *l. penult. ff. ad exhibend.* Tum quia verba accipienda sunt secundùm subjectam materiam, *l. si uno (aliàs est l. ex conducto 15. §. 4. vers. sed & si verbo) ff. locati. l. sed si possessori 11. §.* 6 *item si jura vero ff. de jurejur.* Subjecta autem materia postulat, ut verba illa, *eo pretio, quod in arcâ habeo,* quantitatem significent, non verò speciem: præsertim cùm per hanc interpretationem actus sustineatur, *l. quotiens 12. & l. ubi est 21. ff. de reb. dub. l. quotiens 80. ff. de verb. oblig. l. pater. 38. in princ. ff. de legat. 3. cap. Abbate 25. §. hic autem sensus de verb. significat.*

Non obstat *d. l. fin. ff. de condict. caus. dat. causa non secut.* 7 ubi dicitur, quando quis pecuniam alteri dedit, ut sibi Stichum daret, sicque quantitatem non expressit, non esse hunc contractum pro portione emptionis & venditionis, id est, non esse speciem emptionis; sed obligationem ob rem dati, re non secutâ, sive contractum innominatum. *Nam* in casu istius legis contrahentes neque verbo emptionis usi sunt, neque pretii alicujus meminerunt: quemadmodum in proposito themate factum esse constat. Nec solutionem hanc hebetat, *l. naturalis 5. §. 1. ff. de præscript. verb.* ubi licèt idem proponatur casus, qui *in d. l. fin. ff. de condict. caus. dat.* nihilominus tamen emptionem & venditionem contractam esse, respondetur. *Etenim* cùmprimis inspicienda est voluntas contrahentium, & videndum, quid inter eos actum sit. Cùm itaque non appareat, *in d. l. fin. ff. de condict. caus. data.* de emptione quicquam actum esse, ut cùm neque venditionis, neque pretii, neque mercis disertè fiat mentio, quæ tamen duo, tanquam substantialia, in emptione intervenire oportet, *per hunc §. nostrum, & supra tradita*: alium intercessisse contractum, ex contrahentium mente, & conjecturis verisimilibus colligitur: ut si is, qui Stichum habet, nunquam eum sit mihi venditurus, sed tamen facilè donaturus, si aliquid remunerationis loco accipiat. Hoc casu si dictum sit, do tibi hanc pecuniam, si mihi Stichum dederis, nemo affirmaverit, venditionem esse celebratam, sed potiùs contractum do ut des initum. Verùm de conciliatione istarum legum exquisitiùs tractant *Duarenus ad tit. C. de condict. ob causam dator. c. 1. Corasius lib. 2. Miscellan. jur. civ. c. 9. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 36. edit. 2. Vincent. Cabotius lib. 2. disput. jur. c. 29. Petr. August. Morla part. 1. emporii jur. c. 9. in præmiss. n. 23. aliique per eos citati.*

Multò minùs obstitit *l. plane 34. §. sed hoc ita. 4. l. sed si certos 51. & l. si servus legatus 108. §. qui quinque 10. ff. de legat. 1.* ubi si testator centum, quæ in arcâ habet, sæpius legaverit, semel duntaxat legatum debetur: adeòque illa verba; *eo pretio, quod in arcâ habeo,* corpus sive speciem, non autem quantitatem designare videntur. *Illæ* namque leges non de emptione, sed de legatis, in quibus diversa est ratio, loquuntur. Cùm enim testator legat pecuniam, quæ in arcâ est: pecunia corporis locum obtinet: idque hanc evidentem ob causam: ne heres nimiùm oneretur, & eandem pecuniam sæpius præstare teneatur. Ast in contractu emptionis & venditionis pecuniam sive pretium, quod in arcâ est, pro quantitate sumi, ex prædictis clarescit. Et ita sentiunt *Alberic. & Salicetus in d. l. hæc venditio 7. §. 1. ff. de contrah. empt. Fabian. de Mont. in tract. de empt. & vendit. in 5. quæst. princ. n. 34. Johan. Igneus in l. 3. §. si conditione 31. n. 28. ff. ad Senatuscons. Silan. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. Rubr. c. 1. n. 2. & 3. Fachineus lib. 2. controversiar. jur. c. 1. Acacius Ant. de Ripoll. variar. juris resol. cap. 11. n. 13. fol. 329. Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutler. disp. 28. th. 6. lit. D. pag. 1074. & Hænonius Disput. 16. controvers. 7.*

Ex prædictis deducitur & infertur: quòd possit fieri 9 venditio tritici, vini, vel alterius rei, pro pretio, quo communiter talis res in foro publico, tali die, vel tempore vendi solet, *tradente Gomezio tom. 2. var. resol. c. 2. n. 9.* Atque hinc etiam, si inter aliquos ita convenerit: ut quan- 10 ti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta; quæsitum est, utrùm pretium certum sit, an incertum; sive utrum valeat venditio, an non valeat? Et ex veteribus Jureconsultis alii aientem, alii verò negantem sententiam veriorem esse putabant. Verùm Justinianus Imp. eorum con- 11 troversiam adhibito distinctionis fœdere decidit, statuitque: ut subsistat emptio, Titio precium definiente; non subsistat, eo non definiente. Et hæc Imperatoris decisio extat *in l. ult. C. de contrah. empt.* Cui non contradicit Ulpiani responsum *in l. 1. §. 1. ff. de legat. 2.* ubi dicitur, incertam quantitatem non esse, quando legatum in alterius, putà Titii, arbitrium est collatum; nec corruere legatum, Titio non arbitrante: cùm arbitrium pro boni viri arbitrio accipiatur: boni autem viri arbitrium semper

Digitized by Google

per sit certum, nec conditionem habere videatur. *Nam respondendum*: loqui Ulpianum de ultimis voluntatibus, in quibus boni viri arbitrium conditionem non habet. Aliud observatur in contractibus. Etenim qui sub arbitrio Titii contrahunt; illi sub hac conditione, *si Titius ar-*
12 *bitrabitur*, contractum perfici cupiunt. Itaque eo non arbitrante, nihil actum intelligitur, *l. si quis arbitratu 43. ff. de verb. oblig. l. si coita 75. ff. pro socio l. si merces 25. in princ. ff. locati.* Diversitatis ratio hæc est: quia ultimæ voluntates benigniùs pleniusque sunt interpretandæ, quàm contractus. Qui igitur arbitratu Titii relinquit legatum; is legatarium honorare voluisse, & non illud tantùm arbitrium, quod Titius haberet, sed cujusvis alterius boni viri arbitrium considerasse censetur, *d. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. ult. §. 1. Cod. communia de legat. Heigius in hoc §. nostro n. 12.* Vide Vultejum *ad princ. h. t. n. 47.* Broncherst. *cent. 2. ἐναντιοφανῶν, assert. 50. edit. 2.* & Althusium *lib. 1. Dicæolog. cap. 74. n. 23. & seqq. pag. 255.*

13 Sanè non validam esse emptionem verosimilius est: si contrahentes impersonaliter dixerint, sive convenerint; quòd electuri sint tertium, à quo pretii nomine concordentur: vel ut à bono viro pretium declaretur: vel quòd postea motu animi sui circa pretium concordare velint. *Sie wællen sich dess Kauff-Schillings halb hernach verglei-chen*: vel ut res empta maneat justo pretio, seu pro pretio, quod justum declarabitur. *De quibus, & similibus casibus videantur Pinelus in d. Rubr. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. n. 4. cum multis seqq. Farhinaus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 1. D. Bocer. clas. 2. disp. 3. th. 60. & seqq. edit. 2. & in hoc tit. n. 147. p. 384. Eman. Soarez in thesaur. recept. sent. in verb. emptio n. 132. Hænon. d. disp. 16. controvers. 8. & 9. nec non Suckius part. 1. Exercita. Ju-*
14 *stin. decad. 12. assert. 2. lit. b. p. 443.* Similiter non valet emptio & venditio: si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium voluntatem conferatur; putà quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum. Hujusque ratio facilis est: quoniam hoc negocium est sine obligatione: cùm possit emptor æstimare, vel non æstimare, & rem habere emptam, vel non habere, *l. quod sæpe 35. §. 1. ff. de contrah. empt. l. in vendentis. 13. C. eod. Vultejus ad princ. hujus tit. n. 48. Morla in emporio jur. part. 1. tit. 9. qu. 9. n. 8. Linglois decis. Justin. 15. qu. 21 fol. 152. Knipschildt exerc. Acad. 8. qu. 8. p. 296.*

15 Nec hanc assertionem destruit, quod indicatur *in hoc §. & d. l. ult. C. de contrah. empt.* venditionem valere, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii, hicque pretium definierit: ac proinde idem pretium in arbitrium alterius contrahentium, conferri posse. *Respondetur* enim, hæc longè diversa esse: quia in personam tertii seu extranei ideo potest collocari æstimatio sive definitio pretii: quoniam verisimile est, tertium istum statuturum esse pretiū æquum & moderatum: at non æquè probabile est, alterutrum contrahentium pretium æquum, sed potiùs sibi
16 maximè commodum arbitraturum. Cùm itaque utrobique diversa sit ratio: nulla inde fieri potest valida illatio, *l. Papinianus 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt ff. de verb. oblig. & simil.*

17 Neque etiam eandem assertionem infringit *l. in personam 22. §. 1. ff. de reg. jur.* ubi generaliter probandum dicitur: ubicunque in bonæ fidei judiciis quid confertur in arbitrium domini, hoc est, contrahentis, pro boni viri arbitrio id habendum esse. *Regula* namque illa accipienda est eo de casu, ubi adminicula contractûs in arbitrium alterius ex contrahentibus conferuntur. Accidentalia siquidem venditionis conferri possunt in arbitrium contrahentium, & tunc recurritur ad arbitrium viri boni, sive quis nullo modo arbitretur, sive arbitretur, sed iniquè. Unde subsistit hæc venditio: *Vendo tibi servum, si rationes arbitrio meo sive domini reddiderit.* Quæ conditio non inutiliter adjicitur emptioni, & pro eo habetur, ac si viri boni arbitrium in emptione comprehensum esset *l. hæc venditio 7. in princ. ff. de contrah. empt.* Sic in societate constitutio partium lucri & damni, ut & in locatione operis approbatio, in arbitrium contrahentium, tanquam viri boni, conferri potest, *l. societatem 76. & seqq. ff. pro socio l. si in lege 24. in princ. ff. locati*: cùm & sine illis locatio & societas contrahi queat. Cæterum substantialia contractûs, ut pretium in emptione, merces in locatione, in arbitrium contrahentium conferri neutiquam possunt. *Broncherst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 67.* An porrò & quatenus etiam iniquo arbitri arbitrio sit standum: an item eo non definiente, contractus corruat, seu retrò ab initio non valuisse censeatur, *post alios, quos citat*, explicat copiosè Hunnius *in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 41. pag. 188. & seqq.*

Quæri hic forsan non intempestivè poterit: utrùm in 18
pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter invicem se circumscribere & circumvenire? Et naturaliter, id est, ex jure gentium & naturâ contractûs licere, legibus expressum est, *l. in causæ 16. §. penult. ff. de minorib. l. item si pretio 22. §. fin. ff. locati l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. & l. si heres 3. in princ. ff. ad leg. Falcid.* Nec obstat, 19
quod objectatur; contra naturam esse, quenquam cum alterius damno & jacturâ fieri locupletiorem, *l. nam hoc naturæ 14. ff. de condict. indeb. l. jure succursum 6. in fin. ff. de jure dot. l. jure naturæ 206. ff. de reg. jur. c. locupletari 48. eod. in 6.* & contra justitiam commutativam illud esse, quæ æqualitatem in re & pretio exigit, *docente Aristotele lib. 5. Ethic. c. 5. & 1. politicor. cap. 6.* item contrariari præcepto juris, quod alterum lædere prohibet, *§. juris 3. sup. de just. & jur. l. justitia 10. §. 1. ff. eod.* nec non auctoritati sacrarum literarum. Sic enim disertè D. Apostolus Paulus *ad Thessalonicens. c. 4. v. 6.* scribit: *Ne quis circumveniat in negocio fratrem suum: quoniam vindex est Dominus de his omnibus.* Et idem Apostolus *1. Corinth. 6. v. 8. & 9.* ait: *Injusti veluti qui damnum inferunt fratribus, regni Dei hereditatem non consequentur.* Hæc, *inquam*, & similia non obstant. Nam circumscriptio & circumventio sive læsio illhæc nequaquam eò usque extenditur, quasi & fraudare & decipere & lædere dolosè aut malevolè alium permittatur. Jus quippe nostrum (quod est ars boni & æqui, 20
definitore Celso in l. 1. in princ. ff. de justit. & jur.) nihil quicquam magis, quàm dolum malevolumvè deceptionem, aversatur, *l. 3. §. ult. ff. pro socio l. & eleganter 7. in princ. ff. de dol. mal. l. si quis cum aliter 36. ff. de verb. obligat. & similibus.* Deceptio igitur seu circumventio 21
ea tantùm hîc intelligi debet, quæ citra fraudulentum contrahentium consilium, aut grandem jacturam, re ipsâ & incuriâ ipsorum contingit: quæ ut licita sit; naturalis, hoc est, juris gentium ratio exposcit. Nec siquidem 22
sine contractibus magis humana societas poterit conservari, quàm si esum potumque ei subtraxeris, *arg. l. 1. ff. de contrah. empt.* At circumventionem illam si sustuleris: contractuum vigorem, & commerciorum frequentiam ut tollas, adeòque civilem societatem perturbes, necesse est. Quotus enim quisque si exacta ista & mathematica pretii æqualitas ita anxiè & scrupulosè observanda foret, contractus iniret, aut commercia frequentaret? Quis facilè rem suam per emptionis & venditionis contractum communicaret, si paulò majori vel viliori pretio emptionem protinus rescindendam diceres? Hic etenim 23
omnium est animus, vili emere, carè vendere: cùm emptor quidem vilius comparandi, venditor verò carius distrahendi voto semper tangantur, *d. l. si voluntate 8. ibi. & quod emptor viliore comparandi, &c. C. de rescind. vendit.* Unde & jure canonico contractus, in quo deceptio intra dimidium justi pretii intervenit, toleratur, *c. cùm dilecti 3. de empt. & vendit.* Et meritò sane. Aliàs namque nulla conventio securitatem præstaret: neque ullus litium esset finis: quod jura maximè abhorrent & execrantur, *l. singulis 6. ff. de except. rei judic. l. item si res 4. §. 1. ff. de alienat. judic. mutand. caus. facta l. quidam existimaverunt 21. in fin. ff. de reb. credit. l. 1. §. inde quæritur 10. ff. de oper. novi nunciat. l. properandum 13. in princip. C. de judic. initio tit. infr. de pœna temerè litigant.*

Nec ei, quod dictum est, permittendam esse cir- 24
cumventionem re ipsa contingentem, repugnat Ulpiani responsum, asserentis: nihil interesse emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate, *l. 1. §. 2. ff. de*

ff. de ædil. edict. Quod enim Ulpianus ait, nihil interesse; ignorantiâ, an calliditate fallatur emptor: ita accipiendum est; modò deceptio illa circa rem ipsam, non verò circa rei precium, versetur; ut ex ipsa formulâ ædilitii edicti enitescit. Nam circumventio illa, quam in contractu emptionis sustineri posse diximus, nihil aliud, quàm pretii excessum aut defectum aliquem spectare debet: alioqui dolo quaquâ ratione interveniente, vel nullus contractus redditur; vel de dolo, aut etiam ex eodem contractu, actione circumscripto succurritur, *d. l. & eleganter 7. in princ. & §. ult. & l. servus 20. in fin. & l. cum à te 25. ff. de dol. mal. ex empto 11. §. si quis virginem 5. & l. Julianus 13. §. si venditor 4. ff. de actionib. empt. l.*
25 *si dolo 5. C. de rescind. vendit.* Quin etsi dolus malus non intervenerit; tamen ob immodicam, pretii defectûs excessusvè ratione, læsionem, contractus rescinditur, *l. penult. ff. de rescind. vendit. & l. 2. C. eod.* Illud ergo, quod quis cautius avidiùsque in contrahendo jure suo utens lucrum captat; quamvis lex circumscriptionem appellitet, *d. l. in causa 16. §. pen. ff. de minorib. & d. l. item si*
26 *pretio 22. §. ult. ff. locat.* haud aliter tamen, quàm dolus bonus sive solertia quædam dici poterit; cùm hæc non iniqua sit & maliti[illegible] deceptio, quæ à machinatione & fraude abest, *l. 1. ff. de dol. mal.* Sed videantur eâ de re *Molinæus in tract. de usur. quæst. 15. n. 170. cum seq. Oldendorp. class. 4. act. 1. tit. quid veniat in has actiones §. permittunt pag. 482. Covarruv. lib. 2. variar. resol. c. 3. n. 2. Gaspar Rodericus in tract. de annuis & menstruis redditib. lib. 1. quæst. 11. n. 5. cum seqq. Petr. Augustin. Morla in empor. jur. part. 1. tit. 9. [illegible] Arumæus Exercitat. Justin. 14. th. 5. Joan. Robert. lib. 3. senten. jur. c. 12. circa fin. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. [illegible] Ant. Fab. in error. pragm. decad. 9. error. 1. Celsus Bargalius in tract. de dolo libr. 2. cap. 2. tit. de dolo [illegible] pag. 158. & 167. [illegible] class. 2. q. 13. [illegible] vol. 1. disp. 19. th. 3. q. 9. pag. 1757. & vol. 2. [illegible] pag. 124. Petr. Gregor. [illegible] 21. [illegible] c. 13. n. 2. [illegible] Franz. [illegible] rendâ lib. 1. controvers. [illegible] pag. 47. [illegible] Academ. [illegible] p. 23. Marstaller. in dissertat. de divitiis part. 3. c. 14. pag. 227. aliique plures, ab illis cumulati.* Quibus addendus est Dn. D. Andreas Osiander, Universitatis hujus Cancellarius cum dignissimus, Affinis meus perhonorandus, *in d. c. 4. ad Thessal. v. 6.* ubi ex D. D. Hunnio, eximio illo Theologo notat: quòd Paulus *allegato loco* negocia & contractus Thessalonicensibus concedat: dummodo sibi à violentâ oppressione & defraudatione aliorum temperent. In quæstionem & illud non infestè vocatur: utrum sit tutus in conscientia, qui emit nummo aureo gemmam à rustico ignaro valoris gemmæ, protestans, se nolle plus dare, etiamsi gemma mille aureos valeat, seque velle excessum retinere titulo donationis? Et eum non esse in conscientiâ tutum, haud absque ratione respondetur. Tum quia sicut res non potest pluris vendi, quàm valeat: ita neque potest minoris emi, invito venditore. Tum quia rusticus involuntariè donat, cùm ignoret gemmæ valorem: ad validam autem donationem requiritur perfecta voluntas. Secus dicendum est, si uterque valorem ignoret, & emptor cum dicta protestatione emat gemmam uno aureo. Tunc enim uterque init contractum sortis seque periculo exponit lucri & damni. Contractus autem sortis licitus est: cùm uterque contrahens æquali periculo sese exponat. Ita, *post Molinam, Valentiam, Rebellum, & alios,* concludit Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & restitut. disp. 3. quæst. 2. punct. 4. n. 6. pag. 398.*

§. *Item pretium* 2.

Item pretium in numeratâ pecuniâ consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur: veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse posset. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere. Unde illud est, quòd vulgò dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse: argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Id est:

Hinc sibi certatim gentis de more comati
Vina parant Graij ære dato, fulgenteque ferro,
Tergoribusque, bobus sed & ipsis, mancipiisque.

Diversæ scholæ auctores contrà sentiebant: aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse. Nam utramque videri & venisse, & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractûs à venditione separatam, meritò prævaluit: cùm & ipse aliis Homericis versibus adjuvaretur, & validioribus rationibus argumentaretur: quod & anteriores divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latiùs significatur.

SUMMARIA.

1 *Pretium an in pecuniâ numeratâ consistere deberet, inter veteres Jurisconsultos non conveniebat.*
2 *Homeri magna semper fuit auctoritas.*
3 *Permutatio quibus modis differat ab emptione.*
4 *Res aliena vendi potest.*
5 *Si quis alteri certâ pecunia quippiam vendat, & postea inter eos conveniat, ut pro pecuniâ aliud quid præstetur, emptio subsistit.*
6 *Cujusque negocii principium maximè inspiciendum.*
7 *Si ex unâ parte res, ex alterâ res & pretium simul detur; qualis contractus sit, distinctione explicatur.*
8 *Quoties de nomine contractus ambigitur, danda est actio præscriptis verbis.*
9 *An is, qui vendere promisit, pretioque accepto rem tradidit, nullâ tamen venditione facta, dominium rei in accipientem transtulerit.*
10 *Emptio & venditio solo contrahentium consensu perficitur.*
11 *Ex factis voluntas perinde elucet, ac ex verbis.*
12 *Promissio de vendendo an & quatenus sit venditio.*
13 *Nudâ traditione non transfertur dominium.*
14 *Ecquid res ab aliquo empta ex pecuniâ meâ ad me pertineat.*
15 *Res, ex dotali pecunia a marito comparata, marito acquiritur.*
16 *Mens & intellectus l. res, quæ 54. [illegible]*
17 *Pretium, ex re furtiva redactum, non est furtivum.*
18 *Consideratio l. si, ut proponis. 8. C. de rei vindicat.*
19 *Fundus, communi nomine emptus, an & quatenus sit communicandus.*
20 *Res empta ex pecunia mea, ad hoc specialiter mutuata, regulariter mihi obligata non est.*

PRimam pretii qualitatem seu notam, ut videlicet id certum sit, *suprà §. proximo* exposuit Imperator: hîc subjungit alteram, ut in pecuniâ numeratâ consistat. 1
De hac inter diversarum, in jure civili sectarum auctores, Sabinianos scilicet & Proculianos, non levis erat disceptatio. Sabiniani namque existimabant, non solùm in pecuniâ numeratâ, sed etiam in aliâ re pretium consistere posse: & duobus potissimùm adjuvabantur argumentis. Primum erat petitum à proverbio, quòd vulgò jactabatur: permutatione rerum emptionem contrahi, hoc est, emptionem fieri rebus inter homines permutandis & communi-

Digitized by Google

2 municandis. Alterum ab auctoritate Homeri & antiquitate erat desumptum, quo probare conabantur, emptionem apud veteres etiam aliis rebus, quàm pecuniâ, fuisse factam; Homerus quippe refert *lib.7. Iliad. circa finem.* Græcos vinum emisse ferro, ære, corio, bobus, mancipiis, &c. Atque hinc observandum est, magnam semper apud veteres fuisse Homeri auctoritatem, non modò in scholis, sed & in foro, & controversiis civilibus: adeò, ut Solon dicatur aliquando in judicio uno versu Homerico evicisse, Salaminem insulam fuisse Atheniensium: *ut ad verbum notavit hîc Mynsingerus num.9. ex Balduino, cujus tamen nomen, ut alibi non rarò, ita & hoc loco suppressit.*
3 Contra Proculiani statuebant, emptionem non esse permutationem, sed ab eâ multum differre: idque demonstrabant his rationibus. Primùm quia sequeretur, ut non posset discerni pretium à re venditâ, si pretium etiam extra pecuniam numeratam esset: sive quia sequeretur, ut una eademque res esset & merx & pretium: quod est absurdum, *ut hic in vers. nam utramque videri, &c.* Deinde ad perfectionem emptionis res & pretium requiritur, *l.1. in princ. l.2. § 1. l. nec emptio 8. ff. de contrahend. empt.* At permutatio ex iis non consistit: cùm in eâ res à pretio distingui nequeat, *l.1. ff. de rer. permutat. d. l.1. §. penult. fin. ff. de contrahend. empt.* Tertiò, emptionem nudo consensu fieri, certo certius est, *d. l.1. §. ult. ff. d. t. l.2. in pr. ff. de oblig. & act. initio t. sup. de obligationib. ex consens.* Permutationem autem re & facto contrahi, indubitatum est, *d. l.1. §. de rer. permut. l.2. & l. ex placito 3. C. eod. t.* Quartò isthæc sententia etiam aliis versibus Homericis (qui referuntur hic à Theophilo, *ex lib. 6. Iliados*, de celebri permutatione Glauci & Diomedis, & diligentissimè explicantur à Tiraquello *in Comment. de retract. lignagier. §.30. gl.1. n.17. & seqq.*) confirmatur, quibus permutatio ab emptione manifestè distinguitur. Versus autem illi ita se habent:

Ἔνθ' αὖτε γλαύκῳ κρονίδης φρένας ἐξέλετο Ζεύς,
ὃς πρὸς τυδεΐδην διομήδεα τεύχε' ἄμειβε
χρύσεα χαλκείων, ἑκατόμβοι' ἐννεαβοίων.

Id est:

Jupiter eripuit mirè hîc præcordia Glauco,
Qui aurea Tydidæ mutaverit arma vicissim,
Pro factis ex ære, bovesque valentia centum.

Quintò in permutatione res utrinque accipientis fieri, sive dominium utrinque transferri debet: cùm constitui ibi non possit, quid pretium sit, quid merx, *d. l.1. ff. de rer. permutat.* in venditione secus est. Nam emptor quidem cogitur nummos seu pretium facere venditoris: at venditor non tenetur omnino rem venditam dare, hoc est, ejus dominium transferre, sed tantùm tradere, *l. ex empto*
4 *11. §.2. ff. de actionib. empt.* Ideoque rem etiam alienam vendi posse, nulla dubitatio est, *l. rem alienam 28. ff. de contrah. empt.* Et hanc differentiam attigimus suprà *ad principium hujus tit. n.28.* Et de eâdem consulantur *Antonius Faber lib.6. conjectur. jur. civ. c.9. Wesenb. in Paratit. ff. de permut. n.4. & 9. Connanus lib.7. Comment. jur. civil. c.5. n.2. Cujac. lib.23. observat. c.28. & Jul. Pac. cent.5. ἐναντιοφανῶν. quæst.22.* Denique emptio contractus est nominatus, *d. l.1. §.2. in fin. ff. de rer. permut. & explicatum suprà ad principium hujus t. n.12.* permutatio verò innominatus. *D. Vult. lib.1. Jurispr. Rom. c.41. num.10. & seqq.* ubi rationem, cur permutatio dicatur contractus innominatus, cùm tamen videatur nomen habere satis appositum & elegans, acutè reddit: quam & nos secuti sumus *in §. actionum autem 28. infr. de actionib. num.21.* Tametsi Accursius, & Azo, *n.1.* Jason *n.1. & 2.* Sichardus *n.3.* & cæteri *in rubric. tit. Cod. de rer. permutat.* dissentiant. Atque hæc Proculianorum sententia, utpote validioribus rationibus, modò expositis suffulta, & à Jurisconsultis posterioribus & Imperatoribus comprobata fuit, *d. l. 1. §. penult. ff. de contrah. empt. & l. penult. C. de rerum permutat. Vide Hunnium in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst.40. pag.187. Ungepaur. exercit. Justin.12. quæst. 5. pag.454. ed. ult. & Thomam Manlium in tract. de permutat. tit.2. n.5. & 6.*

Hic porrò diligenter notandum: quòd, si quis alteri 5
certâ pecuniâ quippiam vendat, & postmodum inter eos conveniat, ut vel pro pecuniâ frumentum, aut vinum, aliudvè simile, detur; vel venditoris nomine emptor quid faciat: nihilominus emptio contracta reputetur, *l. pretii 9. C. de rescind. vendit. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht, part.2. tit.9. pag.264. §. Und ob Wol, &c.* Ejusque ratio est: tum quia contractus emptionis ab initio rectè constitutus, pacto vel postea, vel etiam in continenti adjecto, non vitiatur, nisi eo pretium penitus tollatur, *l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt.* Tum quia cujus- 6
que negocii principium maximè spectandum: & à primordio tituli posterior formatur eventus, *arg. l. quid ergo 13. ff. de his, qui not. infam. & l.1. C. de imponend. lucrat. descript.* Atque ita sentiunt. *Pinelus ad rubric. C. de rescind. vend. part.2. c.1. n.16. Mozzius in tract. de empt. & vendit. tit. de substatialib. emption. n.13. Heigius in hoc §. n.4. Fomannus disp.22. thes.8. ad lit. c. & Hilliger. in Donello enucleat. lib.13. c.1. lit. k.*

Quid autem dicendum, si ex unâ parte res, ex alterâ 7
res & pretium simul detur & interveniat: eritnè permutatio, an venditio? Hæc quæstio brevissima hac distinctione resolvenda est: Aut constat, quid principaliter agere voluerint contrahentes: & secundùm horum mentem, vel venditio erit, vel permutatio, *arg. l. si in emptione 34. ubi Bartol. & Dd. communiter ff. de contrah. empt.* Aut non constat, & incertum est, ad quod contractûs genus respexerint contrahentes: & tunc magis est, ut in dubio contractus innominatus judicetur, *l.1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. & l.3. ff. de æstimator. act.* ubi generalis
hæc proponitur regula: Quoties de nomine contractûs 8
alicujus ambigitur: dandam esse actionem præscriptis verbis, & consequenter contractum innominatum esse accipiendum. Licèt autem Dominus Collega Bocerus *hic n.126. pag.382.* hanc regulam in prædicto casu nullum sibi vindicare locum putet: attamen hæc ipsius opinatio idoneo destituitur fundamento. Nam utique dubium est, qualis hîc contractus celebratus sit. Illud quidem certum est, negocium esse contractum: at quale id sit, dubitatur. Quemadmodum ergo *in d. l.1. ff. de æstimator. act.* datur actio præscriptis verbis hac de causâ, quòd fuerit dubitatum; sitnè emptio-venditio, an locatio-conductio, an mandatum, quando res æstimata vendenda datur: ita nulla potest satis firma afferri ratio, cur non idem sit dicendum in proposito negocio, de quo itidem dubitatur, sitnè ad emptionem-venditionem, an ad permutationem referendum. Sed inspiciantur, *Gomezius Tom.2. var. resolut. c. 2. n. 10. D. Martin. Rümelin. dissertat. 15. ad Institut. th. 3. sub lit. d. pag.131. Hænonius disp.16. controvers.14. & Pinelus ad d. Rubric. C. de rescind. vend. part. 2. c. 2. n. 1. & aliquot seqq. ubi post alios, quos recenset, quæstionem hanc exactissimè pertractat.* Videatur item Fachinæus *libr. 2. controversiar. jur. c.44.* ubi eadem de quæstione quinque diversas opiniones recitat. Adde Philippum Knipschildt *exercitat. Acad. 12. quæst. 8. pag. 422.*

Insignis hîc occurrit controversia de eo, qui vendere 9
promisit, pretioque accepto rem tradidit, nullâ tamen venditione disertè factâ; an dominium rei in accipientem transtulerit? Et (nihil remorante contrariâ Jasonis sententiâ *in l. si ante 6. ff. soluto matr. & cons.117. lib.1.*) longè probabilius ac receptius est: dominium rei in accipientem translatum, atque adeò venditionem perfectam censeri. Idque ex eo manifestè probatur: quòd emptio & venditio solo contrahentium consensu perficitur, *l. 2. in princ. & l. in quibuscunque 48. ff. de obligat. & act. cum similib.* Atqui proposito in themate adest contrahentium 10
consensus, ut ex factis ipsis, nempe ex rei traditione & pretii solutione patescit. Ergo venditio perfecta, & dominium translatum esse videtur. Ex factis siquidem 11
voluntatem & consensum perinde elucere, ac ex verbis, non dubium est, *l. de quibus 32. §. 1. vers. nam quid interest ff. de legib. l. recusari 95. ff. de acquir. vel omit. hæredit.*

Digitized by Google

12 Non obstat, quòd promissio de vendendo non sit venditio: ac propterea nec dominium per eam transferatur: sed tantùm actio personalis contra promittentem concedatur, *l. si sterilis* 21. §. *si tibi fundum* 4. *ff. de action. empt. l. qui fundum* 40. *ff. de contrah. empt.* Nam verum quidem est, aliud esse venditionem, aliud pactum sive promissionem de vendendo, si nihil aliud concurrat, & in simplici promissione maneamus. Sed in præsenti specie sunt circumstantiæ, quæ venditionem constituunt, nempe pretii solutio & rei traditio, ex quibus venditio efficitur. Nec enim ea verbis, sicuti stipulatio, opus habet. *l.* 1. *in princ. ff. de verb. obligat.*

13 Sic quoque non adversatur; quòd nudâ traditione non transferatur dominium, sed causa idonea & justa ad translationem dominii requiratur, *l. nunquam nuda* 31. *ff. de acquir. rer. domin.* Etenim nostro in casu non est nuda traditio; sed potiùs justa venditionis cujusdam tacitæ causa vestita: quæ venditio ex traditione factâ, & numeratione pretii resultat. *Atque ita tradiderunt Socinus in d. l. si ante* 6. *ff. solut. matrim. Decius consil.* 614. *col.* 3. *in princ. Franc. Curt. Jun. cons.* 82. *col.* 2. *v. confirmantur &c. Carol. Ruin. consil.* 57. *colum. pen. vers. non obstat insuper. lib.* 1. *& consil.* 48. *colum.* 3. *n.* 9. *eod. lib.* 1. *& consil.* 47. *col.* 3. *n.* 5. *lib.* 4. *item Bald. consil.* 451. *lib.* 2. ubi ex facto interrogatus, respondit; promissionem vendendi, secutâ rei traditione, & numeratione pretii, esse venditionem consummatam. Quos omnes refert & sequitur Tiraquellus *de retract. conventional.* §. 36. *ad finem c. gl.* 2. *n.* 83. *& seq.* Quibus subscripsit etiam Fachinæus *lib.* 2. *controvers. jur. cap.* 5.

14 Est & illa non contemnenda quæstio: an res ab aliquo empta ex pecuniâ meâ, sit mea; adeò, ut à me vendicari possit? Et negativa conclusio optimè defenditur per *l. si ex ea pecunia* 6. *C. de rei vindicat. l. si patruus* 4. *C. communia utriusque judicii, &c. l. etsi de tua* 9. *C. de*
15 *donation. inter vir. & uxor.* Unde res, quæ ex dotali pecuniâ à marito comparata est, non est dotalis; nec uxori, sed marito acquiritur, *l. ex pecunia* 12. *C. de jure dot. l. ult. C. de servo pignori dato manumiss. Knipschildt exercit-*
16 *tat. Acad.* 8. *quæst.* 9. *pag.* 297. Isti conclusioni non obloquitur, *l. res, quæ* 54. *ff. de jure dot.* ubi habetur; res, quæ à marito comparatæ sunt ex pecuniâ dotali, dotales videri, sive mulieris esse, cujus pecunia fuit. *Datur* enim mulieri utilis vindicatio, si maritus ex ejus pecuniâ dotali rem aliquam emit, eo demum casu, quando maritus non est solvendo: ne mulier dotem amittat, *arg. l. uxor marito* 55. *in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Alioqui tantùm competit, uxori, contra maritum pro restituendâ pecuniâ, de dote actio, *Costal. ad d. l. res, quæ ff. de jur. dot. Cujac. lib.* 5. *observat. c.* 23. *hosque referens Bronchorst. cent.* 2. *[illegible] assert.* 65. *edit.* 2. Præterea probabilius dici poterit, dictam *l.* 54. *ff. de jure dot.* accipiendam esse eo de casu, quo maritus ex pecuniâ dotali rem non suo, sed uxoris nomine comparavit.

17 Tum etenim quantumvis certum esset, rem uxori acquiri: dubitabatur tamen adhuc, an ea res dotalis fieret. Videbatur quippe, dotalem eam non fieri: quia post dotem constitutam acquisita fuisset, quamvis ex pecunia dotali: sicut nec pretium, ex re furtiva redactum, furtivum dicimus, *l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furt.* nec rem pignoratam vocamus, quæ ex nummis pignoratis empta est, *l. idemque* 7. §. *ult. ff. qui potior. in pig. hab.* nec communem usuram appellamus, quæ ex communi pecuniâ ab altero ex sociis proprio nomine fœnerata debetur, *l. si unus* 67. §. 1. *ff. pro socio.* Ac sanè dotalis revera non est res, quæ ex dotali pecunia empta est; sed tamen videtur esse, ut perindè ac si in dotem data esset, dotis judicio peti possit. *Anton. Faber lib.* 5. *conjectur. jur. civil. c.* 9.

18 Similiter non resistit textus *in l. si, ut proponis* 8. *C. de rei vindicat.* ubi res empta pecunia militis; non ementis, sed ipsius militis efficitur. *Nam* id speciali militiæ favore receptum esse, non obscurè relucet, *ex d. l.* 8. *& ibidem Gothofredus disertè notat.* Idemque in re empta de pecunia pupilli, minoris, furiosi, prodigi, Ecclesiæ, & similium, obtinere plerique docuerunt, *arg. d. l. idemque* 7. *in princ. ff. qui potior. in pig. vel hypothec. hab. l.* 2. *ff. quando ex facto tutoris, &c. l. ex facto* 52. *v. planè si ex re pupilli ff. de pecul. l. si curator* 3. *C. arbitrium tutel. l. etsi tutores* 2. *C. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. Accurs. Bartol. Bald. Paulus de Castro, & reliqui in d. l. si patruus* 4. *C. communia utriusque judic. & in d. l. si ut proponis* 8. *C. de rei vindicat. Anton. de Fano in tr. de pignorib. in* 4. *membr.* 2. *part. num.* 163. *& alii complures, quorum opinationes refert, & fusissimè declarat. Alexand. Trentacinquius variar. resolut. lib.* 3. *resolut.* 1. *de empt. & vendit. num.* 5. *& seqq.* Eandem rem dilucidè & eleganter explicat Hartman. Pistoris *lib.* 1. *quæstion. jur. qu.* 7. *nec non Elias Roberus disputat.* 17. *thes.* 1. Tametsi diversam propugnare conetur sententiam Anton. Faber *d. lib.* 5. *conjectur. cap.* 9.

19 Sanè si fundus communi nomine sit emptus, nec constet, ex qua pecunia; probabilius est, istum fundum non esse communicandum, nisi priùs pretium ipsi emptori refundatur: quoniam in dubio semper res ex pecunia solventis empta præsumitur, *arg. l. si ventri* 9. (*in Gothofrediano corpore est l.* 24. *ff. de reb. auct. judic. possid.*) *ff. de privileg. crediter.* Et hanc veram, magisque com-
20 munem esse opinionem, testatur Trentacinquius *d. lib.* 3. *resolut.* 2. *de empt. & vendit. n.* 1. *ubi eam explanatiùs persequitur.* Tandem & illud hic non omittendum: quòd res empta ex pecunia mea, ad hoc specialiter mutuata, non sit mihi creditori obligata; nisi specialiter hoc cautum sive conventum fuerit, *l. quamvis* 17. *ibique Bald. C. de pignor. & hypothec.* Atque hæc sententia verior, & frequentiori calculo recepta videtur, *juxta Didacum Covarr. lib.* 1. *variar. resolut. c.* 7. *n.* 3. *Petrum Aug. Morla. part.* 1. *emporii jur. tit.* 9. *in præmiss. nu.* 101. *& Trentacinquium d. lib.* 3. *resolut.* 15. *de empt. & vendit. n.* 6. *ubi utramque in partem plures Doctores cumulat, & pronunciatum nostrum copiosè pertractat.*

§. *Cùm autem emptio.* 3.

Cùm autem emptio & venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cùm sine scripturà res agitur) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliquâ parte corporis læsus fuerit; aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint: aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longè minor aut deterior esse cœperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit: ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quòd si fugerit homo, qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit: animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si susceperit: ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit; securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondùm rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

SUM-

Digitized by Google

SUMMARIA.

1 *Perfectâ emptione & venditione, periculum rei venditæ statim ad emptorem spectare, licet res ei nondum sit tradita, solidissimis argumentis demonstratur.*
2 *Contraria Cujacii, ejusque asseclarum opinio rejicitur.*
3 *Jus definitur ars æqui & boni.*
4 *In omnibus rebus æquitas spectanda.*
5 *Commodum qui sentit, etiam incommodum sentire debet.*
6 *In contractu emptionis nihil, nisi dolus & culpa præstatur.*
7 *Quando emptio & venditio perfecta censeatur, triplici distinctione resolvitur.*
8 *Emptio pura statim, conditionalis impletâ demum conditione perficitur.*
9 *Cur damnum particulare, ante conditionis eventum, ad emptorem; interitus autem totius rei ad venditorem pertineat.*
10 *Emptio sine scriptis perficitur sola conventione: in scriptis verò, instrumento ritè confecto.*
11 *Rerum, quæ pondere, numero, mensurave constant, venditio quando perfecta intelligatur.*
12 *Si vinum certum in specie venditum sit, ad quem periculum spectet.*
13 *Res unaquæque suo domino perit.*
14 *Traditionibus, non nudis pactis, rerum dominia transferuntur.*
15 *Damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non creditur.*
16 *Quatenus res suo domino perire dicatur.*
17 *Casus fortuitus à nullo debitore præstatur.*
18 *Explicatur l. si fundus. 23. ff. locati.*
19 *Exponitur l. lectos. 12. ff. de peric. & com. rei vendit.*
20 *Instantia D. Boceri refellitur.*
21 *Considerratur l. quod si neque. 14. §. 1. ff. d. tit.*
22 *Enarratur l. si solutionis. 39. ff. de solutionibus.*
23 *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*
24 *Enucleatur l. final. ff. de condict. caus. dat. causa non secut.*
25 *Fructus, ex re venditâ per venditorem, qui nondum tradidit, percepti emptoris lucro cedunt.*
26 *Operæ servi fructibus æquiparantur.*
27 *Consideratio l. Julianus. 13. §. venditor. 20. ff. de actionib. empti.*
28 *Argumento à contrario sensu, quando nullus relinquatur locus.*
29 *Resolvitur l. curabit 5. Cod. de actionib. empti.*
30 *Venditor quas actiones emptori cedere & præstare teneatur.*
31 *Venditor ante traditionem adhuc dominus manet.*
32 *An fructus rei venditæ, ante solutum precium, ad emptorem pertineant.*
33 *Emptor tenetur venditori ad usuras precii non soluti.*
34 *Intellectus tit. 17. §. ex die emptionis, lib. 2. sentent. Pauli.*
35 *Sententia l. ult. §. 1. ff. de fundo dotali.*
36 *Venditor ipsam rem venditam, nedum fructus pignoris loco retinere potest.*
37 *Mens & consideratio d. l. Julianus. 13. §. 8. & l. qui pendentem, 25. ff. de actionib. empt. & similium.*
38 *Quæ remedia competant venditori, contra emptorem, precium non solventem.*
39 *Emens sciens rem alienam, nunquid, re evictâ, ad restitutionem precii agere possit.*
40 *Scienti & volenti nulla injuria, nullusque dolus infertur.*

1 PErfectâ emptione & venditione, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, licèt ei res nondum tradita sit, *per textum clarissimum hujus §. nostri. l. id, quod post 7. l. necessariò 8. l. si vendita 11. ff. de peric. & commod. rei vend. l. quod sæpe 35. §. si res. 4. ff. de contrah. empt. l. 1. 4. & 5. C. de peric. & com. rei vendit. l. sicut 12. l. si uctus 13. & l. penult. 6. de actionib. empt. l. si apud 3. C. de ædilit. actionib.* Itaque si res vendita læsa, combusta, consumpta, aliave ratione extincta fuerit: emptor non modò ad id, quod interest, adversus venditorem agere non potest: sed & precium, si nondum solvit, venditori nihilominus præstare compellitur: si verò solvit, illud à venditore repetere nequit. Id quod non solùm *in hoc §.* disertè scriptum est: verùm etiam in plerisque juris locis apertissimè expressum; *ut in l. cùm emptor 5. §. ult. ff. de rescind. vendit.* ubi Julianus respondit; mortuo homine vendito, perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset: venditorem namque liberari, & hominem emptori perire. Jam si perinde habenda est venditio, ac si homo traditus fuisset: plusquam manifestum evadit, emptorem ad precium venditori præstandum esse cogendum: quippe cùm certissimum sit, re vendita post traditionem peremptâ, ita periculum emptoris esse, ut precium venditori solvere teneatur. Sic *in l. ult. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* Celsus scribit: in contractu innominato, do ut des, mortuo homine promisso, pecuniam eo nomine datam repeti posse: at in contractu emptionis, mortuo homine vendito, precium solutum repeti non posse, quia non solutum peti posse. Accedit Pauli responsum *in l. venditor 1. ff. de hered. vel act. vend.* ubi traditur; venditorem, qui nullius culpæ argui potest, servo mortuo, ne precium quidem debere. Imò emptor ejus servi, qui ante traditionem, sine culpa venditoris mortuus fuerat, non solùm ad precium solvendum; sed & ad sumptus, qui in ejus curationem & sepulturam facti sunt, tenebitur, *l. Julianus 23. § præterea 22. ff. de act. empt.* Quibus locis opitulatur etiam *l. ult. C. de peric. & commod. rei vend.* ubi disertis verbis Imperator. Diocletian. & Maxim. rescribunt: ancillam venditam, & rebus humanis sine culpa venditoris ante traditionem exemptam, emptori perire, ejusque precium
venditori solvere emptorem compelli. Et tametsi Cuja- 2
cius *in tractat. 8. ad African. in explicatione l. si fundus 23. ff. locati. & in Paratit. C. de peric. & commod. rei vend.* ejusque Sectatores D. Collega Bocerus *in Commentar. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 7. edit. 1. & n. 65. edit. 2. & class. 2. disput. 3. thes. 81. edit. 2. & in hoc tit. n. 164. cum seqq. pag. 387. & seqq.* Borcholt. *in præsenti §. n. 3.* & Vultejus *suprà ad principium hujus tit. nu. 71.* respondent & autumant: citatos textus de jure summo sive stricto, non verò de æquitate exaudiendos esse: cùm æquius sit & humanius, ut emptor, qui rem non est nactus, precium venditori non solvat: attamen cùm isthæc responsio divinationem sapiat, nec ullo firmo juris fundamento subnixa sit; eâdem facilitate rectissimè rejicitur, qua adstruitur. Sed & cùm jus
nostrum sit ars æqui & boni, definitore Celso, *l. 1. in* 3
princ. ff. de justit. & jur. atque in omnibus rebus, maxi- 4
mè verò in jure æquitas spectari debeat, *l. in omnibus quidem 90. ff. de reg. jur. l. placuit 8. C. de judic.* adeoque per totum jus nostrum æquitas diffusa sit: planè non est credibile aut verisimile; Justinianum Imp. in Institutionibus suis quicquam Studiosis juris tradere voluisse, quod æquitati manifestè repugnaret: præsertim cùm eadem, quæ *in hoc §. 3.* dicuntur, totidem ferè verbis in Digest. ac Cod. commemorentur, *d. l. 5. §. ult. ff. de rescind. vendit. d. l. ult. C. de peric. & commod. rei vendit. & locis similibus adductis suprà num. 1.* Ratio
autem; cur emptione perfectâ periculum statim, etiam 5
ante traditionem, ad emptorem spectet, hæc est: tum quia emptoris est commodum, etiam ante traditionem factam; proindeque merito & incommodum ejusdem esse debet, *teste hic Justiniano in vers. sed & si post emptionem, &c. d. l. id; quod post. 7. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Julianus 13. §. si fructib. 10. cum seqq. ff. de actionib. empt. d. l. penult. C. eod. l. secundùm natu-*
ram 10. ff. de reg. jur. Tum quia hic contractus fit utriusque contrahentium gratiâ: ac propterea in eo nihil, 6
nisi dolus & culpa præstatur, *l. si, ut certò 5. §. 2. ff. commodati. d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. & hic in versic. quicquid enim, &c. Mejer. in comment. de culpa in contractib. præstand. th. 222. & seqq.* & hanc sententiam crebriori calculo usuque confirmatam, amplectuntur *Wesenbecius, Mynsinger. Schneidewinus, Hotomanus, Schilt ock, Ant. Matthæus, Hervius, Giphanius, Thadæus Piso, & alii in hoc §. nostro. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. nu. 32. Anton. Faber lib. 2. conject. cap. 4. Covarruv. lib. 1. variar. resol. c. 15. num. 2. Decius consil. 179. & 500. Henric. à Suerin. lib. repetitar. lection. jur. civ. c. 33. Pacius cent. 5. ἐναντιοφανῶν. quæst. 8. Arumæus Exercit. Justin. 14. thes. 3. Schlegk. in delibat. jur. disput. 18. thes. 36. Delrio in d. l. contractus 23. cap. 9. ff. de reg. jur. Forster. junior lib. 3. disp. 18. thes. 5. Hanon. disput. 16. controvers. 15. Hunnius disput. 16. thes. 10. & lib. 4. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 7. pag. 1086. & seqq. item in tractat. de æstimat. rer. quæst. 2. Paulus Berens disputat. 11. ad Institut. them. 1. quæst. 2. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν assert. 89. & seq. edit. 1. Timæus Faber disputat. 24. ad Institution. Imperiales th. 4. D. Marta tom. 3. Digestorum novissimorum tit. empt. cap. 63. fol. 150. Robertus Disputat. 17. th. 4. Andr. Gerhard. decad. 14. quæst. 7. Matth. Stephani cent. 3. quæstion. 70.*

Digitized by Google

Stuckius part. 1. *exercit. usitn. decad.* 12. *assert.* 2. *lit. g. Petrus Aug. Morla in emporio jur. part.* 1. *tit.* 9. *in praemissa n.*103. *& seqq. Tutl. vol.*1. *disp.* 28. *th.* 8. *lit. C. & D. utrique in suis not. ...rachovius p.* 1081. *& seq. ubi ait, contrariam opinion...a Jurisconsulto esse verè indignam. Idem probat in hoc... nostro pag.* 803.

7 Antequ...n verò ea, quæ hanc verissimam & communissimam decisionem infirmare, & contrariam, eamque erroneam opinionem adjuvare videntur, refellamus: diligentissimè dispiciendum est, quando emptio & venditio perfecta censeatur. Tunc etenim sine magno negocio sciemus, utrius sit periculum; emptoris, an venditoris. Quæ res triplici distinctione percommodè potest explicari. Prima hæc est: aut emptio purè contrahitur, aut sub conditione, *de qua distinctione infrà* §. *proximo.* Secunda: aut emptio fit in scriptis, aut sine scriptis, *de qua suprà in principio hujus tituli.* Tertia: emptio aut est rerum, quæ pondere, numero & mensurâ constant; aut est aliarum rerum, aut domûs, agri, vineæ, libri, equi, &c. *de qua distinctione hic nihil, sed in Pandectis latissimè explicatur. d.l. quod sæpe* 35. §. *in his* 5. *ff. de contrah. empt. l.* 1. §. 1. *ff.*
8 *de peric. & commod. rei vend. & similib.* Ad primam distinctionem quod attinet: quia emptio pura statim, conditionali impleta demum conditione perficitur, *l. hæc venditio* 7. *ff. de contrah. empt.* ideo in pura emptione periculũ statim ad emptorem respicit: in conditionali verò, post conditionis quidem eventum, similiter periculum ad emptorem pertinet: sed, pendente conditione, potest dici: universæ rei interitum venditoris, particulare damnum vel læsionem & deteriorationem rei, emptoris esse, *l. necessariò* 8. *ff. de peric. & commod. rei vend. l. penult. C. eod.*
9 Ratio, cur damnum particulare ante conditionis eventum pertineat ad emptorem, est: quia conditio retrotrahitur ad tempus contractûs; adeoque emptio perinde habetur, ac si ab initio purè contracta fuisset, *d. l. necessariò* 8. *ff. d. tit.* Interitus autem totius rei cur ad venditorem spectet, illa est ratio: quia res, quæ periit, tradi amplius non potest; & proinde nec perfici emptio poterit, *ut bene advertit hic*
10 *Giphanius, & Borcholt. infrà* §. *proximo n.* 4. De secunda distinctione hoc loco, & initio hujus tituli affirmatur: emptionem sine scriptura, sola conventione de precio perfici; ac ea propter periculum statim ad emptorem pertinere; emptionem verò, quæ fit scripturâ, non antè perfici, quàm instrumento ritè confecto: proindeque nonnisi post absolutionem instrumenti, periculum ad empto-
11 rem spectare. De tertia distinctione hoc tenendum: rerum aliarum venditionem, simul atque de precio convenerit, perfectam videri; earum autem, quæ pondere, numero, mensurâvè constant, venditionem non aliter perfici, quàm si adnumeratæ, admensæ, adpensævè fuerint: & idcirco in his periculum non, nisi post admensionem & adpensionem & adnumerationem, ad emptorem pertinere, *d. l. quod sæpe* 35. §. *in his,* 5. *ff. de contrah. empt. l.* 2. *ibiq; Gothofred. C. de peric. & commod. rei vend. Joan. Faber hic in vers. sed omnes Doctores, &c. Rittershus. p.* 472. *Wesenbec. in Paratit. ff. t. de contrah. empt. n.* 10. *& t. de peric. & commod. rei vend. n.*2. *& seqq. Trentacinquius variar. resol. lib.*3. *resolut.* 5. *de empt. & vend. n.*3. *& seqq.*
12 Enimverò si vinum certum venditum est in specie, putà omne vinum, quod in dolio vel amphora est, statim periculum emptorem respicit: nisi ita venierit, idque actum sit, ut degustetur, *l. si quis vina* 4. *in princ. ff. de peric. & commod. rei vend.* vel nisi quid de bonitate vini venditor affirmarit, aut nisi ipse sciverit, bonitatem vini non duraturam, *l. si vina* 15. *ff. eod. tit.* Nec moverit *l.* 1. *in princ. vers. sed si nondum ff. d. t.* ubi vinum in specie venditum erat; quia certa vasa sive dolia ab emptore signata sunt: & tamen usque ad degustationem periculum ad venditorem spectat. Hoc quippe procedit in terminis istius casus, qui ab Ulpiano ibi initiò est propositus: quando videlicet convenit simpliciter, ut periculum esset venditoris: neque tempus appositum est, quousque periculum venditor sustinere debeat. Hoc casu tempus degustationis observandum est, ut eousque periculum venditor sustineat. Et ita, *post Costalium ad d. l.* 1. *ff. de peric. & commod. rei vend.* sentit Bronchorst, *cent.* 2. *ἐναντιοφανῶν. assert.*56. Eandem rem uberiùs explicant *Wesenbec. in Paratit. ff. ad d. t. de peric. & commod. rei vend. n.* 3. *cum seqq. Borcholt. in hoc* §. *nostro. vers. quid si fugerit homo, &c. n.*5. *& seqq. Joachimus Schepliz in not. ad promptuar. tam jur. civ. quàm feudal. Balthasar Klammer. tit.* 14. *de empt. & vendit.* §. 11. *n.*2. *& seqq.* Porrò de venditione per aversionem (id est, ad corpus sive speciem, *überhaupt*) facta, nonnulla observatu perdigna affert Eberhard. Spackhan. *cent.* 3. *quæst.* 19. *class.* 1. eumque referens D. Collega Besold. *in thesauro practic. lit. V. pag.* 794.

His ita breviter, ad majorem nostræ sententiæ intel- 13
lectum interjectis: nunc antagonistarum argumenta examinabimus, atque pro virili diluemus. Primum autem est ejusmodi: Res unaquæque perit suo domino, *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* Atqui ante traditionem venditor adhuc est dominus rei venditæ, *ut in fine hujus* §. 14
dicitur. Traditionibus enim, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* §. *per traditionem* 40. *suprà de rer. divis.* Ergo periculum rei venditæ, & nondum traditæ, non ad emptorem, sed venditorem, qui ejusdem dominus est, pertinebit. *Respondemus:* quandocunque res vendita antè traditionem perit, vel diminuitur, nos concedere quidem, rectè dici posse, quòd res venditoris, utpote domini, pereat vel diminuatur. At, quòd venditori pereat, id est, quòd interitus, vel incommodum diminutionis illius, quæ in re contigit, ad venditorem pertineat, illud pernegamus, *idque ex ratione jam antè allatâ nu.* 5. Nam quemadmodum quodcunque rei venditæ incrementum & commodum non ad venditorem, licèt adhuc rei sit dominus: spectat: ita nec ejusdem diminutionem sive interitum ipse sustinere debet, *hoc* §. *nostro vers. sed & si, &c. d. l. id, quod* 7. *ff. de peric. & commod. rei vend. cum similibus allegatis suprà nu.*5. Cur vero hoc casu à trito illo juris axiomate, quo dicitur, rem quamlibet suo domino augeri, diminui & interire, recedatur; causa hæc est: quia perfectâ emptione, in potestate & arbitrio emptoris est positum, rei emptæ possessionem ac dominium, quandocunque voluerit, precii solutione nancisci: ita ut ei sit imputandum, quod illicò nactus non fuerit; adeoque propriâ culpâ, precii scilicet solutionem differendo, damnum tulerit. Quod quis enim ex sua culpa sentit, 15
damnum; sentire non intelligitur, *l. quod quis* 203. *ff. de reg. jur.* Præterea quod dicitur, domino rem suam pe- 16
rire, quæ sine dolo, culpâ, aut mora alterius perit: id verum est, si dominus non simul etiam sit ejusdem rei debitor: quoniam regula juris est, casum fortuitum rei 17
debitæ à nullo debitore præstari, *l. contractus* 23. *in fine. ff. de reg. jur.* Jam verò, etsi in proposito venditor ante factam traditionem sit dominus rei venditæ: tamen ejusdem etiam est debitor ex venditionis contractu: nec hîc tam ut dominus, quàm ut debitor respectu emptoris consideratur. Quare huic juris regulæ consequens est: illum, tametsi dominus sit; casum tamen fortuitum non præstare. *Hunn. d. quæst.* 7. *pag.* 1089. *& in resolut. ad Treut. vol.* 2. *disp.* 2. *pag.* 209.

Deinde ab adversariis objicitur *l. si fundus* 33. *ff. locati.* 18
ubi licèt fundus venditus, antequam traderetur, publicatus sit: nihilo tamen minùs Africanus consultus respondet: usque adeo emptorem ad pretium illius fundi non teneri; ut etiam numeratum repetere valeat. *Sed distinguendum:* an ex causa aliqua extrinseca, fortè quod fundus publicatus, vel servus furto subtractus sit; an verò per ipsam rem venditam (quod fortassis omnino perempta sit) fiat, quo minus tradi queat. Illo sanè casu, quo res vendita non est extincta, sed adhuc in rerum natura posita, fatemur emptorem non esse compellendum venditori precium solvere, si venditor actiones nullas habeat, quas emptori cedere possit. Et de hac specie lex opposita est accipienda. Hoc autem casu, quo res in rerum natura esse desiit, meritò emptor precium venditori refundere tenetur, *per hunc* §. *nostrum, & leges suprà adductas.* Atque sic hanc legem exaudit doctissimus Antonius Faber *d. lib.*2. *conjecturar. jur. civ. c.*4. ubi distinctionem istam pluribus rationibus confirmat, & simul hac in re differentiam inter locationem & emptionem explicat.

Eandem

Digitized by Google

Eandem distinctionem sequitur, tueturque Gaspar Schifordegher. *lib.2.tract.18.quæst.3. cum seqq.* & Paulus Berens *d. disp.11.them.1. quæst.2.* Licèt verò hanc Fabrianam distinctionem, ceu minùs probabilem, rejiciant *D. Bocerus hic n.167.&seqq. p.388.&* Vincentius Cabotius *lib.1. disputat. c.25.* quia tamen ipsi haud meliorem afferunt; illam retinendam reor. *Aliter ad legem illam respondet hic Theodor. Marcilius; aliter item Hun. d. q.7. in fine & D.Besold. in delibatis jur. ex lib.18. ff. quæst.11. pag. 27. quos, qui volet, adeat.*

19 Tertiò ad sententiam nostram impugnandam affertur, *l. lectos 12. cum ll. seqq. ff. de peric. & commod. rei vend.* ubi dicitur, lectorum per ædilem ante traditionem concissorum periculum non ad emptorem pertinere, sed ad venditorem. *Respondetur:* ibi non casu fortuito, sed culpâ & incuriâ venditoris, qui lectos needum traditos in viâ publicâ posuerat, damnum illud accidisse: ac proinde non injuria periculum eâ in specie venditoris, non verò emptoris esse. Et venditorem ibi in culpa fuisse, innuit *l.13. vers. aut certè cum venditore ex empto agendum. ff. eod.*

20 Quanquam autem Dn. Bocerus *ad d.l. contractus 23.cap. 4.n.65.edit.2.* hanc responsionem respuit: propterea quòd *ex d.l.13.* pateat, periculum ad venditorem spectare antè rei traditionem; licèt injuriâ non jure, ædilis lectos conciderit; adeoque culpa venditoris nulla intervenerit: istæc tamen ratio prædictam solutionem convellere haud videtur. Quamvis enim ædilis injuriâ conciderit lectos: attamen nihil impedit, quò minùs & venditoris culpam intervenisse rectè asseratur, ut qui lectos venditos in via publica, sicque eo loco posuerit, quo non oportebat: atque ita ansam injuriæ ædilis præbuerit, *ut bene animadvertit D. Hunnius locis prædictis.*

21 Quartò opponitur *l. quòd si neque 14. §.1. ff. de peric. & com. rei vend.* ubi Paulus ait, si materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum esse venditoris. *At dicendum:* illic non certam speciem venditam fuisse, sed genus, puta ligna vel trabes. Quando autem non in specie, sed generaliter aliquid venditur, veluti bos, equus, liber, &c. tunc ante traditionem venditori res vendita perimitur: quoniam genus perire non potest, *l. in ratione 30. §. incertæ 5. ff. ad l. Falcid. l. incendium 11. ibique Gothofred. C. si cert. pet. l. quòd te mihi 5. & ibi Barthol. n.5 ff. de reb. cred. si cert. pet.*

22 Quintò pro recensita adversariorum opinione stabiliendâ citatur *l. si soluturus. 39. ff. de solutionib.* ubi hæc proponitur facti species: cùm emptor & venditor essent homines suspectæ fidei; penes delectum ab emptore virum deposuit venditor mercem, & emptor nummos. Et respondet Africanus JC. periculum tam mercis, quàm nummorum ad emptorem pertinere; eò quòd emptor delegerit eum, apud quem merx & nummi deponerentur. Ex quo nunc ii, qui periculum rei venditæ ad venditorem spectare contendunt, sic argumentantur: Ergo cùm certi & speciales tantùm excipiantur casus, quibus damnum rei emptæ ad emptorem respicit: consequitur, aliàs regulariter & generaliter omne damnum & periculum rei emptæ ante traditionem emergens, ad venditorem redire.

23 Exceptio quippe, ex communi juris traditione, firmat regulam in casibus non exceptis, *arg. l. his verbis. 102. ubi Dd. ff. de legat.3. l.1. & ibi Decius n.11. ff. de reg. jur. l. quæsitum. 12. §. denique Neratius. 43. ibique Bartol. ff. de instruct. & instrum. legat.* Verùm respondendum: illos ex d.l. *si soluturus. 39. ff. de solut.* perperam argumentari. Non enim sic concludit Jurisconsultus; res vendita vel merx est periculo emptoris, eam ob causam; quòd emptor delegit hominem certum, penes quem merx deponeretur; sed ita potiùs ratiocinatur: quia perfecta est hoc casu emptio: ergo merx vendita est periculo emptoris. Hoc itaque textu tantum abest, ut nostra vulgaris sententia infringatur, ut etiam ipso jubare dilucidiùs, contra singularem aliorum opinationem, comprobetur.

24 Sextò & ultimò adduci solet *l. final. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* ubi in contractu innominato, do ut des, periculum non spectat ad eum, qui dedit rem pro Sticho. Ergo nec spectare debet ad emptorem, qui pecuniam sive precium pro Sticho dedit. *Sed dicendum est: in casu dictæ l. final.* Stichum istum tempore contractûs fuisse mortuum. Data namque fuit res pro Sticho, qui mortuus est: & eo casu hominis mortui traditio, ac promissio nulla est, *ex l. si homo mortuus 69. ff. de verb. obligationib.* Ideoque meritò periculum non debet pertinere ad eum, qui pro hoc Sticho rem dedit: sed ei repetitio rei datæ competit. *Et ita hanc difficultatem explicat Petrus Augustin. Moria prædictâ part.1. emporii jur. t.9. in præmiss. n.104. Ad alia, quæ nostræ sententiæ opponuntur, bene respondet Timæus Faber d. disp. 24. sub th. 4.* Vide eandem rem aliter, & quidem satis latè, resolventem Acacium Antonium de Ripoll. *variar. jur. resolut. cap.11. num.301. cum seqq. pag. 356. & seq.*

Ex eo autem, quod ostendimus, post emptionem & venditionem perfectam, omne rei venditæ periculum, & omne commodum ipsum emptorem, non venditorem, respicere: rectè (quicquid velit Covarruv. *lib.3. variar. resol. c.4. n.7. & nonnulli alii*) infertur: fructus etiam post venditionem perfectam, ex re vendita per venditorem, qui nondum tradidit, perceptos, emptoris lucro cedere. 25

Idque clarè probat *l. fructus 13. C. de actionib. empt.* quâ expressè cautum est, fructus post perfectum jure emptionis contractum, emptoris personam spectare. Idem confirmat *l. Julianus 13. §. si quid servo 18. ff. de actionib. empt.* Ubi Ulpianus ait, ad emptorem pertinere, quod servus ante traditionem ex operis suis acquisivit. Jam verò operæ servi in fructu habentur, & fructibus æquiparantur, *l. quæsitum 40. ff. de acquir. rer. domin.* Quemadmodum 26 ergo operæ, earumque emolumentum ante traditionem pertinet ad emptorem: ita & fructus ad eundem pertinere necesse est. Non leve quoque ad sententiam hanc roborandam momentum habet *l. penult. C. de action. empt.* ubi traditur, post perfectam venditionem fœtus editos emptoris esse. Est autem perfecta venditio statim, cùm de precio convenit, quamvis res nondum sit tradita, *ut ex princ. hujus tit. constat.* Fœtus igitur pecorum venditorum etiam ante traditionem ad emptorem pertinent. Atqui fœtus in fructu esse, non ambigitur, *l. in pecudum 28. ff. de usuris, &c.*

Huic decisioni non obstat *d. l. Julianus 13. §. veniunt 27 20. ff. de actionib. empt.* ubi scriptum est, emptorem post traditionem frui. Ergo à contrario sensu argumento ducto, ante traditionem emptor non fruitur: & sic fructus suos non facit. *Nam respondeo:* argumentum à contrario 28 sensu non procedere, nullusque auctoritatis esse, quando inde vel absurditas proficiscitur, vel expressis juris textibus adversatur; *docente post alios, Nicolao Everhardo in locis suis legalib. loc. à contrario sensu n.4.* Eodem modo 29 responderi poterit *ad l. curabit 5. C. de actionib. empti.* ubi rescribitur, post traditionem rei venditæ factam usuras venditori emptorem præstare: cùm perceptorum fructuum ratio usuras generet, & inducat. *Etenim* ex illa lege apparet quidem, post traditionem fructus ad emptorem spectare: sed non in eadem (nisi fortè à contrario sensu quis argumentari velit) negatur: quin etiam ante traditionem ad eundem emptorem pertineant. De eadem re videantur Fabianus de Monte *in tract. de empt. & vendit. quæst. 6. principal. n. 22.* & Alexander Trentacinquius *variar. resolut. lib. 3. resolut. 6. de empt. & vend.* ubi tres casus, pro resolutione istius conclusionis, accuratè considerat.

Quamvis porrò venditor periculum sive casum for- 30 tuitum, vel custodiam servi & cæterarum rerum, emptori non, nisi ita convenerit, præstet: suas tamen actiones, quas in rem habet, emptori præstare, cedere, exhibere, & mandare cogitur, *per hunc §. nostrum, in fin. l. quod sæpe 35. §. si res vendit. 4. ff. de contrah. empt.* Habet autem rei vindicationem: &, si res furto sit sublata, actionem furti; & condictionem furtivam: itemque actionem l. Aquiliæ, si res sit læsa: has, inquam, actiones venditor ante traditionem adhuc habet. Cur ita? quia illæ actiones non nisi domino dantur, *l. in rem 23. ff. de rei vindicat. l. 1. ff. de condict. furt. l. item Mela. 11. §. legis 6. & l. ob id. 43. ff. ad leg. Aquil.* At vendi- 31 tor ante traditionem adhuc dominus manet, *l. eum, qui emit 14. in princip. & l. si vendidero 80. in princip. ff. de furt.*

de furt. & apparet ex fine hujus §. *nostri.* Rei quippe venditæ dominium non venditione, sed traditione demùm ad emptorem transire & transferri certum est, *l. si ager* 50. *ff. de rei vindicat. l. penult. C. eod. l. alienatum* 67. *ff. de verb. significat. prællег.* §. *per traditionem* 40. *sup. de rer. divis. & d. l. traditionib.* 20. *C. de pactis.*

32 Illud quoque hîc subjiciendum est: fructus rei venditæ, etiam ante precium solutum, pertinere ad emptorem, *arg. hujus* §. *nostri*, ubi expressum est, contractum emptionis-venditionis impletum esse, simul atque de precio con-
33 venerit. At, contractu emptionis perfecto, fructus ad emptorem spectare, relucet *ex d. l. fructus* 13. *C. de actionib. empti.* Eòdem facit *l. 2. C. de usur.* ubi dicitur, emptorem teneri venditori ad usuras precii nondum soluti. Ergo non debet venditor simul usuras & simul fructus percipere: ne duplici damno emptor afficiatur.

34 Non obstat Jul. Paulus *lib. 2. sentent. tit.* 17. §. *ex die emptionis. &c.* ubi affirmat expresse, ad emptorem pertinere fructus, operas servorum, fœtus pecorum, & ancillarum partus, si pars precii numerata sit. *Nam* ibi fructus jure pignoris tantùm, in casu non factæ plenæ solutionis, ad venditorem pertinent, ut illum locum rectè intelligit Petrus Friderus Mindan *lib. 3. de processib. Cam.*
35 *cap. 21. n. 13. in fine.* Consimiliter non adversatur *l. ult.* §. 1. *ff. de fundo dotal.* ubi Pauli sententia confirmari videtur. *Siquidem* illic maritus, pro portione debitarum impensarum fructus, aliàs mulieri debitos, retinere potest:
36 præsertim cùm venditor ipsam rem venditam, nedum fructus quasi pignoris loco retinere queat, *d. l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. de act. empti. l. hereditatis* 22. *ff. de hered. vel act. vend.*

37 Non item resistunt *d. l. Julianus* 13. §. 8. *cum* §. *seq. & l. qui pendentem* 25. *ff. de actionib. empt. d. l. curabit* 5. *cum l. penult. C. d. tit.* ex quibus æquum esse constat, ut non aliter omnes fructus ad emptorem pertineant, quàm si & ipse omne precium venditori persolverit: quemadmodum & evicta re auctor, id est, venditor non aliter tenetur auctoritatis nomine, quàm si precium acceperit: & si partem acceperit, catenus duntaxat auctoritatis nomi-
38 ne tenetur *Cujac. lib. 21. observat. cap. 15. in fine.* Illæ namque leges loquuntur de aliis remediis, contra emptorem in precii numeratione cessantem venditori permissis. Aut enim traditio needum facta est, & emptore ante solutionem ex empto agente, venditor si velit, non modò fructus, sed ipsam rem venditam, quasi pignoris loco retinere potest: quandoquidem & evictâ re, venditor auctoritatem, nisi pro portione soluti precii non præstat, *d. l. Julianus* 13. § *offerri* 8. & §. *seq. ff. de actionib. empt. d. l. hereditatis* 22. *ff. de heredit. vel act. vend.* Aut res tradita est emptori: & tunc, eo non solvente, non modò venditi actionem intentare venditor potest, quâ cogatur emptor precium cum usuris restituere vel solvere, *d. l. curabit* 5. & *d. l. fructus* 13. *C. de actionib. empt.* sed etiam inhibitoriales impetrare venditor poterit, quibus prohibeatur emptor fructus colligere, aut re prius uti, quàm reliquum precii persolverit, *d. l. qui pendentem* 25. *ff. dict. tit.* Et ita docet Petrus Friderus Mindanus *d. lib. 3. de processib. Cam. cap. 21. n. 13. & 14.* eumque referens Paulus Berens *disp. 11. ad Instit. them. 1. q. 3.*

39 Tandem & illud hoc loco addendum: quòd emens scienter rem alienam non habeat actionem de evictione, nec ad precii restitutionem: nisi aliter conventum sit, *per textum apertum in l. si fundum* 27. *C. de evictionib.* ubi Impp. Dioclet. & Maximianus in hæc verba Theophilo rescripserunt: *Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neque quicquam de evictione convenit: quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem.* Eòdem confert textus *in l. in venditione* 41. *ff. de action. empti.* ubi dicitur, quòd deceptus ob eam rem ex empto actionem sit habiturus. Ergo non deceptus, actionem mini-
40 mè habebit. Accedit & hæc ratio: quòd scienti & volenti nulla injuria, nullusque dolus inferatur, *l. 1.* §. *usque adeò* 5. *ff. de injur. l. nemo videtur* 145. *ff. de reg. jur. l. cùm donationes* 34. *C. de transact. c. scienti* 27. *de reg. jur. in 6.* nec sciens ac volens decipiatur, nec de dolo conqueri possit, *l. 1. in fine ff. de actionib. empti. l. venditor* 11. *in princ. C. de rescind. vendit.* Atque ita Dd. communiter sentiunt, *Accurs. Bald. & Salicet. in l. non dubitatur* 6. *C. de evictionib. Decius consil.* 114. *nu.* 4. *Natta consil.* 188. *n.* 8. *Covarruv. lib. 3. var. resolut. c.* 17. *n.* 1. *eosque cum aliis allegans Fachin. lib. 2. controvers. jur. c.* 39. *ubi & dissentientes refutat, & nonnullas alias quæstiones, evictionis materiam concernentes, abundè explicat.*

§. *Emptio tam sub conditione.* 4.

Emptio tam sub conditione, quàm purè contrahi potest. Sub conditione, veluti, si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

SUMMARIA.

1 *Omnes contractus vel purè, vel sub conditione fiunt.*
2 *Emptio quatenus sit inutilis, si conferatur in arbitrium emptoris.*
3 *Expressa nocent, non expressa non nocent.*
4 *Addictio in diem receptissima in venditione, quomodo fiat.*
5 *Addictioni in diem similis est lex commissoria.*
6 *De quibus rebus venditor legem commissoriam exerceat.*
7 *Cur in pignoribus, & non item in emptionibus, pactio commissoria improbetur.*
8 *Jus ad ea potius accommodari debet, quæ frequenter, quàm quæ rarò accidunt.*
9 *Quæ conditiones seu pactiones contractui emptionis adjici soleant.*
10 *Quæ actio ex pactis, in continenti venditione adjectis, competat.*
11 *Ex pacto de retrovendendo qualis actio nascatur.*
12 *Contractus emptionis personalem tantùm obligationem producit.*
13 *Una res duplici jure censeri non debet.*
14 *Pars à suo toto dissidere nequit.*
15 *Eadem potestas contractûs & distractûs.*
16 *Ut contractus, ita & pactum, obligationem actionemque personalem generat.*
17 *Plures quæstiones de pacto retrovendendi, remissivè.*
18 *An pactum de vendendo ex certa causa initum, causâ cessante, servandum sit, &c. remissivè.*

QUod hîc de emptione dicitur; eam non solùm purè, 1
sed etiam sub conditione contrahi posse: id commune est omnium contractuum, ut vel purè, vel sub conditione fiant, §. *omnis stipulatio* 2. *sup. de verbor. obligationib.* §. *penult. infr. de mandato l. sicut* 20. *in princ. ff. locati l. obligationum* 44. *ff. de oblig. & actionib. l. penult. C. pro socio.* Contrahitur autem purè emptio hoc modo: vendo tibi equum pro quinquaginta florenis. Sub conditione verò ita: Si Sempronius Consul factus fuerit: aut, si navis ex Asia venerit, aut, si equus intra certum diem tibi placuerit, equus quinquaginta florenis tibi venditus erit. Nec obest, quòd 2
hæc conditio, *si tibi placuerit*: videatur emptionem statim reddere inutilem sive nullam, cùm emptio in arbitrium emptoris collata, planè inutilis censeatur, *l. in vendentis* 13. *Cod. de contrah. empt.* eò quòd obligatio omnis non ex voluntate pendeat: sed in se necessitatem habeat, *initio tit. supra de obligationib. l. sub hac conditione* 8. *ff. de obligat. & action. l. stipulatio* 17. *ff. de verb. oblig.* Nam dicendum, inutilem prorsus esse emptionem, si conferatur expressè in arbitrium emptoris; ut hic equus tibi emptus esto, si velis: non item, si tacitè. Hac autem conditione, *Hic equus tibi sit emptus, si intra mensem tibi placuerit*, tacitè emptio permittitur arbitrio emptoris, ut & illâ, si displicuerit, *l. quòd si nolit.* 31. §. *si quid ita venerit* 22. *ff. de ædilit. edict.* Expressa 3
quippe nocent: non expressa non nocent, *l. expressa* 195. *ff. de reg. jur. Marcilius & Giphanius hîc in versic. veluti, si Stichus & supr. in* §. *precium autem versic. aliequi si inter, &c. hoc tit.* Præterea in proposito exemplo venditio non confertur in puram ac absolutam ementis voluntatem: sed tempus certum arbitrio emere volentis præstituitur; sicque non omnino liberum, vagum & incertum relinquitur: ac proinde utilis emptio, vel inutilis, adveniente die, judicabitur: atque adeò non in diem simpliciter; sed & sub conditione contracta hîc emptio dicitur, *ut tradit Heigius in hoc* §. *n.* 3.

Huc

Huc referantur, quæ notavi suprà *ad* §. 1.*n.*10. *& seqq. hoc tit.* Usus porrò istius distinctionis sive differentiæ, id est, puràne sit, an conditionalis venditio, cernitur in periculo rei venditæ. Puræ namque emptionis periculum seu interitus ad emptorem; conditionalis verò, ad venditorem pertinet, *l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vend. l. cùm speciem 5. C. eod. & ostensum suprà §. proximo nu. 6.*

4 Id præcipuè in emptione notandum: quasdam conditiones in ea esse singulares, has nimirum duas, addictionem in diem, & legem commissoriam. Ac quidem conditio addictionis in diem receptissima est in venditione. Cæterùm in diem addictio ita fit sive contrahitur: Ille fundus tibi sit emptus centum aureis; nisi intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem alius offerat. *l. 1. & tot. tit. ff. de in diem addict. Fürstl. Würtemberg. erneuert Landrecht, part. 2. tit. 10. & 11. pag. 272. & seq.* Melior autem conditio esse intelligitur, quicquid ad utilitatem venditoris pertinet: velut si precio addatur; vel facilior aut maturior precii solutio offeratur; vel locus opportunior solvendo precio dicatur; vel persona magis idonea accedat, putà quæ satisdationem nullam exigat, vel ea venditori remittat, quæ ei in priori venditione gravia erant, *l. ubi autem 4. §. fin. & l. seq. ff. de in diem addict.* Enimverò venditor necesse habet, meliore conditione allata, priorem emptorem certiorem facere; ut, si quod alius adjecit, ipse quoque adjicere possit, *l. necesse 8. ff. eod. t. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht, pag. 276. §. Entgegen, wann ein anderer, &c.* Et siquidem hoc actum est: ut meliore conditione allata ab emptione discedatur: erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur. Sin autem hoc actum est: ut perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur: erit emptio conditionalis, ut docet Ulpianus in *l. 2. ff. de in diem addict. & ibidem in Paratitl. Wesenbec. nu. 3.*

5 Addictioni in diem non absimilis est altera conditio, in emptionibus itidem frequentissima & celeberrima, videlicet lex commissoria: veluti si quid ita venierit; ut, nisi intra certum diem precium exsolvatur, sit inemptum, *l. 2. & tot. tit. ff. de lege commissor. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht, d. part. 2. d. tit. 10. pag. 272. & seq.* Cum autem lege commissoria venditur; magis est, ut sub conditione resolvi emptio, quàm sub conditione contrahi videatur, *l. 1. ff. de lege commissor.* Protinus verò lex commissa est, si emptor die præfixo non solverit, etiamsi interpellatus non fuerit. Offerre namque debet, si vult se legis commissoriæ potestate solvere, *l. si fundus 4. §. fin. ff. d. tit.* Si tamen venditor, post diem commissoriæ legi præstitutum, precium accipiat, vel saltem petat: legi commissoriæ renuntiasse censetur: nec variare, & ad hanc redire potest, *d. l. si fundus 4. §. eleganter 2. l. d. lege 6. §. ult. & l. seq. ff. eod. t. Fürstl. Würtemb. erneuert Land-*

6 *recht, p. 273. §. Dargegen, wann der Verkæuffer, &c.* Cæterùm utrùm emptio, sub lege commissoriâ contracta, pura sit, an conditionalis, planiùs resolvit Hunn. *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 4. item in resol. ad Treut. vol. 2. disp. 2. q. 56. p. 215.* Porrò exercet hanc legem sive pactionem venditor, tam de ipsa re venditâ, quàm de his, quæ ex ea percepta sunt, & etiam ob deteriorationem rei, actione scilicet ex vendito, *d. l. 4. in princ. ff. de lege commiss.* Nihil siquidem penes emptorem residere oportet ex re, in qua is fidem fefellit: nisi pars precii jam soluta sit, cum qua fructus medio tempore percepti compensantur: *d. l. si fundus 4. §. 1. ff. d. tit. Plebst. disp. 2. de jure topico Würtemberg. th. 36. ad lit. b.*

7 Nec prædictis adversatur, quòd cùm in pignoribus lex sive pactio commissoria (quâ convenit, ut si intra statutum tempus pecunia soluta non sit, creditor pignus in solutum, aut in partem pecuniæ sibi habeat) omnino improbetur, *l. ubi C. de pactis pignorum &c.* etiam in venditionibus eadem pactio (quâ id agitur: ut, si ad diem pecunia soluta non erit, fundus sit inemptus, *d. l. 2. ff. de lege commissor.*) improbari damnarique debeat. *Nam* ratio differentiæ inter contractum emptionis & pignoratitium maxima est: quia tanti res solet vendi, quanti valet. Ideoque si venditio dissolvitur, venditor haudquaquam decipitur. Nec movet, quòd interdum res pro minori, aliquando etiam pro majori precio venditur. Quandoquidē 8
ad ea potius debet jus adaptari, quæ frequenter, quàm quæ perrarò contingunt, *teste Celso in l. nam ad ea 5. ff. de legib.* Contrà autem pignus solet semper fieri pro minori longè precio, quàm res ipsa valeat, ob spem futuræ luitionis. Unde multùm deciperetur debitor, qui cupiditate recuperandæ pecuniæ facilè in quodvis pactum consentiret. Quare voluit lex in hoc prospicere utilitati subditorum, & occurrere captionibus avarorum creditorum; ne per aliquam occasionem res indigentium debitorum pro pecunia pusilla ad se avocarent, ut latiùs id declarant, *Pet. à Bell. Pertica, & D.d. in l. fin. C. de pact. pignor. &c. Joan. Andr. & Panormitan. in c. significante 7. ext. de pignor. Tiraq. de retract. conventional. §. 36. ad fin. tit. glos. 2. n. 224. Molinæus in tract. de usur. qu. 52. n. 364. Negusant. de pignorib. 4. part. in princip. Donell. in tract. de pignorib. c. 13. Pinelus in rubr. C. de rescind. vend. 2. part. c. 1. n. 26. & 28. Bronchorst. cent. 1. miscellan. controvers. assert. 77. Petr. August. Morla in emporio jur. part. 1. t. 9. qu. 14. nu. 7. ubi plures citat.* Vide quoque Ant. Fabrum *part. 1. de errorib. pragmat. decad. 21. error. 6.* & illa, quæ explicatiùs tractavimus *in §. creditor. 4. n. 209. & seqq. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.*

Præter conditiones seu pactiones præfatas, & aliæ em- 9
ptionis contractui nonnunquam adjiciuntur: cujusmodi est pactio, ut emptor præstet usuras precii ex tempore contractûs, *l. initio 5. C. de pact. inter empt. & vendit. composit.* Item, ut venditor, qui vinum aut frumentum vendidit, similiter ex tempore contractûs, præter quantitatem venditam, etiam aliud quippiam præstet, *arg. l. ultra modum 15. ff. de actionib. empt.* Item, ut venditori quando- 10
cunque, vel intra certum tempus redimere liceat rem venditam, *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. comp. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 12. p. 277.* Quibus ex pactis omnibus, in continenti venditioni adjectis, competit actio empti aut venditi eo fini, quod interest, aut ut venditio (veluti, si pactum retrovenditionis factum est) rescindatur: nec necessaria est præscriptis verbis actio, *l. juris gentium 7. §. quinimò ff. de pact. l. Imperator. 16. ff. de in diem addict. prædictâ l. si fundus 4. in princ. ff. de lege commissor. l. qui fundum 75. ff. de contrah. empt. l. tenetur 6. §. 1. ff. de actionib. empt. d. l. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor. &c.* Verùm de pactis, in continenti contractibus subjectis, consulantur Interpretes variè sentientes; *Cujacius lib. 10. observ. c. 24. & ad African. tr. 8. in l. Titius 24. ff. de præscript. verb. Connan. lib. 5. Comment. jur. civ. c. 2. n. 7. Borcholt. in Comment. de pact. c. ult. nu. 54. & seq. Fachinæus lib. 2. controvers. jur. c. 98. & seq. Gæddeus in Comment. de contrah. & commit. stipulat. c. 8. conclus. 2. n. 37. cum seqq. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν, assert. 23. edit. 1. Forsterus junior in tract. de pact. c. 8. quum pacta stricti juris contractibus in continenti subjecta pariant actionem p. 244. & seq. pluresque alii ab iis citati.*

Enimverò valde controvertitur à Doctoribus, num- 11
quid ex pacto de retrovendendo actio realis, vel personalis nascatur? sive, quod idem est, utrùm ex hoc pacto duntaxat contra emptorem, an etiam adversus tertium, qui rem tali pacto venditam possidet, actio detur? Et licèt Baldus *consil. 82. post medium lib. 1.* pactum istud de retrovendendo jus reale nominet: & Paulus de Castro *in l. si, cùm venderet 13. ff. de pignorat. act.* velit, ex tali pacto venditori competere utilem rei vindicationem, adversus possidentem rem, sub tali pacto venditam: tamen verior est opinio existimantium, ejusmodi pactum rem ipsam non afficere; sed saltem obligationem sive actionem personalem producere. Tum quia pactum illud contractui in continenti adjectum, ipsum contractum informare, eique inesse dicitur, *d. l. juris gentium 7. §. quinimò 5. ff. de pact. l. in bonæ fidei 13. ibique Dd. C. eod. l. lecta 40. ff. de rebus credit. si cert. pet.* Atqui contractus emptionis & venditionis personalem 12
solummodo obligationem producit, *l. 1. C. de act. empt.* Ergo & pactum, quod contractui inest, personalem dun- 13
taxat obligationem pariet: cùm non debeat una res duplici jure censeri, *l. cum, qui 23. vers. quod absurdum ff. de usurpat.*

Digitized by Google

[illegible] & [illegible]. & accessorium dissidere à suo principali, *l. cum principalis 178. ff. de reg. jur. c. accessorium 42. eod. in 6.* Tum quia pactum retrovendendi, in contractu venditionis appositum, reputatur quadam pars ipsius, *l. fundi partem 79. ff. de contrah. empt. Tiraquel. in tr. de retractu convention. in præfat. n.21. & §.1. glos.1.*
14 *n. 1.* Pars autem à suo toto discrepare nequit: adeoque quod juris est de toto quoad totum, idem de parte quoad partem esse consuevit, *l. quæ de tota 76. in pr. ibiq; glos. & Bartol. ff. de rei vindicat. l. 3. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. an pars 3. ff. pro derelicto. Menoch. consil. 671. n. 8.*
15 Tum etiam quia eandem potestatem esse contractus & distractus: nec non pactum nihil aliud esse, quàm contractum, scribit Baldus *in l. ab emptione 58. ff. de pact. & in rubric. C. eod. Alex. in l. stipulationum 5. ff. de verb. oblig. Accurs. in l.1. super verb. [illegible] in fin. ff. de oblig. & actionib.*
16 Sicut igitur contractus obligationem & actionem personalem generat: ita & pactum. Atque hanc sententiam Imperialem Cameram approbasse, testatur Mynsing. *cent. 6. obs. 69.* & Gail. *lib. 2. obs. 6. n. 3. & 4.* Eandem amplexi sunt *Dn. Collegæ Bocerus [illegible] 2. [illegible] 3. th. 53. edit. 2. Zasius consil. 12. n. 34. cum seqq. lib. 1. Bronchorst. cent. 1. Miscell. controvers. [illegible] 69. Hartman. Pistoris lib. 1. quæstionum jur. qu. [illegible] 1. n. 7. Hackelman. disp. 11. th. 8. ad lit. a. Wegner disp. 12. th. 2. sub lit. k. Treutler. vol. 1. disp. 28. th. [illegible] lit. c. [illegible] Bachovius in [illegible] not. pag. 1087. [illegible] lib. 3. [illegible] resolut. jur. [illegible] 7. part. 1. quæst. 6. item in [illegible] ad Treutler. vol. 2. disp. 2. qu. 59. p. 220. cum seqq. Hartman. Hartmanni lib. 2. observat.*
17 *tit. 22. obs. 5. n. 7. & alii ab iisdem annotati.* Cæterùm plures quæstiones, pactum [illegible] de retrovendendo concernentes, [illegible] *post alios, à se allegatos, Tiraquellus [illegible] convent. § 1. & seqq. Covarruv. lib. 3. [illegible] 8. & seqq. [illegible] Molina [illegible] part. 1. [illegible] 14. & seqq. [illegible] 10. de empt. & [illegible] part. 1. de [illegible] pragmat. [illegible] 9. [illegible] 10. [illegible] 2. & 3. decad. 22. [illegible] 3. 4. 5. 7. & seqq. [illegible] 23. [illegible] 15. & seqq. decad. 24. [illegible] 1. & seqq. [illegible] 25. [illegible] 1. & seqq. Hunnius d. resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. qu. 57. cum seq. p. 218. & seq. [illegible] cap. 2. 3. 4. 6. 7. 8. 11. 12. [illegible] & Matthias Berlichius conclus. [illegible] part. 2. conclus. 1. & 2.*
18 Porrò ecquid pactum de vendendo ex certa causa initum, causa cessante [illegible] debeat? Et an pactum de futura venditione, ad certum tempus adstrictum, eo tempore elapso, expiret? an item pactum de vendendo juramento confirmatum, in venditionem perfectam de præsenti transeat? an denique pactum de vendendo resolvatur in venditionem de præsenti, si non solùm precium est expressum, & pars precii soluta, sed etiam traditio rei secuta? has quæstiones singulas novissimè accuratè discussit & examinavit Berlichius *decis. aur. 142. cum tribus sequentib. p. 528. & seq.*

§. *Loca 5. & ultimus.*

Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam) frustrà quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit: habebit actionem ex empto, quòd non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

SUMMARIA.

1 *Regulariter omnium rerum, quas habere, vel persequi licet, venditio [illegible].*
2 *Rei sacræ, religiosæ, publicæ, & liberi hominis emptio quatenus valeat, [illegible].*
3 *Res sacra vel [illegible] dignoscitur a re profana vel privata, [illegible].*
4 *Res sacra & [illegible] venditioni alterius rei interdum accedit, licèt per se vendi non possit.*
5 *Prohibitum est vendere res furtivas, litigiosas, dotales, feudales, & emphyteuticas.*
6 *Venenum [illegible] emptio regulariter nulla est.*
7 *Annona militaris, & frumentum publici canonis cur vendi nequeat.*
8 *Qui eunuchi vendi possint.*
9 *Purpuram vendere privatis non permittitur.*
10 *Arma, vinum, oleum & cætera [illegible] barbaris seu hostibus vendere non licet.*
11 *An arida, sive frumenta hostibus vendere sit licitum.*
12 *Pœnæ & odia restringenda.*
13 *Lex pœnalis, in uno casu constituta, propter rationis identitatem vel majoritatem, etiam ad casum non expressum extenditur.*
14 *Rem suam nemo rectè emit.*
15 *Quod [illegible] est, [illegible] fieri nequit.*
16 *[illegible] rei, quæ pro parte empta est, & pro parte solùm venditoris, [illegible] valeat, adeoque in tota re consistat.*
17 *Jure Wurtembergico subditus prædium aliquod provinciale forensi vendere, aut jura sua cedere non potest.*
18 *Eodem jure cellaria, granaria, aliaque, quæ ædibus adhærent, separatim [illegible].*
19 *Res aliena [illegible] vendi potest: sed tamen propterea nihil juris domino aufertur.*
20 *Res tam præsentes, quàm futuræ quatenus vendantur.*
21 *[illegible] emptionem spei, & rei futuræ.*
22 *Res omnes, sive corporales, sive incorporales, vendi possunt.*
23 *An jus accrescendi transeat in [illegible] hæreditatis.*
24 *Hæreditas [illegible].*
25 *Emptor hæreditatis [illegible] hæredis obtinet.*
26 *Portio [illegible] accrescit.*
27 *[illegible] succedat [illegible].*
28 *Hæres quatenus post [illegible] hæreditatem hæres maneat.*
29 *[illegible] §. ult. [illegible] rest.*
30 *An [illegible] cum [illegible] de jure accrescendi.*
31 *[illegible] quod [illegible].*
32 *[illegible] emptori [illegible] transmissarii.*
33 *[illegible] non habet [illegible] jus accrescendi.*
34 *[illegible].*
35 *Jus accrescendi [illegible] non obstat.*
36 *[illegible] post venditam hæreditatem, tenetur creditoribus hæreditariis & [illegible].*
37 *Jus accrescendi [illegible] habeat.*
38 *[illegible] in locum est surrogatum.*
39 *[illegible] annuorum [illegible].*
40 *[illegible] & rem ipsam [illegible].*
41 *[illegible] consistit, merx & precium.*
42 *[illegible] consistat.*
43 *Quicquid [illegible] est, vendi potest.*
44 *[illegible] connumeratur.*
45 *Ad emptionem [illegible] quæ requirantur.*
46 *[illegible] quid.*
47 *[illegible].*
48 *Pecunia [illegible] data, quatenus cum pecunia permutari possit.*
49 *[illegible] quando pecunia [illegible] datur pro minutâ.*
50 *Omnia jura, [illegible] precio rectè æstimantur.*
51 *Mutuum tam fictum, quàm verum, usuram inducit.*
52 *Contractus mutui quomodo differat ab emptione annuorum redituum.*
53 *Contractus [illegible] non debent claudicare.*
54 *Natura emptionis quæ sit.*
55 *Non eventus, sed potius contrahentium intentio, inspici debet.*
56 *In annuorum redituum emptione, enormiter læsis num competat remedium l. 2. C. de rescind. vendit.*
57 *[illegible] qui. 26. §. 1. C. de usur.*
58 *[illegible] d. l. 2. C. de rescindend. vend. ad quid tendat.*
59 *Contractus emptionis redituum an usurarius.*
60 *Principium, non eventus spectandus.*
61 *Emptio solo consensu contrahitur.*
62 *Precii numeratio non ad perfectionem, sed ad complementum emptionis desideratur.*
63 *Emptio-venditio qualem actionem emptori, ante precii numerationem, pariat.*
64 *In emptione & venditione ultrò citròque obligatio nascitur.*
65 *Solutione ejus, quod debetur, obligatio solvitur.*
66 *Venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberatur.*
67 *In emptione annuorum redituum quid [illegible] æstimandum.*
68 *In istac emptione quid [illegible] censeantur.*
69 *An fundi [illegible] cum sorte [illegible].*
70 *Emptio-venditio quid ex parte venditoris, quid item ex parte emptoris requirat.*
71 *In emptione [illegible] quale precium in venditorem transferatur.*
72 *Emptio-venditio ut mutuo consensu contrahitur: ita mutuo consensu resolvitur.*
73 *Emptio dolo inita, an & quatenus subsistat.*
74 *Intellectus l. ex empto 11. [illegible] si quis 5. Julianus 13. §. 5. & 27. ff. de actionib. empt. & consimilium.*

75 Emptio

Digitized by Google

75 *Emptio vi metuve facta, utrùm valeat.*

76 *Causa læsionis ultra dimidium justi pretii, emptio-venditio rescinditur.*

77 *Cur læsio, quæ non excedit dimidium justi pretii, à legibus permittatur.*

78 *In definiendâ rei æstimatione tempus contractûs spectandum.*

79 *Contractus ab initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis.*

80 *Quod semel placuit, amplius displicere nequit.*

81 *Sententia l. 3. C. de rescind. vendit.*

82 *In omnibus æquitatis potius, quam stricti juris, ratio habenda.*

83 *Reipubl. interest, locupletes habere cives.*

84 *Res tanti valet, quanti vendi potest.*

85 *Venditio prætextu paulò vilioris pretii non rescindenda.*

86 *Quatenus contrahentibus se invicem circumvenire liceat, & num. 103.*

87 *Nemo præsumitur vires suarum facultatum ignorare.*

88 *Error in facto propria intolerabilis putatur.*

89 *Nemo præsumitur suum jactare.*

90 *An beneficium l. 2. C. de rescind. vendit. etiam olim obtinuerit.*

91 *Sententia l. si quis, cum alter. 36. ff. de verb. obligat.*

92 *Summa l. res bona. 54. ff. de contrah. empt.*

93 *Nemo debet locupletari cum alterius damno.*

94 *Tenor l. 1 [illegible]. 38. ff. famil. erciscund.*

95 *Locatio ob vilitatem mercedem rescindi non potest.*

96 *Sententia l. 3. C. quib. ex caus. major. in integr. rest.*

97 *In bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum est, in melius reformari debet.*

98 *Verba l. [illegible]. 61. ff. de ædilit. edict.*

99 *Consideratio l. si duo. 47. ff. de evictionib.*

100 *Interpretatio l. 2. ff. depositi.*

101 *Nusquam in Digestorum libris rata invenitur venditio, quæ immodicam læsionem continet.*

102 *Quæ notabilia sunt, perspicuè exprimenda sunt.*

103 *Sententia l. in causæ. 16. §. penult. ff. de minorib. & similium.*

104 *Verus intellectus l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. ff. de re judicat.*

105 *Num remedium l. 2. C. de resc. vend. etiam in emptore procedat.*

106 *Emptor & venditor correlativè sibi opponuntur.*

107 *Quod in uno correlativorum statuitur, idem in altero statuendum.*

108 *Omnibus æqualiter lege succurritur.*

109 *Beneficium d. l. 2. C. de rescind. vendit. cur venditori tributum.*

110 *Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio.*

111 *Remedium d. l. 2. ex humanitate profluxit.*

112 *Ignorantia in rebus alienis præsumitur.*

113 *Cuinam d. l. 2. de quo loquatur.*

114 *Leges Codicis ut plurimum ad certas facti species sunt accommodatæ.*

115 *An eadem sit ratio subveniendi emptori, quæ venditori.*

116 *Contrariæ rationes refelluntur.*

117 *Utrùm decisio l. 2. C. de rescind. vend. in rebus mobilibus locum habeat.*

118 *Cur in d. l. 2. venditionis fundi duntaxat fiat mentio.*

119 *Exempla regulam non restringunt.*

120 *Nunquid venditor remedio l. 2. C. de rescind. vend. uti possit, si ei renunciaverit.*

121 *Renunciatio generalis non extenditur ad ea, de quibus verisimiliter non est cogitatum.*

122 *Dolus in generali sermone non includitur.*

123 *Generalis renunciatio refertur ad ea omnia, de quibus renuncians cogitavit vel in genere, vel in specie.*

124 *Juri & favori suo quilibet renunciare potest.*

125 *Notariorum stylus, pro locorum diversitate, varius.*

126 *Ecquid beneficium l. 2. Cod. de rescind. vend. verum rei suæ valorem scienti tribuatur.*

127 *Scienti & volenti nulla fit injuria.*

128 *Sciens æquiparatur renuncianti & donanti.*

129 *Ignoranti plus favetur, quàm scienti.*

130 *Liberalis nemo in necessitatibus existit.*

131 *An juramentum in contractu præstitum de non contraveniendo, excludat majorem à beneficio l. 2. Cod. de rescind. vendit.*

132 *Omne juramentum, quod non vergit in æternæ salutis dispendium, est servandum.*

133 *Absolutio requiritur à juramento per metum extorto.*

134 *Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis.*

135 *Absolutio tollit vinculum juramenti.*

136 *Juramenti vis est, ut contractum confirmet, adeò ut rescindi nequeat.*

137 *Num remedium l. 2. C. de rescind. vend. non tantùm ad emptionem, sed & alios contractus sit transferendum.*

138 *Beneficio d. l. 2. locus est in locatione & conductione: ejusque ratio multiplex.*

139 *Merces precium appellatur.*

140 *Conductor emptor dicitur.*

141 *Summa l. si olei. 21. C. de locato.*

142 *Tenor l. si merces. 25. §. 6. ff. locati.*

143 *Novæ leges, juris veteris correctoriæ, non facilè extra suos fines trahendæ.*

144 *An constitutio l. 2. Cod. de rescind. vend. in emphyteusi locum inveniat.*

145 *Argumentum à feudo ad emphyteusin sumptum, probabile est & frequentissimum.*

146 *Feudum non est contractus, sed beneficium.*

147 *Utrùm in permutationibus locus sit beneficio l. 2. C. de rescind. vendit.*

148 *Permutatio locum obtinet emptionis.*

149 *Ad objectionem respondetur.*

150 *Utrùm dictæ l. 2. sit locus in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum. remissivè.*

151 *Ecquid in divisionibus locum habeat remedium d. l. 2. C. de resc. vend.*

152 *Divisio intelligitur quædam permutatio, emptionique finitima est.*

153 *Quid juris in divisione per sortem factâ.*

154 *Restitutionum causæ ex initio discutiendæ.*

155 *Propter eventûs incertitudinem multa admittuntur, quæ aliàs non admitterentur. Item, an & quatenus unus ex pluribus fratribus vel sociis beneficio d. l. 2. uti possit, remissivè.*

156 *An decisio d. l. 2. C. de rescind. vend. porrigenda sit ad stricti juris contractus, variæ variorum sententiæ.*

157 *Qui exceptione perpetua tutus, per errorem solvit, solutum condicere potest.*

158 *Error potius præsumitur, quàm donatio.*

159 *Respondetur ad objectionem.*

160 *Ad aliam instantiam respondetur.*

161 *Num transigens rescissionem transactionis petere, vel ad supplementum justi precii agere queat.*

162 *Referuntur DD. illud affirmantes.*

163 *Referuntur DD. illud negantes.*

164 *Referuntur DD. distinguentes.*

165 *Negantium sententia approbatur.*

166 *Heres rogatus restituere hereditatem, si quadruplo minus restituat, quàm in hereditate fuit, quatenus ad restituendum, quod amplius est, teneatur.*

167 *Sententia l. a Divo Pio. 15. §. 3. ff. de re judic.*

168 *Quod transactionis nomine datur, non repetitur, licèt res nulla media fuerit.*

169 *Transactio servanda est, etiamsi dolosè plus debito sit petitum.*

170 *Transactio rescindi nequit sub prætextu instrumentorum noviter repertorum.*

171 *Lites transactionibus legitimis finitæ, resuscitari non debent.*

172 *Juramentum & transactio æquiparantur.*

173 *Causa per juramentum finita, retractari non potest.*

174 *Quando læsio allegari non possit.*

175 *Dubius litis eventus.*

176 *Sententia & transactio comparantur.*

177 *Transactiones & pacta stricti sunt juris.*

178 *Transactio naturam emptionis habet.*

179 *Mens & interpretatio l. si superstite. 5. C. de dol. mal.*

180 *Explanatio l. Imperatores. 3. §. 1. ff. de transact.*

181 *Codicis pars testamenti censetur.*

182 *Consideratio l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.*

183 *Evidens calumnia quid significet.*

184 *Calumniosus quis vocetur.*

185 *An in donatione procedat lex 2. C. de rescind. vendit.*

186 *Donatio perfecta revocari nequit.*

187 *Nemo invitus donat.*

188 *Communionem suscipere nemo cogitur.*

189 *Propositum in mente retentum, nihil operatur.*

190 *Quando donatori reponitur detur.*

191 *Si emptor thesaurum in fundo empto invenerit, an venditor in partem ejus sit vocandus.*

192 *Res, quæ nullius est, occupanti conceditur.*

193 *Thesauri definitio.*

194 *Privatio habitum præsupponit.*

195 *Thesaurus ante inventionem in nullius dominio est.*

196 *Thesaurus ut fundi pars non est: ita nec est fructus fundi.*

197 *Commoda cujusque rei eum sequi debent, quem sequuntur incommoda.*

198 *Quod quis in suo invenit, id ei omni jure debetur.*

199 *Sententia & expositio l. a tutore. 67. ff. de rei vind.*

200 *In judicandâ læsione tempus contractûs inspiciendum.*

201 *Thesaurus donum fortunæ dicitur.*

202 *Contractus venditionis & locationis sunt similes.*

203 *Immoderatum quid significet.*

204 *Intellectus l. 2. C. de alluvionib.*

205 *Argumentum à locatione ad emptionem quatenus ducatur.*

206 *Conductori ob nimiam sterilitatem pensio minuenda.*

207 *Ecquid auxilium l. 2. C. de rescind. vend. adversus tertium ac singularem successorem competat.*

208 *Obligatio personalis non sequitur fundum.*

209 *Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus:*

210 *Contra tertium possessorem quando agi possit.*

211 *Sententia l. in causæ. 13. §. fin. ff. de minorib.*

212 *An venditori liceat adversus emptorem agere, quando venditor ultra dimidium est læsus, & res vendita sine culpâ emptoris periit.*

213 *Causa dotis semper & ubique præcipua est.*

214 *Ubi quantitas debetur respectu certæ speciei; specie peremptâ; debitor est liberatus.*

215 *In dubio magis favendum est reo, quàm actori.*

216 *Intellectus c. cum dilecti 3. & c. cum causa. 6. de empt. & vendit.*

Digitized by Google

217 *Quando emptor compelli possit ad solvendum precium, licèt res sine* [illegible].
218 *Si quis vendat minore precio rem majoris precii, eâ clausulâ adjectâ, & si quid pluris valet, donat: utrum is jus ad rescindendum contractum* [illegible].
219 *Clausula (et si quid pluris valet, donat) in quâ quantitate locum teneat, & quid operetur.*
220 *Quid juris sit, si illa clausula generaliter hoc modo sit concepta: & si quid pluris valet, totum illud & omne donat.*
221 [illegible] *natura quæ sit.*
222 *Leges non verbis, sed rebus sunt impositæ.*
223 *Sensus l. ult. §. idem quæsit. ff. de condict. indebit.*
224 *Consideratio l. [illegible] 32. §. Lucio. 8. ff. de aur. & arg. legat.*
225 *Renunciatio generalis omnium beneficiorum, non tollit remedium l. 2. C. de rescind. vendit.*
226 *An inspiciendum sit necessariò, si precii quantitas à venditore data summam* [illegible] *non excedat.*
227 *Venditio viliore precio donationis causâ facta, est vera dona*[illegible].
228 *Quid* [illegible].
229 *Remissio* [illegible] *quadam consistit.*
230 [illegible] *spectanda.*
231 *Quando venditio viliori precio facta, donationis veræ naturam induat.*
232 *Num quid* [illegible] *propter læsionem rescindatur, quando facta est* [illegible].
233 [illegible] *non restituitur quam si venditio cum de*[illegible].
234 [illegible] *& [illegible] juris alienari non possunt.*
235 [illegible] *l. [illegible] C. de præd. decurionum sine decr. non alien.*
236 [illegible] *præsumptionem excludit.*
237 [illegible].
238 [illegible] *judicandum.*
239 *Utrum dispositioni l. 2. C. de resc. vend. sit locus, si venditio facta sit publicâ subhastatione præcedente.*
240 *Humanitatis ratio in omni venditione militat.*
241 *Quamvis res tanti valeat, quanti vendi potest.*
242 *Eequid in datione in solutum locus relinquatur legi 2. C. de rescind. vend.*
243 *Datio in solutum voluntaria similis est venditioni.*
244 *Si ex datione in solutum* [illegible] *infertur, remedium appellationis competit.*
245 *Respondetur ad instantiam.*
246 *Quæ actio competat ad rescindendam venditionem propter læsionem ultra dimidium.*
247 *Quas in allegem ex emptio & venditio veniant.*
248 *In bonæ fidei judiciis veniunt omnia, quæ ex æquo & bono præstanda sunt.*
249 *Objecti* [illegible].
250 *Redhibitio quid, & quando locum habeat, & quâ actione petatur.*
251 [illegible].
252 [illegible] *an & quatenus in integrum restituantur.*
253 [illegible] *sit locus.*
254 [illegible] *quando detur.*
255 *Consideratio l.* [illegible] *6. C. de actionib. empti.*
256 *Jus* [illegible] *sive retractûs, generali consuetudine introductum,* [illegible] *quandoque retrahit.*
257 *Res majorum in familiâ nostrâ permanere debent.*
258 *Solennia retractûs* [illegible] *diligenter observanda.*
259 *Jus retractûs* [illegible].
260 *Retractus intra annum & diem fieri debet.*
261 *Mora purgatio quando non admittatur.*
262 *Tempus, juri retractûs præfinitum, ex quo die currat.*
263 *Retrahens justum & integrum precium emptori offerre necesse habet.*
264 *Si quid emptor extraneus* [illegible], *justo majus sit; an hoc integrum à retrahente sit offerendum.*
265 *Jus protimiseos quatenus domino emphyteutæ detur.*
266 *Antiquus fisci colonus quatenus* [illegible] *in novâ conductione præferatur.*
267 *Natura empti* [illegible] *suadet, ut tam emptor, quam venditor* [illegible].
268 *Nemo duplici* [illegible].
269 *Privilegium* [illegible] *non debet esse conjunctum cum damno* [illegible].
270 *Surrogatum sapit naturam ejus, cujus in locum surrogatur.*
271 *Nemini* [illegible] *suum auferendum.*
272 [illegible].
273 *Quando* [illegible] *contingat; id de justo precio est accipiendum.*
274 *Leges* [illegible] *veram excedit, non im*[illegible].
275 *Retrahens cum precio non solum sumptus, tempore contractûs factos, sed & necessarias utrasque impensas emptori refundere tenetur.*
276 *Nisi in fraudem* [illegible] *impensa nimis magna sint factæ.*
277 *Cautela retrahenti* [illegible].
278 *Particularis precii oblatio quando sufficiat.*
279 *Mora non contrahitur, nisi debitum sit liquidum.*
280 *Quid retrahenti faciendum, si emptor oblatum precium accipere recuset.*
281 *Forma dat esse rei; adeoque ad unguem servanda.*
282 *Utrum in datione in solutum locus sit retractui.*
283 *In solutum datio duplicitèr fit.*
284 *Alienatio legione prohibita, de voluntaria est accipienda.*
285 *Contractus partium consensu absolutus, ne quidem Imperiali rescripto extinguendus.*
286 *Utrum si res non vendita, sed donata sit, juri retractûs locus sit reliquus.*
287 *Emphyteuta licèt sine consensu domini rem emphyteuticam vendere nequeat: donare tamen eam potest.*
288 *Venditionis verbo quatenus omnis alienatio contineatur.*
289 *Donatio in quos conferatur.*
290 *Neque in permutatione, neque transactione, neque divisione, neque locatione, &c. locus retractui* [illegible].
291 *An locus sit retractui, si prædium retractui obnoxium una cum aliis prædiis sit venditum.*
292 *Tot censentur contractus, quot res sunt separatæ, in contractum deductæ.*
293 *Venditis pluribus rebus, quarum una Titii est, eam solam Titius* [illegible] *potest.*
294 *Licèt uno precio plura prædia sint vendita, de singulis tamen empti & venditi agi potest.*
295 *Consideratio* [illegible] *8. de in integ. restit.*
296 *Num retrahens* [illegible] *teneatur, si emptor omne, quod uno precio emit,* [illegible].
297 *Beneficium* [illegible] *auferri nequit.*
298 *Alteri per alterum* [illegible] *non inferenda.*
299 [illegible] *§. 1. ff. de minorib.*
300 *Consideratio l. communi.* [illegible] *12. ff. communi divid.*
301 [illegible] *emptorem & venditorem* [illegible] *contractus sit nullus.*
302 *Venditio sub conditione fieri potest.*
303 *Verba & tenor l. si hominem. 19. ff. de usurpat. & usucap.*
304 *Jus retractûs tantum locum habet in rebus immobilibus.*
305 *An jus retractûs in venditione jurium locum habeat.*
306 *Jura inter immobilia censentur.*
307 *Quænam actiones ex contractu emptionis & venditionis nascantur.*
308 *Actio empti cui, adversus quem, & ad quid competat.*
309 *An ad dominii translationem necesse habeat venditor vacuam possessionem rei venditæ emptori præstare.*
310 *Quando aliquid in potestatem domini rediisse dicendum sit.*
311 *Asinina detentio ad acquirendum dominium nihil valet.*
312 *Ex naturali possessione dominium capit.*
313 *Duo in solidum ejusdem rei possessores & domini esse nequeunt.*
314 *Quatenus traditione dominium rei acquiratur.*
315 *Quod uni juris loco deest, ex aliis supplendum est.*
316 [illegible] *respondere.*
317 *Verus intellectus l. si* [illegible] *fundum. 68. §. ult. ff. de contrah. empt.*
318 *Explicatio & sententia l. si fundum* [illegible] *de fundo dotali.*
319 *Actionem qui habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere* [illegible].
320 *Interpretatio vitio carens, legibusque conveniens, omnino admittenda.*
321 *Si res vitiosa emptori tradatur, quæ actio ei concedatur.*
322 *Si res falsa commendatione pluris justo vendita sit, ad quid agatur.*
323 *Quid venditor in venditione equi præstare debeat, remissivè.*
324 *Quid veniat in empti judicium.*
325 *Actio venditi cui, ad quid, & contra quem, detur.*
326 *Num emptor usuras precii solvere venditori teneatur, quando nullos fructus ex re venditâ percipit.*
327 *Consideratio l. curabit. 5. C. de actionib. empti.*
328 *Sensus l. 2. de usuris.*
329 *An usurarum præstationi sit locus, si venditor rem liberam emptori non tradidit.*
330 *Sententia l. Julianus. 13. §. 21. ff. de actionib. empti.*
331 *Utrum absque crimine usuræ venditor* [illegible] *cum emptore* [illegible], *donec precium rei venditæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur.*
332 *Emptor usuras præstare cogitur ex æquitate.*
333 *Objectioni respondetur.*
334 *Non sine labe usuræ potest rem carius vendere, ob concessam dilationem ad solvendum precium.*
335 *Quid emptor præstare teneatur.*

DE rebus, quæ emi vendivè possint, Paulus JC. certam proponit regulam, dum inquit: omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit: quas verò natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt: earum nulla venditio est. *l. si in emptione 34. §. 1. ff. de contrah. empt.* Hujusque regulæ ratio non est obscura: quia idcirco emimus rem, ut eam habeamus; & vendimus, ut precio accepto eam tradamus: 1
proin-

Digitized by Google

proindeque quam habere non licet, eam ne emere qui-
2 dem; imò cùm non habeamus, ne tradere quidem possumus: *docente Vultejo ad principium hujus tit. n.21.* Unde rectè ait hic Imp. Justinianus: rei sacræ, religiosæ sive sanctæ, & publicæ, itemque liberi hominis emptionem, à sciente factam, non valere, *l. hanc legem 22. l. litora 51. l.*
3 *liberi 70. cum simil. ff. de contrah. empt.* Et quidem loquitur Imperator disertè de eo, qui sciens ejusmodi rem emit: propterea quòd & liberi hominis & rei sacræ, & religiosæ, & publicæ emptio, si ab ignorante fiat, subsistit, *l. & liberi 4. l. sed Celsus 6. d. l. liberi 70. ff. d. tit.* Ratio ejus est libertas commerciorum: id est: quoniam difficilè dignosci potest res sacra, religiosa vel publica à re profana, vel privata: sicuti liber homo difficilè dignoscitur à servo, *l. quia 5. ff. eodem tit. l. justo 44. circa pr. ff. de usurp. & usucap.* Ac sanè cùm quis rem sacram, vel similem ignorans emit: emptio intelligitur ad hoc ut emptor, qui rem sacram, religiosam vel publicam, pro re profana vel privata, deceptus à venditore, emit; habeat actionem ex empto, per quam consequatur, quod sua interest, se deceptum non esse, *hoc §. nostro.* Aliàs autem emptio non tenet, *l. qui officii 62. § 1. ff. de contrah. empt. Wesenb. hic n. 2.* Sicque fit interdum, ut licèt emptio non subsistat: emptor tamen habeat actionem ex empto adversus venditorem, ut consequatur quod sua interest: idque summè notandum esse, monet Borcholt. *hic n.3.* Et copiosius, suo more, explanat Donellus *ad tit. C. quæ res venire non poss. n.9. & seqq.*
4 Enimverò illud silentio involvi non debet: rem sacram aut religiosam alterius rei venditioni nonnunquam accedere posse, etiamsi per se vendi nequeat, *l. in modicis 24. ff. de contrah. empt. l. quæ latam 62. ff. de acq. rer. dom.* Sic jus patronatus (i. e. jus præsentandi & conferendi beneficium) quod sacrum est, transire cum universitate, certum est. *c. cum seculum 13. ibique gl. in verb. empt. de jure patr. Duar. ad t. ff. & C. de contrah. empt. c. 2. p. mihi 1362.*
5 Præterea prohibitum est, vendere res furtivas, *d. l. si in emptione 34. §. item si & empt. ff. de contrah. empt. §. furtivæ & §. seq. supra de usucap. l. incivilem 2. C. de furtis,* litigiosas, *l. alienationes 13. ff. fam. ercisc. l. 1. §. 1. ff. & tot. tit. C. de litigiosis, ibique in Paratit. Cujacius, l. 1. §. ult. ff. quæ res pignori vel hypoth. datæ obligari non poss. Mynsinger. cent. 1. observ. 55.* dotales immobiles. *initio tit. supra quib. alien. licet, vel non. tot. t. ff. de fundo dotal. & mihi Wesenb. in Paratit. l. unic. §. cum & § ult. C. de rei uxor. act.* & feudales. Si enim vasallus citra domini consensum vendiderit feudum, eo privatur idque ad dominum revertitur. *tit. unic. de prohibit. feud. alienat. per Lothar. &c. unic. de prohibit. feud. alienat. per Frider. Borcholt. in Comment. ad libr. Feud. cap. 8. nu. 32. & seqq. Rosenthal. in Synopsi feudal. cap. 9. conclus. 2. cum seqq.* Sicque quoque res emphyteuticas vendere non licet. Nam si emphyteuta, inconsulto domino, vendiderit emphyteusin: redit ipsum jus ad dominum, & emphyteusis
6 finitur. *l. 3. C. de jur. emphyteut.* Et hoc explicatiùs enodavimus *in §. adeò n. 423. & seqq. infr. de locat. & conduct.* Veneni item mali, quod nullo modo adjectione alterius materiæ nobis usui esse potest, emptio nulla est, *l. quod sæpe 35. §. veneni 2. ff. de contrah. empt. Menoch. lib. 2. de ar-*
7 *bitr. jud. cent. 4. cas. 359.* Adhæc non rectè quispiam vendiderit annonam militarem; & frumentum publici canonis sive publicæ anniversariæ præstationis, *l. 3. & 4. C. quæ res venire non possunt.* Utriusque ratio non obscura est: quia hæc frumenta adservari in eos usus, ad quos destinata sunt, ad summam Reipublicæ pertinet. *Donell. ad d. t. C.*
8 *quæ res venir. non poss. n. 48.* Eunuchi quoque seu servi castrati Romanæ gentis vendi non possunt. Barbaræ autem gentis eunuchos, si in potestatem nostram venerint, impunè vendere & emere licet, ut reliquos servos, *l. 2. C. de eu-*
9 *nuch.* Sed & purpuram vendere privatis non permittitur, *l. 1. & 2. C. quæ res venire non poss. & ad istum t. præclarè Molinæus pag. 192. Connan. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 7. n. 1.* Cui constitutioni mores veterum Romanorum causam dederunt. Purpura namque erat insigne summorum Magistratuum, & maximè Imperatoris. Itaque hoc caverunt Romani: ne si omnibus purpuram tingere & vendere liceret, usus purpuræ vilesceret; & præterea materia assiduo usu consumeretur. *Donell. loco prællegato, n. 58.*

Et de purpurâ plura, observatu valde digna, tradit Petr.
Gregor. Tholosan. *lib. 6. de Republ. c. 20 n. 7.* Sic etiam Ro- 10
mani arma barbaris sive hostibus vendere prohibentur: ut & vinum, oleum, garum, &c. ne scilicet armis instructi validiores reddantur: vel illis liquoribus illecti, promptius fines Romanorum invadant, *l. 1. & 2 C. quæ res exportari non deb. ubi Cujacius & Sichardus.* Quæstio autem 11
hic movetur: cùm *in d. l. 1. C. d. t.* dicatur, liquamina non esse vendenda barbaris vel hostibus: quid juris sit in aridis? Ut si, *exempli gratia,* mercator adveheret frumentum Turcis, qui & barbari sunt, & perpetui hostes Romani Imperii: an eadem pœna esset plectendus, quâ plecteretur, si vinum, aliudve liquamen adveheret? Et respondet glossa *ad d. l. 1. in verbo, liquaminis. C. eod.* idem eadem ratione dicendum; adeoque legem istam à liquamine ad arida extendendam esse. Quam glossam esse auream & 12
plurimùm notandam, rectè ait Molin. *ad d. t. C. quæ res exportari non debeant.* Quamvis enim regulariter pœnæ & odia restringenda sint. *l. interpretatione. 42. ff. de pæn. c.* 13
odia. 15. de reg. jur. in 6. tamen ubi invenitur lex aliqua pœnalis, in uno casu constituta: ea propter rationis vel identitatem, vel majoritatem, etiam ad casum non expressum extendi potest. *arg. l. ssa. 8. §. ult. ibi, post intellectu aliquo ipse prohibere videtur. ff. de rel. & sumpt. funer. l. his solis. 7. ibi. satis etiam tacite cautum. C. de revocand. donat. cum similibus allegatis infr. ad § & & inter publica. 10. n. 6. tit. de publ. judic.* Si igitur prohibitum est sub gravissimâ pœnâ oleum vendere hostibus barbaris, ob hanc maximè rationem: quod illud adjumentum afferat ad communem vitam: quantò magis puniendus est is, qui frumenta illis advehit: cùm sine iis nullo pacto commodè vivi possit. Suæ insuper rei emptionem non valere, vix 14
dubium est. *l. si 15. §. 2 & l. suæ rei. 16. ff. de contrah. empt. l. cùm rei 4. C. eod. l. servum 37. ff. de condict. indebit.* Quia 15
quod alicujus est, amplius ejus fieri nequit. *§ sed si rem. 10. suprà de legat.* Sed quæri hîc solet: utrum res, quæ pro 16
parte emptoris sive alterius est, & pro parte solùm venditoris, venditio simpliciter facta valeat, & in totâ re, vel in parte duntaxat, quæ venditoris est, consistat? Et breviter ex mente Doctorum concludendum est: si emptor sciat, rem pro parte tantùm venditoris esse; intelligi venditionem pro parte solummodo contrahi. *l. qui tabernas. 32. ibique Alberic. de Rosa. ff. de contrah. empt.* si verò credat emptor, rem integram & liberam esse venditoris; in solidum venditionem factam censeri, *arg. l. cum venderes 59. ff. eod. tit. l. 1. §. 1. l. si fertiis 21. §. 1. & l. in venditione. 41. ff. de action. empt.* si denique dubitetur, quid emptor cogitaverit, rursus integram rem in hoc dubio venditam præsumi, *arg. l. ex his prædiis. 5. C. de evictionib. Iason in §. sic itaque discretus. n. 21. infr. de actionib. huncque referens Petrus Aug. Morla in emporio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 85.* Tametsi ex quantitate pretii, aliisve circumstantiis colligi possit, an tota res, vel tantum pars, vendita videatur; ut, *post Bartol. & alios plures à se citatos,* notat Gomezius *tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 12.* & Fabinianus de Monte S. Sabini *in tract. de empt. & vend. quæst. 6. princ. n. 35.*
Jure præterea renovato Würtembergico non sine ra- 17
tione singulariter cautum est: ne quis subditus prædium aliquod provinciale forensi sive peregrino vendat, aut nomina sua, aliaque jura cedat. *Landrecht. part. 2. tit. 9. pag. 267. §. Wir setzen, &c. item tit. 33. p. 321. item Landsordnung. pag. 25. tit. das niemand keinem, so nit unter unsers Fürstenthums Obrigkeit gesessen, einig liegend Gut zu kauffen gebe.* Quin & cellaria, granaria, stabula, horti, alia- 18
que, quæ ædibus adhærent, separatim sine domo aut ædibus, eodem jure vendi nequeunt. *Fürstl. Würtembergisch. erneuert Landrecht, d. part. 2. tit. 9. pag. 266. §. gleicher Gestalt &c.* Omnia quippe hæc, & similia ædium esse censetur; ac proinde divisim & sejunctè ab ipsis ædibus avellenda non sunt, *l. prædiis 91. §. Balneas 4. & §. seq. ff de legat. 3. l. Julianus 13. §. ult. cum ll. seqq. ff. de actionib. empt. Bertazol. in tract. de claus. instr. claus. 26. gl. 13. quem refert & sequitur Joan. Jacob. Plebst. disput. 2. de jure locali Ducatûs Würtemb. th. 26. edit. 1. Mantica de conjectur. ult. volunt. lib. 9. tit. 2. n. 43. Berojus consil. 48. n. 12. vol. 2. & Surdus decis. 134. n. 313. & 15.* ubi etiam dicit, quòd vendito equo, seu

Digitized by Google

mula, censeantur quoque vendita ornamenta, si eo tem-
pore, quo viderunt contrahentes mulam seu equum, se-
cum ornamenta habuerint, *juxta tradita Baldi in l.2.n.4.
C.de ædil.edict. & Jasonis in §.actionum n.58. Instit. de ac-
tionibus nosque referentis Acacii Antonii de Ripoll. var.
jur. resol. cap.11. n. 346. & seq. fol.360.*
19 Porrò res alienas vendi posse, nulla dubitatio est, *res-
pondente Ulpiano in l.rem alienam 28.ff.de contrah.empt.*
quia sufficit, venditorem pro evictione teneri, *l.ex empto
11.§.2.ff.de actionib.empt.l.si fundum 27.C. de evictionib.*
quo tamen nihil juris invito domino aufertur, *l.nemo 6.
C.de reb. alien. non alienand.l.mater 3.C. de rei vindicat.
Gomez.d.tom.2.var.resol.c.2. n.8. Wesenb.in Paratit.ff.de
contrah.empt.n.7.Mozz.in tract.de empt.& vend.tit.de reb.
qua emi & vendi poss.num.10. Fabian.de Mont.d.tract.de
empt.& vend.q.4.pr.n.7. aliique ab his allegati.* Quibus
adjiciendus est Acacius Antonius de Ripoll. *d. cap.11.*
20 *n.246. cum seqq.p.355.& seq.* Sanè circa omnes res, tum
præsentes, tum futuras, ut fructus & partus, emptio &
venditio versatur, *l.nec emptio 8.in pr.ff.de contrah.empt.*
21 Quinimò & spei sive aleæ emptio valet: veluti cùm ca-
ptus piscium, vel avium, vel missilium emitur, *d. l. nec
emptio 8. §.1.ff.eod.l.si jactum 12.ff.de actionib.empt.* Cæ-
terùm multùm refert: rei futuræ, an spei sit emptio. Hæc
namque præsens & pura est, tenetque, licèt nulla res se-
quatur, *d.l.nec emptio 8.§.1.ff. de contrah.empt*, illa verò
semper conditionalis est, *d.l.8.in princ. ibi, jam tunc,&c.
ff.d.tit.ibique Mudæus cap.3.Gomez.prædicto cap.2.num.7.*
Proindeque nullis natis fructibus, nulla emptio est, *arg.
l.necessario 8.in pr.ibi, quod si sub conditione ff.de peric. &
commod.rei vend.& l.1.§.fin.ff.de condit.& demonstrat.* &
datum precium repetitur condictione sine causa, *Glos.in
l.si debitor 39. in fin. in verb. responsum est, ff.de contrah.
empt.* Si qui verò nati fuerint fructus, quantumvis te-
nues; perficitur emptio; nec fit emptori ulla ob sterilita-
tem remissio, *tradente Mudæo loco præallegato.* Quod si
certa & determinata rei futuræ quantitas ematur, ut pu-
tà decem modii frumenti: constituitur precium ex eo,
quod natum fuerit, *d. l.si debitor 39. §. 1. & ibi Bartol.
Bald.& alii ff.de contrah.empt.l.inter stipulantem 83.§.sa-*
22 *cram 5.vers.pro quo ff.de verb. oblig.* Illud quoque hic
non ignorandum; quòd in venditionem cadant non solum
res corporales, sed & incorporales; ut hereditas & actio,
tot. tit.ff.& C.de heredit. vel act. vendit. ut servitus, *l. si
aquaductus 47.ff.de contrahend.empt.l.arboribus 12.§.usu-
fructuarius 2.l.non utitur 38.ff.de usufructu d. l. necessario
8.§.fin.ff.de peric.& commod. rei vend.* item annuus cen-
sus sive reditus, *de quo vide Recess. Imperii de Anno 1548.
tit. Von Wucherlichen Contracten,&c.* Atque eâ de re ex-
planatiùs tractatur infrà *n.39. & multis subsequentibus.*
An porrò & quatenus actiones per venditionem & si-
miles modos in alium transferantur, & cedantur, per-
quàm copiosè explicuit Hunnius *lib.4.var.resol. jur. civ.
part.7.tract.de actionib.qu.3.& seqq.pag.1352.& seqq.*
23 Quæri forsan non ineptè hoc loco potest: num jus
accrescendi transeat in emptorem hereditatis? *Exempli
gratia:* Sempronius heres est institutus à Titio, ex semisse.
Vendidit ille suam portionem hereditatis Cajo. Post
venditionem factam portio coheredis deficit. In discep-
tationem sive quæstionem jam venit: utrum venditori
Sempronio, tanquam heredi principali directo, an emp-
tori Cajo portio isthæc deficiens accrescat? Et duæ po-
tissimùm reperiuntur contrariæ Doctorum sententiæ:
una vult, venditori accrescere: altera, emptori. Prioris
auctores sunt *Petr.de Bellapert. Iason, Ripa.& Crot.in l.re
conjuncti.89.ff.de legat.3.Rayn.de Forol.in l.1.§.interdum.
ff.de usufruct.accresc.Cuman.in l.Papinian.43.ff. ad Sena-
tusc.Trebell. Salicet.in l.un. C. quando non petentium part.
petentib.accresc.Vasquius in tit.de tacitis substit.seu de jure
accresc. lib.3.§.21.num.65.vers. illud autem dubium est,
&c. Ant. Gomez.tom.1.var.resolut.cap.10.de jure accresc.
num.44.Dn.Collega Bocer.class.2.disp.3.th.16.edit.2.& in
hoc tit.num.77.cum seqq.pag.374.Cujacius lib. 12. observ.
cap.13.& lib.3.notator. Mercat.cap.12.Bronchorst.cent.1.
ἐναντιοφανῶν. assert.93.edit.1.Treutler.d.vol.1.disp.28.thes.
12. lit. a. ibique in suis Not. Bachovius pag. 1091. & seqq.
Fachinæus lib.10.controvers.jur.cap.3. & cap. 69. nec non
Ant. Faber part.2. de errorib.pragmaticor.decad.50.error.
5. & Ortolphus Fomannus disp. 22. corollar. 2. ubi citat
etiam Iohannem Suevium in tract.de jur.accresc.lib.2.cap.2.*
Posterioris sententiæ assertores sunt *Bartol. ad d. l. re
conjuncti.89.num.26.ff.de legat.3.Curt.junior in d.l. unic.
C.quando non petent.partes,&c.Duaren.de jure accrescen-
di. lib.2.cap.6. Ioan.Robert.lib. 3. animadversion. jur. civ.
cap. 12. & libr. 3. not. ad notata Mercat. c. 12.Arumæus
Exercit. Iust. 14. thes. 7.& disputat.13.Pand.thes.5.Andr.
Gerhardi decad.14.quæst.8.Hunnius disputat.16. thes. 11.
& lib.3.var.resol.jur.civ.tr.7.part.1.quæst. 8. itemque in re-
sol.ad Treutler.vol. 2. disput. 2. quæst. 63. p. 231.* Atque
hæc posterior sententia mihi probabilior videtur, ex sub-
sequentibus maximè fundamentis. I. Quia hereditas est 24
jus universum. *l. hereditas.62.ff.de reg. jur. l.hereditatis.
119.& l.pecuniæ.178.§.hereditas. ff. de verb. signif.* Ideo-
que hereditate venditâ, semper illud jus venditum intel-
ligitur, quod penes heredem futurum esset, si ea vendita
non fuisset; ut neque amplius, neque minus juris emp-
tor habeat, quàm apud venditorem, eundemque here-
dem futurum fuerit. *l.2.in princ.ff.de hered. vel act. ven-
dit.* II. Quia non solùm quod ad venditorem heredi-
tatis pervenit; sed & quod ad heredem ejus ex heredi-
tate pervenit, emptori restituendum est: & non tantùm,
quod jam pervenit; sed & quod quandoque pervenerit,
restituendum est, *d. l. 2.§. non tantum. 4. ff. eod. tit.* III. 25
Quia emptor hereditatis, vicem heredis; atque adeo om-
nia jura hereditaria obtinet, *d. l. §. cùm quis. 18. ff. eod.*
Quemadmodū igitur deficientis coheredis portio ipsi
aliàs accrescit heredi: ita & emptori hereditatis accrescit.
IV. Quia portio deficiens, velut alluvio, portioni accres- 26
cit. *l. si Titio.33. in fin.ff.de usufruct.* Cum ergo portionem
hereditatis habeat emptor, non venditor: illi, non verò
huic, portio deficiens accrescet. *l.si totam 83.ff.de acquir.
vel omit. hered. d. l. Papinianus. 43.ff.ad Senatus c. Tre-
bellian.*

Nec oberit huic fundamento, si objiciatur: vendito- 27
rem habere portionem hereditatis eo ipso, quod ejus pre-
cium, quod succedit loco rei, habeat. *l.si & rem 22.ff.de pe-
tit.hered.l.quia qui precio.39.ff.de usufruct. l. si quis pecu-
niam.4. §. ult. ibique glos. in verb. possidere ff. si quis omissa
caus.test.&c.* Nam Jurisconsultus *in d.l. si Titio.33.ff.eod.*
respexit ad eum, qui reverà possidet rem hereditariam,
aut legatam; non ad eum, qui juris interpretatione, vel
fictione quadam rem habere intelligitur. Idque non
obscure colligitur ex comparatione, quam ipse inter
partem hereditatis deficientem, & inter alluvionem in-
stituit. Quod enim accedit fundo vendito per alluvionem,
emptoris lucro est, non venditoris: quamvis precium
fundi venditi habeat venditor. *l.id, quod. 7. ff. de peric. &
com.rei vendit.* Itaque sicut venditor fundi, non ideo
fundum habere censetur, quia precium habet, ut commo-
dum alluvionis ipsi acquiratur: ita de venditore heredi-
tatis, aut rei legatæ, in propositâ quæstione dicendum
est. Eâ quippe similitudine usum fuisse Jurisconsultum
credibile est, ut sophisticis hujusmodi rationibus viam
præcluderet. *Duarenus loco suprà notato.*

Non item obstat assertioni nostræ, quod heres non possit 28
vendere hereditatē, nisi eam adierit: & qui semel adiit he-
reditatem, heres permaneat, *l.ei qui solvendo.88.ff. de he-
red.instit.l.ex facto.43.§.ult.ff.de vulg. & pupill.subst.l.ait
prætor.7.§.sed quod Papin.10.in fin.ff.de minor.l.2.C.de pac-
tis.* Respondetur etenim: heredem post venditam heredi-
tatem manere quidem heredem, sed nudo duntaxat nomi-
ne: emptorem verò quoad affectum esse heredem, ut qui
hereditatem, ejusq; commoda obtineat: Atqui portio de-
ficiens non accrescit illi, qui nudum tantùm heredis nomen
sed ei, qui portionem hereditatis habet: cùm portio illa
non personæ; sed portioni accrescat, *dict. l. si Titio.33.ff.
de usufructu,* Neque ad rem pertinet, si regeratur:
venditorem hereditatis, ob jus & nomen heredis, quod
retinet, intelligi habere portionem hereditatis. Siqui-
dem jam antè ostensum est: quod quemadmodum al-
luvio accrescit veræ portioni, sive ei, apud quem vera
est portio: ita quoque portio hereditatis accrescat ei,
qui

Digitized by Google

qui reverâ hereditatis portionem habeat: non alii, *dict. l.* 33. *ff. dict. tit.*

29 Pari ratione nihil adversatur *d. l. si quis pecuniam* 4. *§. ult. ff. si quis omissa causa testamenti, &c.* ubi is, qui hereditatem vendidit, adhuc possidere intelligitur. *Quanquam idem* ibi non dicit simpliciter Ulpianus; venditorem hereditatis possidere: sed videri possidere. In rei namq; veritate possidere nequit: cum & dominium & possessionem in hereditatis emptorem transtulerit. Cæterùm quod ICtus. ait, illum videri possidere: id secundum subjectam materiam illius, de quo ibidem agit, edicti Prætoris intelligendum est: *ut copiosius hoc declarat Robertus d. libr. 3. animadvers. jur. civ. cap. 12. pag. mihi* 311.

30 Similiter nihil urget, quod de voluntate testatoris affertur, videlicet ei nihil dandum esse, cui nihil dari voluit testator. *Nam* testator ei dari voluit jus accrescendi, qui hereditatem suam habiturus est; quam nunc emptor habet. Venditor autem isto jure se indignum fecit: qui quantum in ipso fuit, voluntatem illius repudiavit: & honori, sibi à testatore delato, pecuniam prætulit, *arg. l. ita tamen 27. §. qui suspectam 2. ff. ad Senatusconf. Trebell.* Adde quod de testatoris voluntate quærendum aut curandum non est, cùm agitur de jure accrescendi in hereditate: quoniam in hereditatibus lex jus accrescendi inducit, invito etiam testatore: nec voluntatem defuncti spectat, nisi cùm tractatur de jure prælationis, *ut in l. item quod Sabinus 17. §. 1. & l. si ita quis 66. ff. de hered. instit.*

31 Rursus nullius momenti est, quod objicitur; venditorem hereditatis id tantum vendere intelligi, quod jam ipsi venditionis tempore ad eum pervenit; proindéq; non, quod postea accrevit aut accessit, *d. l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend.* Etenim illud eò spectat, ut intelligamus, non esse audiendum venditorem, si ex post facto dicat, non aliud se vendidisse, quàm quod in hereditate fuit vel mortis, vel aditæ hæreditatis tempore: si modò ex hereditate, aut per occasionem hereditatis aliquid amplius consecutus sit ab aditâ hereditate. Non verò eò pertinet ut id, quod post venditionem accreverit seu accesserit, emptori non acquiratur. Quamvis enim jus accrescendi nasci videatur post diem venditionis, si ex inde coheredis portio deficiat, quæ vendita non fuit: causam tamen habet venditione antiquiorem, neque acquisitionem portionis venditæ, quam aditam & acquisitam fuisse necesse est, priusquam vendi potuerit. Hoc ipso enim, quòd quis partem hereditatis adit, licèt alia portio nondum defecerit, nec proinde ipsi data fuerit; utramque tamen in eum casum, quo etiam alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur; ita ut ei postea nova aditione non sit opus, *l. si quis heres 35. l. si duo 38. l. si solus 80. §. ult. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Utramque igitur portionem vendidisse credendus est, *vel ex dicta ipsa l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend.* ubi Ulpian. satis manifestè indicat, venditorem hereditatis omne jus, quod habuit tempore venditionis, vendidisse videri. *Atque ita ad istud objectum Cujacianum, quantumvis aliàs contrariam sectetur opinionem, respondet Ant. Faber d. conjectd. 50. de error. pragmaticor. error. 5. pag.* 1204.

32 Hoc ampliùs non resistit, quòd fideicommissarium non sequantur ea, quæ post hereditatē restitutam accesserunt, si heres sponte adierit hereditatem, *per notata Cujacii d. lib. 12. observat. cap. 12. & 13.* Etsi enim melior videtur esse debere conditio fideicommissarii, quàm emptoris; propterea quòd universalis ille successor sit, hic verò singularis: attamen certū est, aliam esse rationem emptoris hereditatis, & aliam fideicommissarii. Emptor siquidem habet jus & causam ab herede, eodemque venditore non à testatore: fideicommissarius autem non nisi à testatore, licèt per manus heredis. Hincq; fit, ut plus juris videatur dandum emptori, qui in omne jus venditoris sui successit, ex ipsius venditoris voluntate, quàm fideicommissario, in quem nec transferre quicquam voluit heres, nec transferre testator, nisi quod esset in fideicommisso. Sed & videtur posse imputari venditori, cur non dixerit legem apertiùs; sibique nominatim jus illud accrescendi non exceperit, *l. veteribus 39. ff. de pact. l. Labeo scripsit 21. ff. de contrah. empt.* facitq; pro emptore, quòd plerunque eadem sit causa emptoris, quæ venditoris, *l. invitus 156. §. plerunque ff. de reg. jur.*

Nihil quoque refragatur, quòd inter succedentes diverso jure, non habeat locum jus accrescendi, *l. sed cùm patrono. 6. in pr. ff. de bonor. possessionib.* Hic autem succedatur diverso jure: cùm heres succedat ex testamento: emptor verò ex contractu *Nam* dicendum: emptorem hereditatis repræsentare ipsum heredem, vicemque heredis obtinere: ut ita eodem jure succedere intelligatur emptor, quo heres, *d. l. 2. §. cùm quis 18. ff. de heredit. vel act. vendit.* 33

Adhæc minimè decisionem nostram imminuit textus in *d. l. ex facto 43. §. final. ff. de vulg. & pupill. substit.* ex quo evincitur, quòd ad eum, cui portio hereditatis aufertur, & fisco applicatur, pertineat portio deficiens; non autem ad fiscum, qui aliam portionem habet. *Quoniam respondetur:* substitutionem illic fuisse expressam coheredis, non item fisci: & coheredem satis fuisse punitum in eo, in quo fecit contra legem, ut inquit ibi Jurisconsultus *in vers. satis enim, &c.* nimirum ut suam portionem amitteret, propter fidem accommodatam de restituendo incapaci. Vel succinctiùs responderi poterit: in substitutione aliud esse, quàm in jure accrescendi: si quidem illa personam respiciat, non verò portionem. *Et ita Fachinæus ipse, contrariæ favens opinationi, argumentum istud refutat, prædicto lib. 10. controvers. jur. cap. 3. & 69.* 34

Præterea nihil negocii facessit nostræ sententiæ: quòd jus accrescendi in contractibus non obtineat, *arg. l. si mihi & Titio 110. in princ. ff. de verb. obligationib.* utpote in quibus totum negocium strictæ pressæque contrahentium dispositioni relinquatur, *arg. d. l. veteribus 39. ff. de pact. l. triticum 94. & l. quicquid 99. ff. de V. O.* Primum enim dicendum est: emptionem-venditionem hereditatis excipi: eò quòd emptor hereditatis vicem heredis sustineat; *d. l. 2. §. cùm quis 18. ff. de heredit. vel act. vend.* Deinde respondendum: emptorem in nostro casu non tam ex contractu, quàm ultimâ defuncti voluntate jus accrescendi habere: cùm testator credatur voluisse, ei tribui jus accrescendi, qui hereditatem suam, quam nunc emptor tenet, sit habiturus, *ut explicatum sup. n. 30.* 35

Insuper parùm movet in contrarium, quòd venditor, etiam post venditam, & jam præstitam hereditatem, teneatur creditoribus hereditariis, itemque legatariis, *l. 2 C. de heredit. vel actionib. vendit. l. 2. C. de legat.* Nam ideò à creditoribus & legatariis heres, itemque venditor, & non emptor, convenitur: quia heres debitor non potuit illorū jus contrahendo tollere aut mutare, *l. debitorum 25. cum l. seq. C. de pact.* nec in aliam personam transferre obligationem, quam aditâ hereditate, quasi contrahendo, sponte suscepit, *§. heres 5. infr. de obligat. quæ q. ex contract. nasc. Wesenbec. in Paratit. ff. de heredit. vel act. vendit. n. 5.* 36

Finaliter non obloquitur nostræ sententiæ, quòd jus accrescendi inter eos regulariter duntaxat locum habeat, qui ab ipso testatore conjuncti sunt, *arg. §. si eadem res 8. supr. de legat. l. triplici modo 142. ff. de verb. signific. l. Attius 11. l. heredes 63. ff. de heredib. instituend. l. unic. §. his ita definitis 10. & seq. C. de caduc. tollend.* Atqui emptor hereditatis non fuit cum eo, qui defecit, à testatore conjunctus; sed heres, qui vendidit hereditatem. Huic proinde, non verò illi portio deficiens accrescere debet. Non, *inquam,* hoc nostræ sententiæ obloquitur. Quia respondetur: emptorem hereditatis non quidem conjunctum fuisse ab ipso testatore heredi deficienti in hereditate: sed tamen in hereditate vicem ejus, qui à defuncto heredi deficienti conjunctus fuit, repræsentare ac sustinere; & consequenter ejusdem jure gaudere, *d. l. 2. §. cum quis 18. ff. de her. vel act. vend.* cùm surrogatum sapiat naturam ejus, cujus in locum surrogatum est: & qui in locum alicujus successit, succedat etiam in ejusdem jura. *arg. l. si eum 10. §. qui injurjar. ff. si quis caution. in jud. sist. caus. fact. l. si judex 32. & l. mortuo 66. ff. de judic. l. filiæ 28. §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Atque de isthac quæstione vide novissimè latiùs dissertantem Erasmum Ungepaur. *exerc. Just. 12. quæst. 3. pag. 441. & seqq. edit. ult.* itemque D. Besoldum *in delibatis juris ex lib. 18. ff. quæst. 8. pag. 22. & seq.* 37 38

Addenda hoc loco difficilis illa quæstio est: an emptio-venditio annuorum redituum, pensionum sive censuum sit licita & valeat? De hac quæstione licèt mirificè Doctores disceptent, aliis in alia opinionum diverticula transeuntibus, 39

Digitized by Google

euntibus; *ut apparet ex iis, quæ latè tradidere Andreas Tiraquellus in Commentar. de retraict-lignagier §. 1. gloss. 6. n. 15. & seqq. Fachinæus lib. 2. controversiar. jur. c. 42. cum seq. & lib. 8. cap. 2. Hotoman. lib. 2. obs. 15. Petrus Friderus Mindanus lib. 2. de mandat. judic. cap. 72. & Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 7. part. 1. quæst. 2. item in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quæst. 36. pag. 177. & seq. aliique ab istis relati*: eorum tamen probabilior mihi sententia videtur, qui annuorum redituum emptionem-venditionem subsistere contendunt. Ubicunque enim sunt omnia & vera emptionis-venditionis substantialia, ibi quoque em-
40 ptionem esse necessum est. Positis quippe substantialibus partibus alicujus rei universis, utique & rem ipsam poni necesse est. Atqui in venditione annuorum redituum omnes ac singulæ partes emptionis substantiales ponuntur. Igitur emptionem-venditionem annuorum censuum
41 seu redituum veram esse emptionem necessum est. Assumptio hoc modo probatur: Partes substantiales emptionis-venditionis tres perhibentur: consensus, merx & precium, *arg. principii & §. 1. hujus tit. l. 1. l. nec emptio 8. cum l. seq. ff. de contrab. empt.* De consensu mutuo ementis & vendentis annuum reditum, quin ille intercedat, planè non dubitatur: quoniam is ab omnibus præsupponitur. De precio itidem constat, quòd sit ea pecunia, quæ pro annuo censu sive reditu datur. Merx verò, quæ emitur & venditur, sunt annui reditus. Hi siquidem sunt res certæ: ac proinde emi vendique possunt, *d. l. nec emptio 8. ff. de contrab. empt. l. jubemus 14. §. fin. C. de sacrosanct. Eccles. Clement. monasteriorum 1. de reb. Eccles. non alienand. Novell. 72. c. 7. Fridericus Martini in Commentar. de jure censuum, seu annuorum redituum, &c. cap. 3. n. 139. cum seq. & c. 6. n. 8. & seqq. item n. 170. & seqq. Conradus Summerbard. de contract. lib. q. 72. & 73. Johan. à Medina. de reb. per usur. acquisit. quæst. 12. Dominicus de Soto de justit. &
42 jur. lib. 6. q. 5. artic. 1.* Adhæc indubitatum est: usumfructum posse pecuniâ emi, *l. necessariò 8. §. ult. ff. de peric. & com. rei vend.* aliisque titulis constitui, *l. omnium 3. ff. de usufruct.* Igitur consimiliter & annui reditus, sive in fructibus, sive in pecuniâ solvendi, emi vendique poterunt:
43 cùm inter usumfructum & annuum reditum, quoad propositum, nulla evidens ratio diversitatis dari queat. Præterea quicquid merx est, & rebus immobilibus connumeratur: illud, nisi specialiter prohibeatur, vendi & emi po-
44 test, *arg. hujus §. nostri.* Atqui annuus census sive reditus merx est, & rebus immobilibus annumeratur, *per textum apertum in Clement. exivi. 1. §. cùmque annui reditus post princip. de verbor signific. d. l. jubemus 14. in princ. ibi, annonas civiles C. de sacrosanct. Eccles. Novel. 7. in princ. ibi, aut civiles annonas, &c. Novell. 120. c. 1.* Idque fusiùs demonstrant Tiraquellus *d. Comment. de retraict-lignag. §. 1. gloss. 6. n. 4. Molinæus in tract. commerc. quæst. 37. num. 273. Mynsin. cent. 2. obs. 69. Gail. lib. 2. observat. 10. n. 1.* & alii per
45 eos allegati. Ideoque annuum reditum emi & vendi posse, omnino statuendum est: si modò hæc tria requisita concurrant. Primum, ut emptor precium venditori det absque ullâ repetendi facultate. Secundum, ne pensio, census vel reditus justam quantitatem ratione precii excedat. Tertium, ut reditus semper & liberè à venditore, restitutâ sorte, redimi queat. *Molin. d. tract. commercior. quæst. 50. n. 351. Frider. Felician. de Solis lib. 1. de censib. cap. 10. n. 28. Mindan. d. lib. 2. c. 72. n. 4. ubi hæc requisita paulo latiùs explicat.* Atque istam sententiam non solùm Pontifices, Martinus V. & Calixtus III: comprobarunt, *c. 1. & 2. Extravagant. de empt. & vendit.* verùm etiam Divi Impp. Maximilianus I. Anno 1500. & Carolus V. Anno 1530. & Anno 1548. constitutionibus suis Augustæ promulgatis confirmârunt, *sub tit. von wucherlichen Contracten.* Ubi saluberrimè cautum est: emptiones & venditiones annuarum pensionum, censuum atque redituum licitas quidem & permissas esse: ita tamen, ut pro centum aureis quinque tantùm annuatim recipiantur: & quod supra hanc summam accipitur, usurarium existimetur, *Gail. d. lib. 2. obs. 5. nu. 11. & obs. 7. n. 15.* Cui consonat [illegible] jus nostrum renovatum Würtembergicum *part. 2.* [illegible] 264. §. *derwegen auch.* &c. Eidemque sententiæ [illegible] tum sinceriores Theologi, *D. Iac. Andreæ, Universitatis hujus Cancellarius olim dignissimus, Socer meus reverenter colendus. In der Abfertigung des ungegründeten Gegenberichts der zu Regenspurg An. 1587. geurlaubten Prediger, & passim in Concionib. suis de usuris, Ratisbonæ habitis, & D. D. Joan. Brentius in c. 6. Luc. homiliâ 61. & cap. 19. Luc. homiliâ 29. item inter consilia Theolog. D. Bidembachii decad. 1. cons. 4. & alii nonnulli.* tum saniores Jureconsulti, *Carolus Molin. d. tr. commercior. n. 20. & seqq. Didacus Covarruv. lib. 3. var. resolut. c. 7. n. 2. Gail. d. lib. 2. obs. 7. n. 5. & seqq. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 62. Hunnius locis suprà allegatis. Forster. lib. 3. disp. 18. th. 7. Hackelman. disput. 11. th. 3. ad lit. F. Paulus Berens disp. 11. ad Institut. them. 1. quæst. 6. Fridericus Martin. d. Comment. de jure censuum, &c. c. 3. n. 137. & seqq. D. Besoldus in delibatis juris ex libro 18. ff. quæst. 5. pag. 21.* nec non idem Besold. & Lindenspür. *in Commentar. ad ordinationes politicas Ducatus Würtembergici. fol. 24. Vom Auffnehmen der Gülten n. 9. cum seqq. pag. 63. & seqq. aliique plures.*

Non obstat huic traditioni, quòd proprius ac primus 46
usus pecuniæ sit, ut per eam cæteræ res æstimentur: non, ut ea sit sui ipsius æstimatio, *l. 1. ff. de contrab. empt. l. 1. ff. de rer. permutat. §. item precium 2. sup. hoc tit.* ac proinde non liceat emere annuos reditus, pecuniâ solvendos; & sic pecuniam aliâ pecuniâ æstimare, pecuniamque pecuniâ emere: cùm ex hoc usus pecuniæ pervertatur. Illud, *inquam,* non obstat. Etsi enim primus ac proprius hic sit pecuniæ usus, ut eâ res aliæ æstimentur; non verò, ut sit sui ipsius æstimatio: nihil tamen quic- 47
quam impedit, quo minùs secundus & improprius usus pecuniæ in sui æstimatione consistat, & cum aliâ pecuniâ commutetur: sicut & calcei primus ac proprius usus est, ut pedem tegat: improprius autem & secundus esse potest, ut cùm aliâ re, puta gladio, permutetur: maximè cum nemo unquam dubitaverit, quin pecunia aurea cum argenteâ, itemque argentea cum æreâ permutari possit: quod Campsores quotidie facere conspiciuntur. Unde 48
fit, quòd & pecunia certæ quantitatis unicâ solutione data, permutari & mensurari possit cum pecuniâ, quæ minori summâ, pluribus minoris summæ solutionibus reddenda sit: siquidem minores illæ & plures solutiones, unicâ illhac majori æstimentur. Ac sanè emptio- 49
nem censeri, quando pecunia grossa datur pro minutâ, docet Bartolus *in l. nummis 3. n. 2. ff. de in lit. jur.* cumque referens Pinelus *in l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. rubr. c. 3. n. 15.* Præterea diligenter observandum est: in annuis reditibus, emptionis titulo comparatis, pecuniam non esse mercem, nec sui ipsius æstimationem. Haud etenim 50
annua pensio in pecuniâ solvenda; sed potiùs jus ipsum percipiendi annuam pecuniariam pensionẽ æstimatur & emitur. Quod quia realem adfert utilitatem: ceu merx, precio emi potest: sicuti jus venandi, jus servitutis, jus jurisdictionis, jus percipiendi tributum, & similia jura, realem utilitatem adferentia, precio rectè æstimantur & comparantur, *Molin. d. tract. commercior. n. 20. in fin. Covarruv. d. lib. 3. var. resolut. c. 7. n. 2. vers. non oberunt, &c. Frid. Martini. d. c. 3. n. 150. & seqq.*

Nihil quoq; obstat, quòd mutuum non tantum verùm, 51
sed & fictum; usuram constituit & inducit, *c. ad nostram 5. de empt. & vendit. c. illo vos 4. de pignorib. cap. in civitate 6. de usur.* Ast in hac emptione annui reditûs, in pecuniâ constituti, mutuum saltem fictum & interpretatione quadam intercedit. Quemadmodum enim in contractu mutui debitor in eodem genere reddere tenetur, *l. 2. ff. de reb. credit. si cert. pet.* siquidem transit pecunia in dominium recipientis & ejus est periculum, *arg. l. incendium 11. C. si certum petitur.* sic & in hoc contractu, quo annui reditus emuntur, debitor eodem in genere reddere obligatur, id est, pecuniam: ejusque dominium acquirit, & periculum subire compellitur. Usura verò hîc subesse videtur ex eo, quòd pecunia immediatè fructum pecuniarium, pro rata sortis & temporis parit. Nihil, *inquam,* hoc obstat. Quia contractus mutui, sive veri, sive (*ut loquuntur*) interpretativi, ab emptione annuorum redituum seu censuum perspicuè differt. Nam in mutuo pecunia mutuò data salva manet creditori, & repeti potest secundùm conventionis legem: sed in emptione annuorum redituum sors,

tanquam

Digitized by Google

tanquam precium in venditorem illicò transfertur; adeò ut emptor eam, quamdiu reditus solvuntur, revocare & repetere nequeat. Quin & in mutuo sub usuris principalis obligatio nascitur ad ipsam sortem, & accessoria ad
52 usuras. Verùm in emptione annuorum redituum principalis obligatio non est ad sortem repetendam, sed ad annuam pensionem præstandam. Itaque in hac specie supra sortem nihil accipitur: sed loco sortis; id est, precii perpetuò alienati, annuus reditus, ceu merx empta, singulis annis numeratur & redditur. *Molin. d. tract. commerc. n.21. Covarruv. d. lib. 3. resolut. cap. 7. n.2. vers. secunda ratio, &c. Guilhelm. Bont. in tract. de usur. num. 58. eumque citans Frider. Martini d. cap. 3. num.* 146.

53 Nihil item obstat, quòd contractus jure comprobati & legitimi non debent claudicare: nec debet contrahentium alius præ alio aggravari, *arg. l. non debet alteri 74. ff. de reg. juris. non debet 22. eod. in 6.* Sed in redituum venditionibus valdè prægravatur emptor præ venditore; quòd huic, restituto precio, recedere à contractu liceat pro libitu, illi
54 verò nequaquam. Hoc, *ajo*, nihil obstat. Etenim quòd emptor sortem seu precium, quando vult, reddere ac recipere non potest, hoc cum iniquitate conjunctum non est. Siquidem hæc natura & indoles est emptionis, ut precium in venditorem irrevocabiliter transeat. Nec illud iniquum est, quòd emptor, precio recepto, cedere jure suo cogitur: quoniam exinde nullum patitur damnum; eo quòd suum recipit. Et licèt damnosum fortassis ei foret: tamen sibi imputet cur hujusmodi inierit contractum. Sed & contractum aliquem claudicare, & uni lucrosum, alteri damnosum esse posse, argumento est contractus societatis; imò & mutui, qui lucrum debitori duntaxat affert: creditori damnosus esse potest. Quid enim, si creditoris interfit plurimùm, pecuniam suam habere, ut quâ ipse indigeat? Non utique tenetur debitor ante diem præfinitum pecuniam reddere, tametsi hoc damno creditori sit
55 cessurum. Haud quippe eventus consideratur: sed ipsa potiùs contractûs natura, ipsorumque contrahentium intentio inspicitur, *Hunn. d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 7.*
56 *part. 1. quæst. 2. vers. ad duodecimum, &c. pag.* 1076. Similiter non obstat, quòd si de jure valida esset emptio-venditio annuorum redituum; tunc etiam remedium *l. 2. C. de rescind. vendit.* in ea locum haberet, & ita læsis saltem ultra dimidium justi precii, subveniendum esset. *Consequentia* namque negatur: quia illis, qui in annuorum redituum emptione circumventi & læsi sunt enormiter,
57 non opus est beneficio *dictæ l. 2. C. d. tit.* Tum quia si talis interveniat læsio; contractus ob defectum necessarii requisiti ipso jure nullus est: ita ut nullâ penitus indigeat rescissione, *argument. l. non dubium 5. C. de legib.* Tum etiam quia satis prospectum est emptori *per l. eos qui 26. §. 1. C. de usur.* ubi conventio, quâ usuræ promissæ sunt, si modum præfinitum excedat, infirma pronunciatur. Proinde si annua pensio legitimum usurarum modum egrediatur, atque in fraudem legitimarum usurarum
58 fiat: contractus emptionis non servabitur. Quin nec ideo propositum argumentum concludit: quia beneficium *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* non ad contrahendam emptionem-venditionem pertinet nec essentiale emptionis-venditionis requisitum continet: sed ad resolvendam emptionem spectat. Unde sanè perperam concluditur: quòd in quo contractu deficiat remedium *d. l. 2.* ille emptio-venditio dici nequeat. *Hunn. d. quæst. 2. vers. ad decimum tertium, &c. pag.* 1077.

59 Præterea non obstat: quòd, cùm post aliquot annorum curricula, nempe post 20. annos, reditus excedant preciũ, palàm fit; annuorum redituum emptionem esse contractum usurarium: & consequenter illicitum; ac jure improbatum. *Nam* propter illud contractus iste emptionis non censendus est turpis aut illiberalis: cùm emptor non ex re alienâ, sed propriâ (nimirum ex emptis reditibus sive jure percipiendi istos reditus) fructum percipiat: & idem in aliarum rerum sive prædiorum emptionibus evenire soleat, ut videlicet post multos annos lucrum & utilitas rei emptæ precium datum excedant: & tamen nemo propterea hujusmodi emptiones iniquitatis damnavit un-
60 quam. Principium enim, non eventus considerari debet: sufficitque, contractum emptionis redituum initio neq; ex formâ, neque ex intentione contrahentium usurarium fuisse, *Andr. Gail. d. lib. 2. observ. 7. n. 8. Berens d. q. 6. p.* 257.

Hoc ampliùs non obstat, quòd emptio ex eorum con- 61
tractuum numero est, qui solo consensu contrahuntur, *tot. tit. supr. de obligationib. ex consens. & per principium hujus tit.* Hæc autem conventio annuorum redituum re contrahitur; & antequam numerata pecunia sit, nulla obligatio concipitur, *teste Hotomano d. lib. 2. observation. c. 15.* Nam respondetur: conventionem istam, quam pri- 62
mùm contrahentes consenserint, veram perfectamque emptionem esse: adeò, ut precii numeratio non ad perfectionem, sed ad complementum ejus desideretur: sicut & in qualibet emptione aliâ accidit. *Nec movet*, quòd priusquam precium fuerit numeratum, efficax obligatio inde non nascatur. *Præterquam* enim, quòd in nudo Hotomani testimonio nititur, commune hoc cum aliâ quavis emptione habet: quandoquidem emptio-venditio em- 63
ptori, etiam ante precii numerationem, actionem quidem parit; sed talem, quæ per exceptionem elidatur, *l. Julianus 13. §. offerri 8. ff. de act. empt. & dictum supra ad principium hujus tit. n.* 16.

Insuper non obstat, quòd in emptione & venditione 64
ultrò citroque obligatio nascitur: ac propterea bonæ fidei judicium ex eo contractu constituitur. Ast hoc in negocio; & is solus, cui fundus traditur, obligatur, & restrictè ex iis tantùm, quæ linguâ nuncupata sunt, adstringitur. Hoc, *dico*, non obstat. Quia ex emptione-venditione annuorum censuum seu redituum ultrò citròque obligatio nascitur. Nam sicut censitus ad annuam pensionem; ita censitor ad precii solutionem obligatur. *Fri-* 65
deric. Martini d. cap. 3. n. 173. Deinde nihil absurdi statueretur, etiamsi diceretur: hunc qui fundum tradidit, obligatum non esse: cùm traditione & solutione ejus, quod debetur, liberatio contingat: atque obligatio ista, quæ priùs tenuit, dissolvatur, *toto tit. infr. quibus mod. tollit. obligat.* Sed & hoc idem in cæteris emptionibus obtinet; 66
ut venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberetur; & emptori obligatus esse desinat. *Hunn. d. quæst. 2. vers. ad secundum respondeo, &c.*

Pariter non obstat, quod in emptione contrahendâ res 67
quanti quanti est, in solidum æstimetur: hîc autem non fundus, sed ejus tantùm annuus proventus æstimetur. *Etenim respondetur*: in emptione-venditione annuorum redituum idcirco non totum fundum, sed proventus duntaxat illius annuos æstimari: quia non ipse fundus, sed annui duntaxat ejus reditus emuntur & venduntur. Proinde sicut in cæterarum rerum venditionibus res venditæ æstimantur: ita quoque in hac annuorum redituum venditione res vendita, annui scilicet reditus, æstimatur *Hunn. d. quæst. 2. vers. ad tertium, &c. pag.* 1075.

Minimè etiam obstat, quod in emptione-venditione 68
anniuorum redituum solus proventus fundi æstimatur atque emitur: fundus autem ipse gratis, ac sine ullo precio, callidè & subdolè venditori censuum aufertur. *Nam* per emptionem-venditionem annuorum redituum fundus, cujus reditus sunt venditi, nequaquam domino aufertur, & ad emptorem transfertur: sed in domini, census sive reditus vendentis, dominio & possessione remanet: solumque jus percipiendi annuos reditus ex ipso fundo venditur, & emptori acquiritur. *Frideric. Martini d. cap. 3. n. 174. Fachin. d. lib. 8. controvers. jur. cap. 2. vers. his verbis tria, &c.*

Simili ratione non obstat, quòd fundi proventus cum 69
decimâ, aut duodecima sortis parte comparentur, adeòq; usura palliata constituatur & exerceatur, *asserente Hotomanno loco suprà designato.* Non enim proventus cum sorte; sed precium, quod datur, cum jure census, quod emitur, comparatur: atque ita juxta communem hominum æstimationem, precium & jus, ceu merx, ad æqualitatem redigitur. *Frideric. Martini d. cap. 3. num.* 176.

Denique non obstat, quòd emptio & venditio, ut ex par- 70
te venditoris rem certam, sic ex parte emptoris certum definitumque precium, quod ab emptore verè & naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, requirit, *l. 1. ff. de contrah. empt. l. penult. C. de rer. permutat.* At in hac conven-

Ee 4 tione

tione nulla precii quantitas pro fundi fructibus constituitur, quæ emptori detrahatur. Imò tantùm abest, ut illi aliquid decedat, ut contra potiùs accedat: utpote cum ipsius pecunia ex fundi fructibus sine ullo impendio suo
71 amplificetur. Hoc, *inquiam*, non obstat. Siquidem falsum est, quòd in emptione census nullum certum & definitum sit precium quod ab emptore verè ac naturaliter abeat, & in venditorem transferatur. Nam pecunia, quæ venditori censûs numeratur, est precium certum ac definitum, quod in venditoris dominium transit: idque apud eum remanet, donec ex vi pacti, de retrovendendo, novus emptionis & venditionis contractus celebretur; atq; pecuniâ restitutâ, census redimatur. Sicut & is, qui domum, agrum, vineam, pratum, vel hortum cum pacto redimendi vendit, pecuniæ, quam accipit, fit dominus, emptorque fructus prædii sive rei emptæ percipit, donec redimatur, *l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. &c. Fach. d. l. 8. c. 2. verf. hominis delirantis, &c. Frid. Martini d. c. 3. n. ult. & Hunn. d. qu. 2. verf. ad quintum, &c. ubi id fusiùs declarat.*
72 Quemadmodum porrò emptio & venditio mutuo consensu contrahitur, *l. 1. §. ult. l. in vendit. 9. in pr. ff. de contrab. empt. & uberiùs explicatum supra ad principium hujus tit. n. 15.* ita eadem mutuo partium dissensu, dum res est integra, dissolvitur, *§. fin. infr. quib. mod. tollit. obl. l. 2. l. cùm empt. 5. & tot. tit. ff. de resc. vend. l. juris gentium 7. §. adeò 6. & l. ab emptione 59. ff. de pact.* Huncque modum esse contractûs dissolvendi universalem, ut quo quid contractum, eodem modo solvatur, in omnium confesso est, *l. nihil tàm naturale 35. ff. de reg. jur. l. prout quidq; 80. ff. de solut. d. §. fin. infr.*
73 *quibus modis tollit. oblig.* Sed & emptionem dolo initam ipso jure nullam esse, verius est, *l. & eleganter 7. in princ. ibi, aut nullam esse venditionem, & c. ff. de dol. mal. l. 3. §. ult.*
74 *ff. pro socio cum similibus.* Nec huic obstant, *l. ex empto 11. §. si quis virginem 5 l. Julianus 13. §. per contrarium 5. & §. si quis colludente 27. ff. de actionib. emptor. item l. si dolo 5. C. de resc. vendit.* ex quibus dicendum videtur, quòd contractus emptionis cui dolus causam dedit, mero jure subsistat. Nam ad istos, & concordantes, qui in contrarium opponi solent, textus brevissime respondendum est: eos loqui de dolo incidente. Indubitata quippe, & crebriùs recepta conclusio est: si dolus bonæ fidei contractui, qualis est emptio, causam præbuerit, contractum ipso jure nullum censeri: si verò incidens fuerit dolus, hunc ex ipso contractu bonæ fidei, vel exceptione doli emendari: at stricti juris contractum (sive dolus ei causam dederit, sive inciderit) ipso quidem jure subsistere: sed doli tamen actione, vel exceptione dolum vindicari & repelli, *Mynsing. cent. 6. observ. 38. n. 3. Arumæus Exercit. Justin. 14. th. 6. Vult. lib. 2. Jurisprud. Rom. cap. 4. n. 88. latè in utramq; partem disputans Bachovius in suis not. ad volum. 1. Treutleri, disputat. 28. th. 2. lit. F. p. 1060. & seqq. ibidemque in suis resolut. Hunnius vol. 2. p. 326. & seqq.* Haneque rem sufficientissimè explicui in *§. actionum autem 28. infra tit. de actionib. n. 17. & multis subsequentibus: quò Lec-*
75 *torem industrium remitto.* Cæterùm quamvis emptionem vi metuvè factam valere, non admodum dubitetur; cùm coacta voluntas, voluntas existimetur, *l. si mulier 21. §. si metu 5. ibi, tamen coactus volui. ff. quod metus caus.* quia tamen res pessimi exempli est; rata non habetur emptio, sed rescinditur, *l. 1. & l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. l. si per vim. 4. l. non interest 5. l. cùm te domus 8. & l. si per impressionem 11. C. de his quæ vi, metusvè causa gesta sunt. Johan. Robert. lib. 3. animadversion. jur. civ. c. 3.* Tametsi emptionem vi & metu contractam, ipso jure irritam esse, speciosè defendere nitatur Donellus *ad d. l. 1. C. de rescind. vend. n. 6. & seqq. Cujac. in notat. ad animadvers. lib. 3. cap. 3.* & Hunn. *in d. resol. ad Treutler. vol. 2.*
76 *disput. 2. qu. 44. p. 192. & seqq.* Quin & ratione læsionis ultra dimidium justi precii, emptionem - venditionem rescindi, Impp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt, *d. l. 2. C. de resc. vend.* veluti, si venditor rem, centum aureis dignam, minus quinquaginta, nempe 48. aut 49. aureis vendiderit: aut si emptor rem minus 50. aureis dignam, centum emerit. Sed videantur *Molinæus in tract. commercior. & usurar. qu. 14. n. 175. cum seqq. & in consuetud. Paris. t. 1. §. 22. n. 46. Pinelus in Commentar. ad d. l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 2. n. 6. Fachineus lib. 2. controvers. jur. cap. 16. Andreas Gerhardi decad. 14. qu. 10. in fin. Forcatul. Necyomant. dial. 100. n. 2. Mynsinger. cent. 4. observ. 73. & D. Obrecht. disput. 35. th. 105. & seqq.* Sanè jure nostro renovato Würtembergico hac in parte 77
non dupli, sed tripli ratio habetur, *part. 2. t. 14. p. 282. Dn. Collega Besold. vol. 3. consil. 139. fol. 212. & seq.* Cur verò læsio, quæ non egreditur dimidium justi precii, à legibus permittatur, ratio hæc videtur esse: ut incuria expellatur; & diligentia, quam hominum natura desiderat, maximè in his contractibus, quibus par est conditio, excitetur: & quodammodo læsi inposterum cautiùs mercari curent sive discant, *l. inciviliem 2. C. de furtis. Arumæus Exercit. Justin. 14. ad th. 8. circa finem.* In definiendâ au- 78
tem rei æstimatione tempus contractûs spectandum esse, apparet ex *d. l. si voluntate 8. in fin. ibi, nisi minus dimidio justi precii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset. C. de rescind. vend. Donell. ad d. l. 2. C. d. t. n. 9. & seq.* Enim verò si is, qui duplo minus dedit, quàm accepit, contractum ob injustum precium rescindi nolit: cum ad æqualitatem, precium supplendo vel reddendo, reducere poterit, *d. l. 2. C. eod. c. cùm dilecti 3. & c. pen. ext. de empt. & vendit. D. Collega Bocer. class. 2. disp. 3. th. 47. & 82. ed. 2. & in hoc t. n. 173. p. 389. Adde Doctorem Martam Tom. 3. Digestorum novissimorum tit emptio cap. 76. cum seqq. fol. 152.*

Porrò quod jam allatum est ex *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* 79
si læsio dimidiam justæ æstimationis partem excedat, contractum aut rescindi, aut ad æqualitatem reduci debere: ei non adversatur primò, contractus ab initio voluntatis, sed ex postfacto necessitatis esse, *l. sicut 5. C. de obl. & act.* & id, quod semel placuit, ampliùs displicere non posse, *c. quod semel 21. de regul. jur. in 6.* idque vel maximè, in 80
contractu emptionis & venditionis obtinere, à quo non licet, alterutro invito, recedere; ne quidem ex rescripto Principis, ut nominatim cautum est *in l. de contractu 3. C. de rescind. vendit.* Nam illud quidem in genere, & secundùm 81
juris stricti regulam verum est & procedit: sed in hypothesi & specie nostrâ effectus illius, propter nimiam læsionem, ex æquo bono impeditur: ut nec sic *d. l. 3. C. eod.* obsistat, quæ diserte eo de casu loquitur, ubi contractus emptionis & venditionis jure est perfectus. Et certè no- 82
tissimum est: in omnibus æquitatis potiùs, quàm stricti juris rationem habendam, *l. placuit 8. C. de judic.* jusque nostrum artem æqui & boni esse, *l. 1. in princ. ff. de justit. & jur.* Æquitati autem illud præcipuè convenit, ne venditio tam immodica sustineatur: & sublatâ arte boni & æqui, nihil est reliquum, quo negocia hominum rectè explicari definirique possint. Sed & isthac frequentissimi hujus contractus iniquitate sive inæqualitate admissâ; fieri non potest, quin æquitas oppugnetur, & contra bonum publicum facultatibus suis homines exuantur: cùm tamen intersit Reipublicæ, quàm ditissimos habere 83
cives, *arg. §. final. supra de his qui sui, vel alieni juris sunt.*

Deinde non obest, quod dici vulgò solet: rem tanti va- 84
lere, quanti vendi potest, *l. 1. §. si heres 16. ff. ad Senatusconsf. Treb. l. si servus 14. in fine pr. ibiq; gl. ff. de cond. furtiv. l. in furti. 50. in pr. & l. si quis uxori 52. in fin. ff. de furtis.* Etenim in proposito casu rè cariùs vendi potuisse, non ambigitur.

Tertiò nihil prorsus officit *d. l. si voluntate 8. C. de* 85
resc. vendit. ubi expressum est, venditionem prætextu paulò vilioris precii non esse rescindendam. Quandoquidem ipsa lex circa finem addit hanc limitationem: nisi quis ultra dimidium justi precii deceptus fuerit.

Quartò nullius ponderis est, quod affertur ex *l. in causa* 86
16. §. penult. ff. de minorib. & l. item si precio 22. § ult. ff. locati. licere contrahentibus se invicem in contrahendo circumvenire: Minimumque dicere solitum fuisse, hunc omnium esse emptorum animum, vili emere, venditorum, carè vendere. *Dicta* namque *lex 2. C. de resc. vend.* circumventionem & deceptionem, absq; fraudulento contrahentium consilio, re ipsa contingentem non planè negat, aut prohibet: sed, ne commercia omnino impediantur (quod utiq; usuveniret, si exactissima ista precii æqualitas semper tam accuratè & præcisè observanda esset) illam eò usq; probat & permittit, dum non dimidiam veri precii partem excedat. *Hucq; confer, quæ annotavi ad §. 1. supr. h. t. n. 18. & seqq.*

87 Denique nihil quicquam in contrarium facit, quòd venditori imputandum videatur, qui rem suam precio minus
88 justo vendidit, & enormiter deceptus fuit: cùm nemo præsumatur vires suarum facultatum ignorare. *l. quisquis 15. C. de rescind. vendit.* & error in facto proprio intolerabilis existimetur. *l. plurimum 3. & l. nec supina. 6. ff. de juris & facti ignorant. l. cùm falsum 46. ff. de acquir. vel omitt. hered.*
89 Quoniam præsumptio isthæc eliditur fortiori & vehementiori præsumptione, quæ vult, neminem præsumendum esse, suum jactare vel perdere velle *l. cùm de indebito 25. circa princip. ff. de probationib.* ut sic qui enorme damnum sensit, non censeatur scivisse verum rei venditæ valorem. Siquidem verosimile ex legis conjecturâ esse non videtur: si veram rei venditæ æstimationem scivisset, eum tam vili exiguoque precio rem distracturum fuisse. Atque ita, *post Cynum ad d. l. 2. C. de resc. vend. à se citatum*, hoc explicat D. Arumæus *d. Exercitat. Justin. 14. thes. 8.*

90 Quæstio hoc loco satis controversa occurrit: an beneficium sive remedium *in modo allegata l. 2. C. de rescind. vend.* expressum, etiam olim obtinuerit? Id sanè licèt negent *Arius Pinelus ad d. l. 2. part. 1. c. 1. n. 2. cum seqq. itaque Donellus n. 3. Gerhard. decad. 14. quæst. 10. in princ. Stuckius Exercit. Justin. part. 1. decad. 12. assert. 3. ad lit. e. Bugalius in tract. de dolo lib. 2. p. 150. n. 20. D. Obrecht. disp. 35. thes. 23. cum seqq. & novissimè Hunnius disput. 16. th. 6. & lib. 3 var. resol. jur. civ. tract. 7. part 1. qu. 10.* rectiùs tamen cum communi Doctorum Scholâ statuitur: beneficium illud jam olim receptum fuisse, sed istâ l. 2. apertiùs
91 confirmatum & illustratum. Hujusque sententiæ argumentum primum sumitur ex *l. si quis, cùm aliter 36. ff. de verb. obligat.* ubi dicitur: si res ipsa in se dolum habeat, competere exceptionem ad rescindendam stipulationem. At verò in se dicitur res ipsa dolum habere, cum contra-
92 hentes sese invicem circumveniunt. Secundum *ex l. res bona 54. ff. de contrah. empt.* ubi Paulus, res, inquit, bonâ fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet. Ergo magnâ ex causa id fieri æquum est, tametsi neque vis, neque metus, neque etiam dolus intercesserit alterutrius contrahentium, sed bonâ uterque egerit fide, quod egit: si tamen res ipsa quasi dolum in se habet; hu-
93 manitatis ratio non patitur, ut id valeat. Tertium *ex l. jure succursum 6. §. 2. & l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de jure dot.* ubi traditur, si in dote dandâ circumventus sit alteruter, etiam majoris annis 25. succurrendum esse: quia bono & æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius,
94 aut damnum sentire per alterius lucrum. Quartum *ex l. Lucius 38. in fine ff. familiæ erciscundæ.* ubi respondetur, sorori actionem non dari adversus fratrem, si is ultra par-
95 tem dimidiam non accepit. Quintum *ex l. si ea pactione 14. C. de usuris.* in cujus fine dum habetur, locationem ob viliorem mercedem rescindi non posse: inde concluditur, aliud dicendum esse, si læsio ultra dimidium justæ merce-
96 dis daretur. Sextum *ex l. in contract. 3. C. quib. ex caus. majores in integr. restituunt.* ubi generaliter rescriptum est: in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio
97 judicis, causâ cognitâ, publica jura subvenire. Septimum *ex l. majoribus 3. C. communia utriusque judicii.* ubi itidem generaliter sancitum est: in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter (sicque ultra dimidium) factum esse constite-
98 rit, in melius reformari debere. Octavum *ex l. quotiens 61. ff. de ædilit. edict.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Quotiens de servitute agitur victus* (venditor scilicet) *tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset, hanc servitutem impositam.* Nonum *ex l. si duos servos*
99 *47. ff. de evictionib.* ubi relata est species rei venditæ ad finem dimidiæ justi precii, servi videlicet valentis decem, & venditi quinque: hancque venditionem ratam & fir-
100 mam esse constat. Decimum, idque non exiguum argumentum, ducitur *ex l. 2. ff. depositi* ubi heres, si ignorans rem, apud defunctum depositam, vendiderit, & nondum precium exegerit, vel si minoris, quàm debuit, eam rem vendiderit, conventus actione depositi absolvitur, actori cedendo actiones suas. Quæ lex duo quasi membra complectitur: prius, si precium nondum exactum, & justum fuerit: alterum, si quidem necdum precium exactum, sed tamen minoris res vendita sit. Utroque casu actiones cedi debent: priori, actio ex vendito: posteriori verò, nulla actio cedi poterit alia, quàm quæ competit ob id, quòd dimidia veri & justi precii pars, secundum constitutionem Diocletiani & Maximiani *in d. l. 2. C. de resc. vend.* persoluta non est. Nam si vel dimidium justi precii æquum sit; ut si res digna 10. venierit. 5. rata est venditio, nec ullo judicio agi potest de eâ rescindenda: ut sic manifestam læsionis ultra dimidiam portionem justi precii *in d. l. 2. ff. deposit.* vestigium appareat. Postremò huic rei magnum et- 101
iam argumentum suppeditat: quòd nullibi in Digestorũ libris invenitur species rei venditæ dimidio minoris, & ratæ venditionis. Ideóq; nec credendum est; isto Pandectarũ jure ratam haberi venditionem, quæ tam enormem atq; immodicam læsionem continet. Atque ita, *post Dd.* docent *Cujac. lib. 23. observ. c. 24. & Domin. Arumæus dict. Exercit. Justin. 14. ad th. 8.* Hic verò miror: Domin. Collegam Bocer. non vereri scribere *in hoc tit. n. 185. p. 392.* prædictas leges ad probandam hanc sententiam facere omnino nihil: cùm tamen adeò evidens sit hoc pronunciatum ex dictis textibus: ut talpâ cæciorem esse oporteat eum, qui id non videt. Proinde candido Lectori istas leges penitus considerandas relinquo.

Nec huic sententiæ quicquam detrahit, quòd (*juxta dissentientium opinationem*) in responsis Jureconsultorum nihil de remedio *dictæ l. 2. C. de rescind. vend.* sancitum, nec ulla certa læsionis quantitas determinata & constituta sit: cùm tamen ipsi Jurisconsulti admoneant: ea, quæ notabilia sunt, perspicuè exprimenda esse, *l. item apud Labeonem 15. §. hoc edictum 26. ff. de injur.* Etenim contrarium *ex d.* 102
l. 2. ff. deposit. alijsque legibus, superiùs in medium adductis, evidentissimè constat. Imò dictam *l. 2. C. de resc. ind. vendit.* non esse planè novam, apparet ex ipsis constitutionis illius verbis; *ibi, humanum est, &c.* quæ indicant, ex humanitate istud beneficium profluxisse. Cui consequens est, quòd beneficium illud non ex civili, sed gentium jure natum sit: quamvis civili juri adscribendum videatur, quod de parte precii dimidiâ in eâdem lege cautum extat. *D. Bocer. in hoc tit. num. 182. pag. 391.*

Parùm quoque ad rhombum facit, *l. in causæ 16. §. pen.* 103
ff. de minorib. & l. item si precio 22. §. ult. ff. locat. in quibus simpliciter respondetur, contrahentibus se invicem in contrahendo circumscribere sive decipere licere. *Eatenus* namque contrahentibus se invicem circumvenire licet, quatenus deceptio isthæc cum dolo non conjuncta est, & ultra justi precii dimidium non procedit. *ut dictum suprà nu. 86. & liquet ex traditis ad §. 1. supra hoc tit. nu. 21. cum seqq. & juribus paulò ante allegatis.*

Nihil item refragatur *l. à Divo Pio, 15. §. si pignora 3. ff. de* 104
re judic. ubi Ulpian. indistinctè tradere videtur, non posse quem rescindere conventionem vel acceptationem alicujus rei vel summæ, pro re vel quantitate sibi debita etiamsi longè minus acceperit. *Nam* (non attentis Bartoli, & aliorum interpretationibus) dicendum est, illa dicti §. verba (*Addicantur usq; eâ quantitate, qua debetur*) eò pertinere, ut pignora addicantur tantâ quantitate, id est, valore & æstimatione, quanta est summa; quæ debetur, sive (*ut vulgo loquimur*) pro ratâ debiti & summâ concurrente: ne si fortè pluris aut minoris valeant pignora; alteruter, id est, debitor aut creditor injuria afficiatur. Atque hanc interpretationem æquitate maximâ niti, nec à proprietate verborum recedere, testis est Franc. Duarenus *lib. 1. disp. anniversf. c. 6. in fine.* Tametsi alii aliter sentiant, *Alciat. lib. 6. paradox. c. 3. Robert. lib. 1. sent. c. 22. Forcatul. Necyomanth. dial. 13. & noviter Arumæus disp 21. ad Pand. q 5.*

Controvertitur & hoc ab Interpretibus: nunquid be- 105
neficium *dictæ l. 2. C. de resc. vend.* locum habeat etiam in emptore, ultra dimidium justi precii læso? Et quamvis Cujacius *lib. 16. observ. c. 18. & lib. 23. c. 32. & lib. 2. not. ad animadvers. Roberti cap. 13.* eùmque sequentes Ant. Faber *part. 2. de errorib. pragm. dec. 8. error. 7. &* Philipp. Matth. *ad l. in omnibus causis 68. n. 34. & seqq. ff. de reg. jur.* contendant: beneficium istud ad emptorem non esse porrigendum: communem tamen sententiam ego, non usque adeò levibus rationibus motus, veriorem esse censeo. Tum 106
quia emptor & venditor correlativè sibi opponuntur.

At

107 At verò in correlativè oppositis jus indubitatum est;
ut quod in uno statuitur, idem statuatur in altero, *arg. l.*
non debet 41. §. 1. *ff. de reg. jur. l. cùm emptoris* 5. *in princ. ff.*
de rescind. vend. l. si cùm dies 22. §. *pen. ff. de recept. arbitr.*
108 *l. fin. C. de indict. viduit. toll. l.* 1. *C. de cupressis, &c.* Tum quia
sicut æqualiter utrisque sese invicem in precio circum-
scribere jure permittitur, *d. l. in causa* 16. §. *pen. ff. de mino-*
rib. & d. l. item si precio 22. §. *fin. ff. locati*, ita & in his, in qui-
bus ratione circumscriptionis, aut alteriùs causæ, vel re-
scissio contractus fit, vel adversus eum restitutio datur,
aliterve subvenitur, tam emptoribus, quàm venditoribus,
sive majoribus, sive minoribus, æqualiter lege succurri-
tur, *l. Julianus* 13. §. *si vendit.* 4. *&* §. *seq. ff. de act. empt. l. alio-*
quin 11. *ff. de contrah. empt. l.* 1. §. *sed si emerit.* 13. *ff. si quid in*
fraud. patroni fact. l. patri 27. §. 1. *vers. prædium quoque ff.*
109 *de minor. l.* 3. *& l. cùm emptor.* 5. *ff. de resc. vend.* Tum etiam
quia cùm beneficium *d. l.* 2. *C. de resc. vend.* non personale
sit, sed venditori idcirco tributum; quòd is nimium læsus
fuerit: sequitur inde, quod idem & emptori, si læsus ni-
110 mium erit, sit indulgendum. Ubi enim eadem læsionis est
ratio, ibi idem jus statui debet, *l. quædam* 9. §. *nummularios*
ff. de edend. l. illud quæsitum 32. *ff. ad l. Aquil. l. à Titio* 108.
ff. de verb. obl. l. in omnibus causis id observatur 68. *ff. de reg.*
111 *jur.* Tum postremò, quia beneficium illud ex humanitate
profluxisse, patefecit *ex d. l.* 2. *ibi, humanum est C. de rescind.*
vend. Atqui longe humanius est; emptori subveniri,
quàm venditori. Siquidem venditor circumventus ha-
bet, quod sibi imputet, cur tam vili levique precio rem
suam distraxerit: cum valoris istius rei notitiam habere
112 præsumatur, *l. quisquis* 15. *C. eod. t.* Emptori verò nihil tale
imputari poterit: cùm non scientiam, sed ignorantiam in
factis rebusque alienis præsumi, manifesti sit juris, *l. ult.*
in fin. ff. pro suo l. 2. *& ll. seqq. ff. de juris & facti ignorant.*
113 Non obstat huic sententiæ, quòd constitutio *d. l.* 2. *C. de*
resc. vend. expressè & nominatim de eo, qui rem distraxit,
adeóq; de venditore loquatur. *Nam* eo ipso non excludi-
tur emptor: sed potiùs ex eo colligitur, idem jus in hoc
quoq; obtinere; cùm correlativorum eandem rationem &
naturâ esse, jam suprà ostensum sit *n.* 107. Et quòd Impp.
solùmodo de venditore rescripserint, ratio hæc est: quod
de venditore solùm fuerint interrogati, idem haud dubiè
114 responsuri de emptore, si etiam de eo consulti fuissent. In
confesso quippe est, leges Codicis ut plurimùm ad casus
certos, sive (*ut loquuntur*) ad facti species propositas appli-
catas esse, quibus neque addunt, neque detrahunt quic-
quam, *docente Vultejo lib. 1. disceptat. Scholastic. c.* 15. *pag.*
mihi 163. *fac.* 2. *& pag.* 171. *item cap.* 20. *pag.* 121.
115 Minùs obstat, quòd non eadem sit ratio subveniendi
emptori, quæ venditori: propterea quòd venditorem ple-
runque necessitas rei familiaris compellat vendere precio
minore, *l. non idcirco* 12. *& l. si quos* 16. *C. de resc ind. vend. l.*
1. *C. de prædiis decurion. l.* 2. *C. sine censu vel reliquis fundum*
comparari non poss. emptor autem ultrò, accedat ad emp-
tionem prædii sæpe fraudandi causa; & plerunque e-
mat precio imposo & immenso, affectione opportunita-
tis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quòd illic educatus sit, vel
parentes sepulti, vel quòd majorum ejus fuerit. *l.* 1. §. *&*
aliàs 15. *ff. si quid in fraud. patr. l. si in empt.* 35. *ff. de minor.*
Sæpius etenim venditor etiam, non necessitate aliquâ
compulsus, sed spe lucri allectus rem suam distrahit, emp-
toremq; decipit, & ad emendum allicit: contrà verò emp-
tor summâ necessitate, coactus, rerumque indigentiâ &
penuriâ adductus ad emendum accedit: ut ita par utrius-
que hac in causa ratio deprehendatur.
116 Multò minùs obstant, quæ Cujacius *d. lib.* 23. *cap.* 32.
affert ex Seneca & Plauto, qui innuere videntur, emptio-
nem immodico & immenso precio factam, per emptorem
rescindi non posse. *Neque* enim loquuntur eo de casu, ubi
læsio dimidiam justi precii portionem excedit: neq; legum
vim & auctoritatem scripta illorum, aliàs non contemnen-
dorum Auctorum, obtinet. Atque ita hanc assertionem
defendunt, *post Bart. Bald. Salicet. & cæteros*, Pinelus *ad d.*
l. 2. *part.* 1. *c.* 2. *C. de resc. vend.* & ibidem Sichard. *n* 4. *Gipb.*
& Donell. n. 48. *cum seqq. Robert. lib.* 2. *animadv. juris civ. c.*
13. *Fachinæus lib.* 2. *controv. jur. c.* 16. *Arumæus d. Exercit.*
Just. 14. *sub thes.* 8. *D. Bocer. in h. t. n.* 180. *cum seqq. p.* 390.
& seq. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 18. *ff. q.* 10. *p.* 24. *Anton.*
Merenda lib. 1. *controv. jur. c.* 36. *n.* 2. *cum seqq. Marstaller.*
in Dissert. de divitiis part. 3. *c.* 14. *p.* 229. *Gerb. decad.* 14. *qu.*
10. *Schröter. diatrib. domest. decad.* 8. *q.* 3. *Matth. Stephani*
cent. 3. *quæst.* 71. *Roman. disp.* 22. *th.* 12. *lit. c. Hunn. disp.* 16.
thes. 7. *& d. lib.* 3. *var. resol. jur. civ. tr.* 7. *part.* 1. *qu.* 11. *p.* 1103.
Vide quoq; Molinæum *in consuet. Paris. tit.* 1. *de feud.* §. 22.
n. 46. *&* 47. nec non Althus. *lib.* 1. *Dicæol. c.* 74. *n.* 38. *p.* 256.
Similiter controversantur inter se Interpretes: num 117
decisio *d. l.* 2. *C. de rescind. vend.* in rebus mobilibus pro-
cedat? Non procedere, multi existimant, *teste Roberto dict.*
lib. 2. *animadv. jur. civ. cap.* 12. *& Anton. Mercatore sive Cu-*
jacio in not. ad animadvers. lib. 2. *cap.* 12. ubi ait, usu recep-
tum esse, ut d. l. 2. non pertineat ad res mobiles, nisi pre-
ciosas. Verùm contrarium mihi verius videtur. Tùm
quòd lex ista indefinitè & generaliter rei, sicque tam mo-
bilis, quàm immobilis, tam corporalis, quàm incorporalis,
tam vilis, quàm pretiosæ mentionem facit, *arg. l. rei appel-*
latio 5. *cum l. seq. & l. rei appellat.* 23. *ff. de verb. signif.* Tùm
quod legis ratio, quæ in æquitate fundatur, in omni om-
nino re locum habet. Tùm quòd in libris βασιλικῶν nullius
fundi proponitur mentio: sed tantùm πρᾶγμα dicitur. Et
ita non obscurè sentit, *glos. ad finem dictæ l.* 2. *C. de rescind.*
vendit. Bartol. ibidem n. 24. *& alii plerique de æstimatione*
rerum mobilium agentes. Quibus suffragantur *Pinelus*
inibi part. 2. *cap.* 2. *n.* 17. *Arumæus d. Exercitat.* 14. *ad thes.*
8. *circa finem. Gerhard. d. decad.* 14. *quæst.* 10. *Robertus d.*
libr. 3. *animadvers. cap.* 12. *& in notis ad notat. Mercat. lib.*
2. *c.* 12. *itemque Hunnius in resolut. ad disput.* 2. *Treutleri*
vol. 2. *th.* 10. *pag.* 296. *& seq.*
Hanc sententiam non labefactat, quòd & in *d. l.* 2. con- 118
similiterque aliis, de venditionis rescissione tractantibus,
fundi solummodò venditionis mentio fiat, *l. ad rescinden-*
dam 4. *& l. si voluntate* 8. *& l. quisquis* 15. *C. de rescind. vend.*
Nam in illis exempli duntaxat causa fundi mentionem
fieri probabile est: ideoque non minùs ad alias quascun-
que res id protenditur. Exempla siquidem regulam non 119
restringere, certum est, *l. damni infecti stipulatio* 30. §. *ult.*
ff. de dam. infect. l. regula 9. §. *fin. ff. de jur. & fact. ignorant.*
Illudque ex eo perspicuum redditur: quòd *initio istius l.* 2.
generaliter Imperatores de re majoris precii, minori di-
stractâ loquantur, & (*ut paulò antè monitum*) in Synopsi
βασιλικῶν, & ibi Græcè reddita illa lege 2. nullo loco
fundi mentio fiat, ac neque illic sequentibus aliis pluri-
bus, eâdem de re loquentibus. Quin & ideo de solo fun-
do rescribunt Impp. *in d. l.* 2. *& consimilibus:* quòd facti
species, ad quam respondendo Impp. sese accommodare
solent, de fundo fuerit concepta. *Sed videantur Robertus*
& Hunnius locis præallegatis, ubi cætera Cujacii argumen-
ta sufficientissimè refutaverunt.
Est & illa anceps perplexaque quæstio: an venditor ul- 120
tra dimidiam justi precii partem læsus, remedio *l.* 2. *C. de*
rescind. vend. uti possit, si ei renunciaverit? Et Doctoribus
plerisque placuisse video: generalem renunciationem,
cùm scilicet quis renunciat omni legum auxilio, nihil no-
cere venditori: specialem autem, cùm videlicet renunciat
læsioni ultra dimidium, & actioni *ex dict. l.* 2. competenti:
venditori obesse. Ita docuerunt, *post plures alios, quos*
commemorant, Didac. Covarruvias *lib.* 2. *variar. resol. c.* 4.
Ant. Gabriel. commun. conclus. tit. de empt. & vend. concl. 1.
n. 92. *Fachinæus lib.* 2. *controvers. jur. cap.* 20. *vers. sexta &*
postrema controversia, &c. Panthaleon. Cremensis in 17. *ex-*
tensione, & 5. *limit. d. l.* 2. *& Arumæus Exercit. Justin.* 14. *th.* 8.
ad finem. Et quidem renunciationem generalem non ob-
esse renuncianti, probatur *per l. ult.* §. *idem quæsiit.* 3. *ff. de*
condict. indeb. Item per l. si libertus 27. *ff. de operis libertor.*
& l. hæc adjectio 192. *ff. de verb. signif.* ex quibus colligitur,
verba generalia ad modicam læsionem; non verò ad ma-
gnam esse referenda. Quò confert etiam, quòd generalis 121
renunciatio non extenditur ad ea, de quibus verisimili-
ter cogitatum non est, *argum. l. mater decedens* 19. §. *cæ-*
terum. ff. de inoffic. testam. l. emptor. 47. §. *Lucius ff. de pact.*
& l. qui cum tutoribus 9. *ff. de transact.* Accedit & hæc ra-
tiocinatio: In generali sermone non includitur dolus, *l.*
creditor. 60. §. *ult. ff. mandati & l. pater* 12. *ff. quæ in fraud.*
creditor. &c. Atqui ex læsione ultra dimidiam partem,
dolus

dolus re ipsa probatur, *l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig. l. si superstite 5. C. de dol. malo.* Ergo generali in renunciatione non continetur.

123 Nec refragatur, quod generalis renunciatio referatur ad ea omnia, de quibus renuncians cogitavit, vel in genere, vel in specie, *arg. l. qui jure militari 7. ff. de testam. milit. l. si servit. 23. ff. de serv. praed. urbanor. l. sub praetextu specierum 29. C. de transact.* Renuncians autem nostra in specie cogitare videatur saltem in genere de auxilio *d. l. 2. C. de resc. vend.* Etenim hoc assumptum negatur: quandoquidem orationem generalem non comprehendere illum casum, quo dolus committitur, liquidò constat *ex d. l. si pater 12. ff. quae in fraud. credit. & concordantibus.*

124 Caeterùm specialem renunciationem obesse renuncianti, ex regulâ juris manifestum evadit, quâ dicitur, quemlibet resilire ab eo jure, quod pro se introductum est, favorique suo renunciare posse, *l. penult. C. de pact. l. pactum 46. ff. eod.* nec renuncianti regressum amplius dandum esse, *l. quaeritur 14. §. si venditor 9. ff. de aedilit. edict.* Nihil ad rem pertinet, si objiciatur ex Baldo *in d. l. 2. n. 7. C. de resc. vend.* quâ facilitate quis contrahit, & contrahendo ultra dimidiam justi pretii partem decipitur ac laeditur, eâdem etiam induci, ut iste in d. renunciationem adhibeat. Nam Baldus illic loquitur de foeminis, rusticis, & minoribus, qui ignorantia, imprudentia & animi fragilitate labuntur & decipiuntur faciliùs: Quare & jura promptiùs iis subvenire solent. At de majoribus, qui integro judicio, maturoque consilio de propriis actibus deliberant, non idem statuendum erit.

125 Sic nullius ferè momenti est, quod in contrarium adducitur: renunciationes ejuscemodi plerunq; inseri contractibus & instrumentis ex stylo potiùs communi Notariorum, quàm ex mente contrahentium. Siquidem inficias ire haud possumus, saepe etiam adjici renunciationes hujusmodi jussu & voluntate contrahentium. Sed & Notariorum stylus, pro locorum & provinciarum diversitate, varius ac diversus esse consuevit. Reliquis objectiunculis satisfaciunt Covarruvias & Fachinaeus locis suprà designatis. Et de eâdem quaestione vide aliter atque aliter sentientes *Fabianum de Monte S. Sabin. in tr. de empt. & vend. 8. q. pr. n. 15. Morzagn. tr. de empt. & vend. c. quib. c. dic. annull. empt. n. 20. p. 485. Donell. ad d. l. 2. C. de resc. vend. nu. 14. cum seqq. Ant. Fab. part. 1. de error. pragm. decad. 7. err. 8. & Andr. Gerh. decad. 14. q. 10.*

126 In dubium quoque vocatur illud: ecquid beneficium *d. l. 2. C. de rescind. vend.* verum justumque rei suae valorem tempore contractus scienti tribuatur? Sed non tribui, evidens ratio suadet. Tum quia scienti & volenti nulla in-
127 juria, dolus, aut laesio inferri potest. *l. 1. §. usque adeò 5. ff. de injur. l. nemo videtur 145. ff. de reg. jur. c. scienti 27. de reg. jur. in 6. l. cùm donationes 34. C. de transact. l. vend. 11. in pr.*
128 *C. de resc. vend.* Tum quia sciens aequiparatur renuncianti, & donanti sive remittenti jus & actiones suas, *arg. l. 1. §. ult. in fin. ff. de act. empt. l. cujus per errorem 53. ff. de reg. jur.* cui non est regressus dandus, *praedicta l. quaeritur 14.*
129 *§. si vendit. 9. ff. aedilit. edict.* Tum quia in toto ferè jure plus favetur ignoranti, quàm scienti, *l. domum 57. §. si venda 2. ff. de contrah. empt. tot. tit. ff. & C. de juris & facti ignor.* Quod tamen non procedit in eo, qui necessitate & mo-
130 rà magnâ compulsus (ut saepiusculè accidit) vendit, vel emit. Huic enim, quantumvis scienti, succurrendum esse, aequitas suggerit: cum nemo in necessitatibus liberalis existere intelligatur, *l. rem leg. 18. in fin. ff. de adimend. vel transfer. legat. gl. in c. relat. 9. super verbo, liberaliter ext. de praebend.* Atque ita scribunt & sentiunt *Specul. in t. de empt. & vend. §. nunc restat. vers. quid si aliquis sciens &c. Tiraquell. lib. 3. res. 3. de empt. & vend. n. 9. Ant. de Burgos in eodem dubio n. 18. & seq. c. cùm causa nu. 20. de empt. & vend. Gerh. d. decad. 14. qu. 10. Ant. Fab. d. decad. 7. error. 8. circa medium Ant. Merenda lib. 1. controv. jur. c. 34. n. 9. p. 49. Fabian. de Mont. d. quaest. 8. pr. in n. 19. Tiraq. de retract. lign. §. 1. gl. 18. n. 18. aliique plures, per hunc cumulatim adducti.* Eadem de re vide aliter sentientes *Pinelum in d. l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 2. n. 11. Fachinaeum lib. 2. controvers. jur. c. 20. vers. quinto controvertitur &c. & Hunn. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quaest. 14.*

Utrùm juramentum in contractu praestitum de non 131
contravemendo, excludat majorem 25. annis à beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* mirificè Doctores disceptant. Sex diversas opiniones recitat Fachinaeus *d. lib. 2. controvers. jur. c. 17.* & hanc sibi verissimam videri, ait: quòd ultra dimidiū laesus, absolutionem à juramento petere; eâque obtentâ, ad rescissionem contractûs agere valeat. Quae conclusio (*secundùm illum*) tres partes habet. I. jurantem agere non posse ad rescissionem contractûs, antequam à juramento fuerit absolutus. II. absolutionem à juramento hoc in casu esse concedendam. III. absolutione obtentâ, actionem competere *ex d. l. 2. Cod. eod. tit.*

Prima pars hoc probatur argumento: Omne juramen- 132
tum, quod non vergit in aeternae salutis dispendium, nec redundat in alterius praejudicium seu detrimentū est servandum, *c. cùm contingat 28. ext. de jurejur. c. quamvis 2. de pactis in 6.* Atqui juramentum, de quo hoc loco agitur, non vergit in aeternae salutis dispendium, nec redundat in alterius praejudicium. Ergo est servandum. Nec oberit, si dicatur, juramentum non esse servandum, ubi dolus intervenit, *per d. c. cùm contingat. ubi, sine vi & dolo sponte praestita de jurejur.* Hoc enim ita exaudiendum est, ut tamen nihilominus absolutio à tali juramento requiratur, *arg. c. si vero aliquis 8. cod. & c. ad audientiam 4. ubi gloss. in verbo resignand. de iis, quae vi metusve caus. fiunt.* quibus in locis traditur, absolutionem requiri à juramento metu extorto: cum tamen in metu dolum inesse certum sit, *l. item, si cum exceptione 14. §. eum, qui 13. ff. quod metus caus. & c.* Nec rectè 133
regeritur, in juramento metu extorto voluntatem quandam, licèt coactam, jurantis considerari posse, *arg. l. si mulier 21. §. si met. 5. ubi, tamen coactus volui. ff. d. t.* at secus esse, ubi dolus in contractu est adhibitus. Illud namque obtinet, ubi dolus ex proposito adest: non item, ubi dolus re ipsa ex laesione oritur: quia major est voluntas in contrahente sic laeso, quàm in eo, qui vi coactus juravit.

Secunda conclusionis pars, nempe absolutionem à ju- 134
ramento esse concedendam, probatur hoc medio: Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis, *c. quanto 18. §. si falsum de jurejur. c. 1. §. quis vero eod. tit. in 6. can. inter caetera 22. caus. 22. q. 4.* Sed ubi est tam enormis & immodica laesio, ibi utique est iniquitas & injustitia magna. Ergo juramentum est relaxandum. Et absolutionem à juramento indulgendam esse, quoties injustitiam continet, communiter traditum est, *arg. c. 1. de jurejur. Castrens. ad l. si quis pro eo 56. n. 6. ff. de fidejuss. Petr. Ancharan. cons. 375. Natta consil. 144. Cravett. cons. 152. n. 11. & cons. 192. n. 11.*

Tertiae praefatae conclusionis pars, videlicet absolutione 135
impetratâ, actionem competere ad rescindendum contractum, sic demonstratur: Absolutio tollit vinculum juramenti: atque perinde est, ac si juramentum praestitum non fuisset, *ut patet ad sensum, & comprobant Corneus cons. 288. lib. 3. Socin. jun. cons. 3. n. 44. lib. 2. Roland. à Valle consil. 7. n. 58. lib. 3. & Afflictus decis. 322.* At si juramentum non esset praestitum: procul dubio daretur actio ad rescindendum contractum, propter laesionem ultra dimidium. Idem igitur, obtentâ à juramento absolutione, statuendum erit.

Non adversatur huic traditioni, quòd juramenti haec vis 136
sit & efficacia, ut contractum confirmet, & tale robur illi adjiciat, ut rescindi non possit, *l. 1. & Auth. sacramenta puberum C. si advers. vend.* item quòd is, qui jurat servare contractum, & non contra venire, jurare videatur, se adversus contractum non venturum, ex quocunq; jure & ex quacunq; causa, quae ex eodem contractu provenire possit: & consequenter se contractum servaturum, etiam ultra dimidium laesus fuerit, *arg. l. si duo patroni 13. §. idem Jul. & l. in duob. 28. §. si quis juraverit ff. de jurejur. l. cùm pater 77. §. filius matrem 23. ff. de legat. 2.* Haec, inquam, & similia argumenta non adversantur. Nam ex praemissis breviter respondetur: argumenta contraria militare ante absolutionē à juramento concessam: post eam verò concessam, omnia cessare: quoniam virtus juramenti cessat. Atq; ita tenent *Panorm. Ant. Butr. & Imola in d. c. cùm contingat. nu. 54. de jurejur. & idem Imola in c. pen. n. 24. de empt. & vend. Alex. in l. stipulatio hoc modo concepta 61. n. 10. ff. de verb. oblig. Rebuff. in tractat. de resciss. contract. art. unic. gloss. 15. n. 47. & alii, quos refert & sequitur Fachin. d. lib. 2. c. 17.* vers.

Digitized by Google

verf. fexta & poftrema eft fententia, &c. ubi hac *de re* explicatius differat. Eâdem de re plura cumulavit *Trentacinquius lib. 3. refol. 3. de empt. & vend. n. 8. itemque Hunnius d. lib. 3. variar. refolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. qu. 15.* nec non *Jacobus Cancerius part. 1. variar. refol. jur. cap. 13. n. 10. cum feqq. fol. 146. & feq.*

137 Examinanda hoc nobis loco obviam procedit hæc quæftio: an beneficium *l. 2. C. de refc. vendit.* quod in emptione venditori & emptori tribui diximus *fuprà n. 105.* etiam ad alios contractus fit transferendum? Minimè transferendum effe, autumant *Cujacius in Mercat. lib. 2. cap. 14. & lib. 16. obfervat. 18. Anton. Faber part. 1. de erroribus pragmat. decad. 8. error. 8. cum feq. hosq; fequens Hunnius d. difp. 16. thef. 8. & d. lib. 3. var. refol. jur. civ. tr. 7. part. 1. q. 12. p. 1105. & alibi.* Sed transferendum effe communius & rectius exiftimatum eft: dummodo caufæ fint fimiles, hoc eft unus det, & alius viciffim accipiat; fi videlicet quis duplo plus det, quàm accipiat. In quibus etenim caufis eadem ratio & fimilitudo eft, in iis idem jus ftatui oportet, etiamfi de unâ tantùm caufa jus nominatim conftitutũ fit. *l. illud quæfitum. 32. ff. ad leg. Aquil. l. non poffunt. 12. & l. feq. ff. de legibus, Anton. Merenda lib. 1. controverf. jur. c. 34. n. 2. & feqq. p. 49.* Ifti ergo beneficio locum effe in locatione & conductione, non magnum dubium videtur. Tum quia locatio & conductio iisdem juris regulis continetur, quibus emptio & venditio, *initio tit. infr. proximo. l. 2. in*
138 *princ. ff. locati.* Tum quia veteres emptionis & venditionis vocabulis promifcuè ufi funt in locatione & conductione, *l. veteres 19. cum l. feq. ff. de actionib. empt.* Tum quia ubicunque intervenit precium, ibi locus eft remedio. *d. l. 2. C. de refc. vend.* quippe quæ ratione precii introducta
139 cenfetur. At verò in locatione & conductione intervenit precium: quia merces precium appellatur, *l. fi quis 10. in fine. ff. de acq. vel amitt. poff. l. ult. §. ult. ff. ad leg. Rhod. de jact.*
140 & conductor emptor feu redemptor dicitur, *tefte Alfeno*
141 *in l. in lege 29. ff. locati.* Tum quia *in l. fi olei 21. C. de locato,* refcribitur in cafu ibi propofito: propter hoc folum, quòd alter majorem obtulit ponderationem, recedi à locatione non oportere. Unde confequens eft, fi alter non majorem, fed eam obtuliffet quantitatem five fummam, quæ verè ipfum ultra dimidium læfum demõftraret, haud
142 dubiè ei fubveniendum. Tum etiam quia *in l. fi merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati.* refpondetur: conductori, fi plus, quàm tolerabile eft, læfus fuerit, fuccurrendum effe. Tum denique quia *in l. 1. §. fi quis in fraudem. 12. & §. feq. ff. fi quid in fraud. patroni fact.* idem in cafu confimili ftatuitur in locatione, quod in emptione conftitutum fuerat.
143 Huic fententiæ non obftat, quòd *d. l. 2. C. de refcind. vend.* nova fit, & de venditore duntaxat loquatur, non etiã de locatore. Novæ autem leges, juris veteris correctoriæ, non facilè extra fuos fines funt trahendæ, ne quidẽ ex identitate rationis & æquitatis, *arg. l. quod verò contra. 14. ff. de legib.* Hoc, *inquam,* non obftat, Negatur enim firmiter, quòd lex ifta 2. planè nova fit: cùm & jure veteri ejus beneficium non fuerit incognitum, *ut luculenter oftendimus fuprà n. 90. cum feqq.* Et hanc doctrinam amplectuntur *Gloff. in l. fi ea pactione 14. ad finem. C. de ufur. & in d. l. fi olei. 21. C. de locat. Donellus n. 56. Cagnol. n. 58. & alii in d. l. 2. C. de refc. vend. Alexand. confil. 107. n. 20. lib. 3. Robertus lib. 2. animadv. juris civ. c. 14. Ant. Merenda d. lib. 1. controv. jur. c. 36. n. 6. & feqq. p. 51. Gutierrez lib. 2. pract. q. civ. qu. 138. D. Bocer. claff. 2. difp. 4. th. 43. D. Befold. in delibat. jur. ex lib. 18. ff. q. 10. p. 25. Arum. Exerc. Juftin. 14. fub th. 8. Andr. Gerb. dec. 14. q. 10. & Paulus Berens difp. 11. ad Inft. th. 2. q. 4. ubi & alia contraria fententiæ argumenta fufficienter refutat.*
144 Sed utrùm in emphyteufi idem juris ftatuendum fit, ut nimirum domino vel emphyteutæ ultra dimidium læfis ac deceptis fuccurratur, major dubitatio & variatio eft? Alii namque affirmantem; alii negantem, alii tertiam diftinctam & ab aliis differentem probant opinionem, ut cernere licet ex traditis à Fachinæo *lib. 2. controverf. jur. c. 22.* ubi iis hanc in fententiam eft proclivior; ut aliquo pacto fubveniendum fit emphyteutæ vel domino, fi graviter & immoderatè in emphyteufi dandâ vel fubeundâ læfi fuerint ac decepti, ratione videlicet habitâ æftimationis juris emphyteutici; *idque argumento l. fi fuperftite 5. C. de dol. mal. l. majoribus 3. C. cõmunia utriufque judicii, & c. l. fi quis, cùm aliter 36. ff. de verb. obl.* quibus ll. cavetur, contrahentibus graviter deceptis ac læfis fuccurrendum effe. Quò facit, quod jam antè probatum eft, conftitutionem *d. l. 2. C. de refcind. vend.* ad locationis contractum porrigendam, adeòque locatori vel conductori nimium læfis fuccurrendum effe. Atqui locationis contractui affinem effe emphyteuticum contractum, clariffimè liquet *ex §. adeò infr. tit. proximo, Fabian. de Monte in tr. de empt. & vend. q. pr. 8. n. 14. verf. fed Baldus, &c.* Neque refi- 145
ftit, quòd argumentum à feudo ad emphyteufin fumptum, fit probabile, utiliffimum & frequentiffimum, *tradente Nicolao Everhardo in locis legalib. loco, à feudo ad emphyteuf.* Ex communi autem Doctorum placito nulla læfionis hujufmodi ratio in feudali contractu habeatur. *Speculat. in tit. de empt. & vend. in §. nunc dicendum verf. fed nunquid habet locum in feudo. Fabian. d. nu. 14. Cremenf. n. 34. Cagnol. n. 207. & Pinel. part. 1. c. 4. n. 2. in d. l. 2. C. de refcind. vendit.* Illud, *inquam,* nihil refiftit. Cùm enim 146
feudum propriè non fit contractus, fed potiùs beneficium, *per textum apertum in c. 1. §. fin. in quib. cauf. feud. amitt. tit. 23. lib. 2. feudor.* meritò ifthæc læfionis difputatio ab eo longè aliena effe debet. *Vide Stuckium part. 1. Exercit. Juft. dec. 12. affert. 3. fub lit. c. Vide item diffentientem Hunnium in refolut. ad Treutler. vol. 2. difp. 2. q. 56. p. 320.*
De permutationibus quoque folet quæri: an in iis locus 147
beneficio *l. 2. C. de refc. vend.* relinquatur? veluti, cùm fundum cum fundo, ædes cum ædibus, fundum cum ædibus, aut res alias cum aliis rebus permutamus? Et locum relinqui (non obftante contrariâ decifione Molinæi *in confuet. Parif. tit. de feud. §. 22. n. 41.* Antonii Fabri *part. 1. de error. pragm. dec. 8. error. 9.* & Hunnii *d. refol. q. 49. pag. 307.*) veriffima conclufio eft, Tũ quia permutatio emptionis locum obtinet, *l. 2. ff. de rer. permutat. l. fi ieiudum 19. §. penult. ff. de ædilit. edict.* ejufque quafi mater reputatur, *l. 1. ff. de contrah. empt.* Tum quia mens & fententia *d. l. 2. C. de refcind. vend.* fuadet, ut eam & in reliquis bonæ fidei con- 148
tractibus admittamus, ubi caufæ fimiles funt, hoc eft, ubi unus dat, alter viciffim accipit, *ut fuperiùs expofitum nu. 87.*
Nec obftrepit huic conclufioni quicquã, quòd in permu- 149
tatione fuppletio feu reftitutio æftimationis in pecuniâ, partium intentioni minimè convenire queat. *Nam* quod in emptione receptum eft: id & ad permutationem protractum reperitur: adeòque utrinfque ex parte ad rei datæ æftimationem commodè deveniri poteft, *per textum eleganteni in l. 1. §. fi quis in fraudem 12. & §. feq. ff. fi quid in fraud. patroni, &c.* Idq; fufiùs explicant *Robertus lib. 2. animadv. jur. civ. c. 14. And. Gerb. decad. 14. q. 10. circa med. Pinel. in d. l. 2. part. 1. c. 3. n. 13. ibique Padilla n. 17. C. de refcind. vend. Ripoll. d. c. 11. num. juris refolut. n. 436. & 568. Hardewig. Daffel. confil. 47. Donellus ad d. l. 2. C. de refcind. vend. n. 58. & Ant. Merenda d. lib. 1. controv. jur. c. 37. p. 51.* Utrùm 150
porrò in permutatione beneficiorum Ecclefiafticorum locus fit conftitutioni *dictæ l. 2.* (diverfis diverforum opinionibus relatis & rejectis) tribus affertionibus feu conclufionibus perfpicuè explicat Fachinæus *lib. 2. controverf. jur. cap. 22. verf. Ego hac in re tres pono affertiones, &c.*
Præterea de divifionibus rerum communium, ecquid 151
in iis remedio *l. 2. C. de refcind. vendit.* locus effe debeat, non convenit inter omnes Interpretes? Etenim id haud obfcurè negant *Ant. Faber d. part. 1. de erroribus pragmat. decad. 8. error. 1. cum aliquot feqq. & Hunnius difput. 16. th. 8. & d. refolut. ad Treutler. vol. 2. difp. 2. q. 48. p. 305.* Affirmant verò reliqui uno ferè ore omnes, *Gloff. Bald. Paulus de Caftro, & alii in l. majoribus 3. C. communia utriufque judicii, &c. Salicet. in d. l. 2. C. de refcind. vend. Imola in c. cùm caufa col. 4. de empt. & vendit. Corneus confil. 240. col. penult. vol. 4. Gozadin. confil. 44. col. 1. & ult. Riminald. conf. 336. in princ. & confil. 367. nu. 4. hofque cum aliis nonnullis referens Alexand. Trentacinquius variar. refolut. lib. 3. refolut. 3. de empt. & vendit. nu. 2.* Quibus addendi funt *Donell. in d. l. 2. C. de refcind. vend. n. 59. Schurf. cent. 1. conf. 28. Stuck. d. part. 1. Decad. 12. affert. 3. ad lit. c. & Gerhard. d. decad. 14. q. 10. circa medium.* Veluti fi fratres, 152
aut plures coheredes dividunt inter fe res hereditarias, fi quis duplo plus accepit, quàm ad alios pervenit;

ex hac

ex hac divisione hi, qui minus acceperunt adversus eos, qui plus acceperunt, ad rescindendam divisionem rectè agent. Siquidem & divisio quædam permutatio intelligitur, *l. cùm pater 77. §. hereditatem 18. ff. de legat. 2.* & emptioni finitima est, ejusque vicem obtinere dicitur, *l. 1. C. communia utriusque judicii, & c. Chassan. in consuet. Burgund. rub. 3. §. 6. in princ. Curt. consil. 66. n. 17. Ant. Thessaur. decis.*
153 *239. n. 4.* At quid, si divisio per sortem facta sit, quæ alteri ex condivisoribus immodicam gravemque intulit læsionem; num rescindi poterit? Videtur sanè probabilius, ut qui sorti rem committendam putavit, si ex sorte læsus sit, restitui in integrum non possit ad rescindendam divisionem: quia & ex contrario potuerat ea sors incidere, ex
154 quâ lucrum sensurus fuisset. Neque enim restitutionum causæ ex eventu, sed potiùs ex initio, dijudicandæ sunt, etiam tum, cùm de minorum restitutione, quæ omnium favorabilissima est, tractatur, *l. 3. §. scio 2. l. verum 11. § item non restituetur 4. & §. seq. ff. de minorib.* Multò ergò minùs
155 beneficio *dictæ l. 2. C. de resc. vend.* uti poterit. Accedit, quòd propter incertitudinem eventûs, multa admittuntur, quæ aliàs non admitterentur, *l. 1. C. de pact. l. de fideicommisso 11. C. de transact. l. si ea lege 17. C. de usur. l. si pater. 12. C. de inoffic. testam. Tiraquell. ad l. si unquam 8. in verb. donatione largitus n. 131. C. de revoc. donat. & de jure primigenior. q. 17. opin. 1. n. 96. Ant. Fab. d. decad. 8. error. 2. circa fin. Gerhard. loco supra notato. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 14. de restit. minor. n. 4. in fine. Hunn. d. resolut. ad Treutler. disp. 2. v. 2. p. 307. Sichard. ad l. majoribus 3. nu. 2. C. communia utriusque judicii, &c.* Et de eâ re diversimodè sentientes *vide Pinelum ad d. l. 2. part. 2. c. 1. n. 6. & seqq. Sfortiam Oddum in tract. de in integr. restitut. part. 2. q. 66. artic. 4. n. 25. Dn. Collegam Besold. in discursu juridico-politico. c. 7. n. 11. & Fachinæum lib. 8. controversiar. jur. c. 36.* Porrò si plures fratres communem rem, propterea quòd commodam divisionem non recipiat, vendunt & ultra dimidium læduntur, an & quatenus uni ex illis remedium *d. l. 2. C. de resc. vendit.* in totum competat, fusè, *post alios, à se laudatos,* explicat Matthias Berlichius, *decis. aur. 52. p. 168. & seqq.* Divisio item hereditatis inæqualiter facta, quo remedio ad æqualitatem reduci possit, tradit noviter idem Berlichius, *decis. aur. 148. pag. 549. & seqq.*

156 Excutiendam hîc reor & aliam difficilem quæstionem: an constitutio *d. l. 2. C. de rescind. vend.* ad stricti juris contractus (quales communiter censentur omnes, qui non enumerantur *in §. actionum autem 28. infr. de actionib.*) porrigenda sit? Nam ad contractus bonæ fidei (maximè si in illis invicem detur, & recipiatur) propter eandem æquitatis rationem porrigendam esse, Doctores plerique tradunt. *Bartol. Bald. Angel. Cagnol. Paul. Castrens. & Salicet. in d. l. 2. Gozadin. d. consil. 44. colum. fin. aliique quos citat, & comprobat Trentacinq. var. res. lib. 3. res 3. de empt. & vend. n. 1.* Non desunt autem, qui putant, constitutionem illam ad contractus stricti juris non esse extendendam. *Jason post alios, quos refert, in l. si quis, cum aliter 36. n. 18. ff. de verb. oblig. Castrens. consil. 385. colum. 2. lib. 2. Azo in summa C. tit. de resc. vend. num. 5. Marant. consil. 83. n. 1. & seqq. Mozz. in tract. de empt. & vend. tit. quib. cas. sib. annullet. empt. num. 19.* Alii contrarium, videlicet ultra dimidium læso petere etiam in istis contractibus beneficium *d. l. 2.* affirmant, *Pinel. in d. l. 2, part. 1. c. 3. nu. 7. & seqq.* Alii verò existimant, in his stricti juris contractibus locum esse condictioni indebiti, ad repetendum id, quod datum est: vel si læsus ac deceptus conveniatur, ei exceptionem esse concedendam. *Ita Alex. in d. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig. Ant. de Burgos in c. cùm causa. n. 15. de empt. & vend. aliique per hunc relati.* Atq; horum ego sententiam, *cum Fachineo lib. 2. controvers. jur. c. 22. circa finem,* & probabiliorem & communiorem esse, judico. Quod enim exceptio tribuenda sit ultra dimidium decepto, satis superq; clarescit *ex d. l. si quis, cùm aliter. ff. d. t.* Quod porro etiam danda sit indebiti condictio, ostenditur hoc argumento:
157 Qui exceptione perpetuâ tutus, solvit per errorem, solutum condicere ac repetere potest, *l. qui exceptionem 40. in pr. ff. de condict. indeb.* Sed nostro in themate deceptus, tutus erat perpetuâ exceptione, & per errorem solvit. Ergo indebiti condictionem habet. Et quòd tam graviter læsus sive deceptus, exceptione perpetuâ tutus esset, evincitur *ex d. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig.* Quòd autem solverit per errorem, probatur præsum- 158
ptione juris. Error quippe potiùs præsumitur, quàm donatio, præsertim ubi tanta læsio intercedit, *l. cum de ind. 25. in pr. vers. qui enim solvit. ff. de probat.*

Non movet, quod objicitur, *allegatam l. qui exceptio-* 159
nem 40. ff. de condict. indeb. loqui, quoties exceptio competit ab initio contractûs: in specie verò nostrâ hanc exceptionem non competere ab initio contractûs: cùm nullum evidens vitium contractûs contineat, & læsio per multa extrinseca media probanda veniat. Non movet, *inquam:* quoniam & in propositâ quæstione exceptio ab initio contractûs competit, propter læsionem & dolum re ipsa adhibitum, ut liquet *ex d. l. si quis, cùm aliter 36. ff. de verb. obl.* Non etiam obest, quòd contractus suam ha- 160
beat formam, & nullum patens vitium. Siquidem læsionem in ipso contractu intercessisse, eamque postea probari, sufficit. Neque enim probatio facit, ut læsio intercesserit, sed ut, eam in ipso contractu intercessisse, detegatur. *Ast inspice Fachinæum d. lib. 2. c. 22. in fin. ubi & reliqua Pineli dissentientis argumenta refellit.*

Difficilior & sæpius agitata concertatio de transactio- 161
ne videtur, utrùmne transigens ultra dimidium deceptus, 162
rescissionem transactionis petere, vel ad supplementum justi precii agere queat? Ajentem sententiam tenent *Rainer. Bartol. Angel. Imol. & Paulus de Castro in l. Lucius. 78. §. fin. ff. ad Senatusconf. Trebell. Jacob. de Arena, Cagnolus & aliis in l. 2. C. de resc. vend. Abbas, Cardinal. Ant. de Butr. Imola, & Antonius de Burgos n. 30. cum seqq. in c. cùm causa de empt. & vend. Jo. de Anan. consil. 33. & ibi Bologn. in addit. Fab. de Monte in tract. de empt. & vend. q. 8. princip. n. 13. Decius consil. 60. n. 4. consil. 170. consil. 479. cons. 551. & cons. 597. n. 10. Bertrand. cons. 81. & consil. 199. v. 1. & consil. 72. v. 2. Schurf. cent. 2. cons. 56. n. 17. & cent. 3. consil. 50. n. 16. cum seqq. Wesenb. cons. 31. n. 13. & consil. 42. n. 72. Mandel. Alban. cons. 1. n. 12. cons. 89. nu. 4. Natta cons. 548. n. 11. lib. 3. Heigius part. 2. q. 9. n. 12. & seq. Guttierrez. lib. 2. q. pract. q. 142. Francisc. Purpurat. cons. 503. v. 2. Dominic. Card. Tusch. l. 8. pract. concl. lit. • concl. 353. n. 1. & seq. Matt. Coler. consil. 8. n. 1. & seqq. Joh. Koppen. decis. 58. n. 1. cum seqq. Socin. sen. consil. 85. n. 3. lib. 1. & cons. 105. v. 4. Socin. jun. consil. 129. nu. 48. lib. 1. & consil. 98. n. 17. v. 2. Caccialup. in tr. de transact. q. 12. col. 1. & 3. Rubeus Alex. cons. 71. nu. 8. Petr. Rebuff. ad constit. Reg. lib. 2. tit. de resciss. contract. artic. unic. gloss. 15. nu. 18. Vincent. de Franchis decis. 159. Surdus consil. 451. n. 9. v. 3. Ripoll. d. c. 11. var. jur. resolut. n. 415. & seq. f. 366. Fachin. lib. 2. controv. jur. c. 26. vers. ego eorum sententiæ, &c. aliique ferè innumeri, citati & approbati à Pinelo in d. l. 2. C. de resc. vend. part. 1. c. 4. n. 14. & seqq.* Sed contrariam, sicq; negantē 163
sententiam, defendunt *Dynus, Cuman. Aret. Jas. & Alex. in l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig. Richard. Malumb. Cyn. Bald. Saliceius & Donell. n. 61. in sæpiùs d. l. 2. C. de resc. vend. Gloss. Johan. Andr. Anchor. Innocent. & Barbatia in d. c. cùm causa. de empt. & vend. Speculat. tit. de empt. & vend. §. nunc dicendū. vers. quid de transactione. &c. Grammatic. decis. 66. n. 47. Parisius cons. 96. n. 61. lib. 1. Beroius consil. 176. nu. 25. lib. 1. Zasius consil. 18. lib. 1. Alciat. cons. 124. nu. 3. & cons. 89. n. 4. Cravetta consil. 151. n. 26. Roland. à Valle cons. 28. n. 25. lib. 4. Frid. Pruckman. cons. [illegible] 9. nu. 29. cum seq. & cons. 50. n. 206. & seq. vol. 1. Plotus consil. 32. Jo. Mantuinus in tr. de restitut. in integr. c. 210. n. 2. Gail. lib. 2. observ. 70. n. 6. & seqq. Connan. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 9. n. 13. Branchorst. cent. 1. [illegible] assert. 92. edit. 1. Andr. Gerhard. decad. 14. sub qu. 10. Matthias Stephani cent. 3. q. 71. Matthæus de Afflict. decis. 220. n. 3. Marant. consil. 83. nu. 13. Borcholt. in Comment. de transact. c. 4. n. 22. Ant. Fab. decad. 8. error. 10. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tr. 7. part. 1. qu. 13. pag. 1107. Tiber. Decian. resp. 56. n. 66. v. 4. & resp. 83. n. 54. v. 5. Philipp. Matth. ad l. in omnibus causis 68. n. 41. cum seqq. ff. de reg. jur. Cothman. respons. 28. num. 242. & seqq. vol. 1. pag. 348. edit. 2. Tileman. he benig. decis. Camer. Imper. Syntagm. 4. decis. 1. vol. 6. nu. 20. & seqq. Fomannus disput. 22. th. 12. ad lit. C. Menochium consil. 401. n. 157. lib. 5. ubi pro hac sententiâ magnam Scribentium turmam adducit.* Sunt 164
& alii, qui has diversas Doctorum opiniones sub distin-

distinctionis fœdere conciliare nituntur: quòd nimirum læsio aut est ultra dimidium in modico excessu: & tunc procedat opinio modò relata, quòd scilicet transactio rescindi non debeat: aut est in magno ac longo excessu læsio, quam enormissimam indigitant: & tunc prior opinatio militet, sicque transactio rescindatur. *Ita distinguunt Philippus Cornëus consil. 166. & con. 189. vol. 1. & cons. 27. lib. Rota Romana apud Jacobum Puteum decis. 230. lib. 1. Molin. in addit. ad Alexand. in consil. 42. verb. communem. n. 11. lib. 1. Ant. Gabr. lib. 2. commun. opin. de empt. & vend. conclus. 5. n. 69. Mozzius in tr. de empt. & vend. tit. quib. casib. annulletur empt. n. 23. Morla in emporio juris utriusque part. 1. tit. 4. q. 2. n. 9. cum seq. Mynsinger. cent. 1. obs. 33. & cent. 6. obs. 91. num. 9. Trentacinquius var. res. lib. 3. res. 3. de empt. & vendit. n. 7. vers. hæc distinctio, &c. Ludov. de Molina, de Hispanor. primogen. lib. 4. c. 9. n. 34. Linglois decis. Just. 2. q. 4. n. 3. & decis. 15. q. 10. n. 2. f. 168. Hieronym. de Cævallos in speculo aureo opinion. com. contra commun. q. 72. n. 1. vers. sed verius, &c. pag. 100 tom. 1. pluresque alii, ab his commemorati.*

165 Cæterùm ego illorum non invitus accedo sententiæ, beneficium *multoties allegatæ l. 2. C. de resc. vendit.* ad tran-
166 sactionem nullo modo pertinere concludunt. Hæcque conclusio probatur primò *per disertum textum in l. Lucius 78. § ult. ff. ad Senatusconf. Trebellian.* ex quâ elucet, quòd si hæres rogatus restituere hereditatem, quadruplo minus restituat, quàm verè in hereditate extabat, ad restituendum, quod amplius est in hereditate, non tenea-
167 tur, si per transactionem restituta sit hereditas. Secundò *per l. a Divo Pio. 15. § si pign. 3. ff. de re judicat.* ubi rescriptum dicitur; si creditor maluerit pignora capta in creditum possidere, iisque esse contentus; non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere: quia velut pacto transegisse de credito videtur, quis contentus fuit pig-
168 nora possidere. Tertiò *per l. in summa 65. § 1. ff. de condict. indebit.* ubi generaliter respondetur; illud, quod transactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit, non re-
169 peti. Quartò *per l. 1. ibi, transactionibus scilicet, &c. (in Gregoriani corpore est l. ult.) C. de plus petitionib.* ubi transactio servanda est etiamsi dolosè plus debito sit pe-
170 titum. Quintò *per l. sub prætextu instrumenti 19. & l. sub prætextu specierum 29. C. de transactionibus.* in quibus deciditur, transactionem rescindi non posse sub prætextu instrumentorum noviter repertorum. Et tamen evenire potest, ut ex instrumento aliquo noviter reperto, transi-
171 gentis læsio ultra dimidium appareat. Sextò *per l. causas 16. C. eod.* ubi Impp. Diocletian. & Maximianus rescripserunt: causas vel lites transactionibus legitimis fi-
172 nitas, Imperiali rescripto resuscitari non oportere. Septimò accedit, quòd juramentum & transactio æquiparantur. Jusjurandum siquidem est species transactionis, *te-
173 ste Paulo in l. 2. ff. de jurejur.* Atqui causa, per jusjurandum finita, retractari nequit ratione cujuscunque læsionis, *l. non erit. 5. § dato. 2. & l. nam, posteaquam 9. § 1. ff. eod.* Ergo idem de causa, per transactionem finitâ,
174 pronunciandum erit. Octavò huc confert, quòd quoties res est dubia & incerta, læsio allegari non potest, *l. de fideicommisso 11. C. de transaction. l. si ea lege 17. C. de
175 usur.* Sed eventus litis dubius esse dicitur, & incertus, *l. quod debetur 51. ff. de peculio.* Igitur ex transactione, per
176 quam à lite receditur, læsio allegari nequit. Nonò facit, quòd transactio & sententia sive res judicata comparantur, *d. l. 2. ff. de jurejur. l. non minorem 20. C. de transactionib.* Atqui verò sententia seu res judicata non rescinditur ob quamcunque læsionem; si contra jus litigatoris lata sit, non autem contra jus constitutionis, *l. sub specie 4. C. de re judicat. l. 2. in fin. Cod. quando provocare non est ne-
177 cess.* Ergo nec transactio. Decimò huc respicit, quòd transactiones; sicut pacta, sua naturâ & ingenio stricti sunt juris, *arg. § actionum 28. infr. de act. l. jurisgentium 7. § quinimò. ibique gloss. & l. si unus 27. § pacta, quæ 4. vers. ante omnia. ff. de pact.* Ast in stricti juris contractibus (*secundum veriorem sententiam*) constitutioni *dictæ l. 2. C. de rescind. vend.* locum non esse, constat *ex traditis supra
178 n. 156.* Postremò huc maximè conducit; quòd transactio nihil simile cum emptione habet. Qui enim actionem remittit, licet aliquid accipiat; tamen dare aliquid verè dici non potest. Fieri namque potest, ut non rectè petierit, & injustè, vel judicis injuriâ non obtinuerit. Incertum itaque hoc, quod transactione remittitur, *l. 1. ff. de transactionib.* æstimari nequit, *arg. l. quemadmodum 29. § item Labeo 5. in fin. ff. ad leg. Aquil.* ubi expressè dicitur, circa legem Aquiliam in æstimando damno ejus, qui damnum sibi datum queritur, nunquam æstimari & spectari incertum eventum, id est, id, quod actor consequi potuerit; sed, an consecuturus esset, incertum fuit. De reo, qui duplo plus dederit, quàm ab ipso petitum erat, non est, quod quæramus. Hic etenim casus contingere non solet. Nam nemo mortalium reperitur, qui duplo plus dare velit, quàm ab ipso petitur: cùm ne id quidem dare velit, quod petitur. *D. Hunn. d. qu. 13. pag. 1110.*

Non hanc, ita firmatam, infringit sententiam textus *in* 179
l. si superstite. 5. vers. sanè si læsa es immodicè. Cod. de dol. mal. ex quâ colligi posse videtur; quòd ob immodicam læsionem transactio rescindatur; & ita *lex 2. C. de rescind. vendit.* etiam ad transactionem pertineat. *Quandoquidem* in specie istius legis dolus ex proposito intervenit; paterque filiam suam emancipatam ad transigendum dolo induxit: proindeque rectè dicitur, filiæ non quidem de dolo, propter paternam verecundiam, sed tamen in factum actionem, quâ dolus iste purgetur, esse tribuendam, *l. non debet 11. § 1. ff. de dol. mal. l. parens 5. ff. de obseq. parentib. & patron. præst.* Nec quicquam ad rhombum facit erronea Fachinæi *supra notato loco* consideratio putantis, textum illum loqui de transactione bonâ fide interpositâ: nihil autem magis contrarium bonæ fidei esse, quàm dolum, *l. nihil consensui 116. ff. de reg. jur.* Neque enim loquitur textus de transactione bonâ fide initâ respectu patris, sed potiùs respectu filiæ, quæ bona fide cum parte transegerat, *ut ex toto contextu manifestè cernere licet.*

Nihil item refragatur *l. Imperatores 3. § 1. ff. de transactio-* 180
nib. ubi Scævola respondit: si transactum sit de fideicommisso, posse nihilominus transigentem consequi, quanto minus ex fideicommisso consecutus erat. *Quia* generaliter verum est; si quis minus, quàm debebatur sibi ex fideicommisso, per transactionem accepit, non posse eum à transactione discedere, si fortassis postea constitit ex repertis instrumentis, majorem quantitatem bonorum per fideicommissum ei relictam esse, quàm heres indicavit, *d. l. sub prætextu in instrumenti. 19. C. eod.* Sed generale istud pronunciatum non procedit, si ex codicillis postea repertis appareat, majorem quantitatem bonorum fideicommissario fuisse relictam, isque hujus rei ignarus transegerit, modicâ quantitate fideicommissi sibi testamento relicti contentus. Hujusque ratio evidens est: quoniam de controversiis, ex testamēto descendentibus, transigi aliter non potest, quàm inspectis cognitisq; testamenti verbis, *l. de his 6. ff. de transact.* Cui consequens est; transactione super testamento, 181
nondum prolatis codicillis, interpositâ, restitutionē fideicommissi in codicillis relicti, non impedire; siquidem codicilli testamenti pars esse intelliguntur, *l. pen. ff. testamenta quemadm. aperiant. l. quidam 14. ff. de jure codicillor.* Atqui testamentum nec legitimè aperiri, nec exhiberi censetur; nisi totum videatur; *ut, post Fornerium lib. 2. select. c. 9. tradidit Bronchorst. loco præallegato.* Consimiliter minimè ad- 182
versatur, *d. l. in summa 65. § 1. vers. sin autem evidens ff. de condict. indebit.* ubi Paulus transactionem imperfectam esse scribit, si calumnia evidens detegatur. Evidentior autem calumnia detegi vix poterit, quàm si enormis probata fuerit læsio: quàm esse illam, quæ dimidium excedit, inter omnes convenit. Lex, *inquam,* ista minimè adversatur. Etenim Paulus ne cogitare quidem potuit de privilegio *d. l. 2. C. de resc. vend.* quippe quod ab Impp. Diocletiano ac Maximiano primùm inductū vel certe confirmatū est circiter annum Christi 293. & sic ad minimum sexaginta annis postquàm IC. Paulus (qui sub Imp. Alexand. Severo, ferè circa annū Christi 230. floruit) diem suum obiit. Et quamvis hoc ita sese non haberet: sed privilegium ejusmodi Paulo quoque cognitum fuisset: *ut patet ex dictis supra n. 30. & sequentibus,* verba tamen istius §. talia sunt, ut contrariæ Bartoli, & sequacium opinioni patrocinari neutiquam possint. Evidens siquidem calumnia (cujus 183
Paulus eò loci meminit) nihil aliud, quàm fraudulentam

quandam

quandam machinationem denotat; quo sensu etiam illam
184 accipit Ulpian, *in l.1.§.penult.ff.de stipul.prætoriis.* Eamque ob causam idem Paulus calumniosum vocat eum, qui sciens prudensq; per fraudem negotium alicui comparat, *lib.1.recept.sent.tit.5.* Unde evincitur, Paulum *in opposita l.65.§.1.ff.de condict.indeb.* hoc sibi velle, quòd imperfecta sit transactio: atque idcirco ejus nomine, quod datum est, repeti possit, si evidens calumnia detegatur, hoc est, si alterum fraude ad transigendum inductum fuisse appareat. Regulariter namque transactio vexandi adversarii causa per fraudem sive dolum extorta ex parte ejus, qui læsionem sensit, nulla est, *d.l.sub prætextu 19.C.de transact. Philipp.Matth.loco supra designato.* Sed hanc controversiam vide aliter explicantem Matthiam Berlichium, *part. 2.concl.42.n.6.& seqq.p.910.& seqq.* nec non Antonium Merendam *lib. 1. controvers.jur. c. 39. p. 54. & seq.*

185 De donatione hæc quæstio est: Quidam fundum donaturus, quem putabat tantum valere 20. cùm valeret 40. & amplius: in hoc errore fundum donavit Sempronio; comperto errore, quæritur: an auctoritate *d.l.2.C.de rescind.vendit.* fundum cōdicere sive repetere possit? Et non
186 posse, veritati magis consonum videtur. Nam is, qui donavit fundum valentem 40. & amplius, cùm putaret, valere tantùm 20. aut donare voluit, quod excedit 20. aut noluit. Priori casu donatio statim in totam æstimationem perficitur, *§.aliæ autem 2. vers. perficiuntur supr.de donationib.* quæ donatio, utpote perfecta, revocari nequit, *l.*
187 *cùm ancillam 6.& l.seq.C.de condict.ob causam dator.* Posteriori verò casu, donatio ultra 20. non subsistit: cùm nemo invitus donare existimetur, *l.nec ignorans 10. C. de donat.* Et quidem hoc casu non propterea non valet donatio: quòd donator duplo plus dederit, quàm putabat; sed quia aliquid dedit amplius, quàm putabat. Proinde cùm quæritur, an donatio rescindi possit; non hoc in quæstione versatur: an donator duplo plus dederit, quàm volebat: sed an donator aliquid vel minimum amplius dederit, quàm volebat. Quo casu donator fundum totum, quem donavit, repetere poterit; & sufficiet, si det ea
188 viginti, quæ donare constituerat. Ideo autem totum fundum repetere poterit, & non pro parte duntaxat: ne cum donatario in communionem incidat, quam nemo suscipere invitus compellitur, *l.si non sortem 26. §. si centum 4. vers. nemo invitus ff. de condict. indebit.* Itaque jam quæstionis est, quando donator intelligatur voluisse donare, quod amplius est, aut voluisse, ut donatori competat repetitio? Sanè si rei à se donatæ nullam adjecit conditionem, neutiquam repetet, tametsi apud se hoc animo fuerit, ut
189 repeteret, si res pluris esset. Propositum quippe in mente retentum, nihil operatur, *l.si repetendi 7. C. de condict. ob caus.dator.* Imò etiamsi donator in fundo donando dixerit; se fundum Sempronio donare: quia fundus non pluris valeat, quàm 20. tamen ob hanc causam fundus repeti non poterit, licèt multò pluris valeat: quandoquidem falsa hæc causa est, quæ donationi & traditioni nihil officit: & in hac causa falsa semper donatio simplex subesse reputatur. *l. in summa 65. §. ad quod; 2. ff. de condict. inde-*
190 *bit.* Cæterùm tunc donatori repetitio accommodabitur, cùm ita dixerit: Ego constitui ob merita dare 20. Sempronio, & nihil amplius: & quia fundum Tusculanum habeo, qui non pluris valet: idcirco pro illis 20. fundum illi dono. Hic repetitio erit, etiamsi fundus tantùm duobus aut tribus aureis pluris valuerit: quia donatorem nihil amplius, quàm 20. donare voluisse, ex præfatione dilucidè constat. *Ita eleganter hoc explicat Donellus ad d. l. 2. Cod. de resc. vendit. n. 62. & 63. De eodem videatur Connanus lib. 7. Comment. jur. civil. c. 9. n. 11.*

191 Præterea ardua hæc & venusta quæstio non inutiliter hic movetur: si emptor thesaurum in fundo seu re superempta invenerit, an venditor ultra dimidiū justi pretii læsus agere possit, ita ut thesauri propter quem res procul dubio pluris æstimāda est, ratio habeatur? Et hujusmodi thesauri rationem habendam, sicq; venditorem in partem ejusdem vocandum esse, censuit *Ludovicus Romanus in l.si quis, cùm aliter 36.ff.de verbor.obligat.* ubi scribit, se ita in Curia Romana in facti contingentia respondisse & obtinuisse. Cui assentiri videtur *Joann.de Platea in l.unic. n.3. Cod. de thes.* ubi dicit: quòd si mercenarius reficiens domum à se emptam, in parietis foramine vel solo reperit pecuniam, in sacculo vel vase repositam, eam venditori restituere teneatur & sub ejus se fuisse responsum à Jurisconsultis Florentinis. Sed contrariam sententiam ego pro- 192
babiliorem esse judico, motus sequentibus rationibus. I. Quia res, quæ nullius in dominio est, occupanti naturali ratione conceditur. *l. 3. in pr. ff.de acq. rer. domin. §. feræ 12. v. quod enim supr.de rer.divis.* Thesaurus autem nul- 193
lius in dominio est. *l. nunquam 31.§ 1.ff.de acq.rer.dom.* ubi thesaurus definitur vetus quædam pecuniæ depositio, cujus nō extat memoria, ut jam dominum non habeat. II. Quia, ut venditor dicatur læsus, tempus contractûs inspiciendum & attendendum est, *l.si voluntate 8.in fin. Cod.de resc.vend. l.3.§.divi fratres 5.ff.de jure fisci.* Atqui tēpore contractûs 194
celebrati thesaurus non extabat, nec de eo quicquam constabat. Læsus igitur venditor dici non potest. Siquidem privatio habitum præsupponit. *l. 1.§.hujus studii 2.ff.de just. & jur. l. decem.116.ff.de verb.oblig. & l. Titio 96.§. fructus.ff. de condit. & demonstr.* III. Quia inventus ille ab emptore thesaurus, non intelligitur à venditore ad emptorē profectus, ut qui neq; possederit eum, licet fundum possideret. *l.3.§.Neratius 3.vers. cæterùm quod Brutus.ff.de acquir. vel amitt. possess.* neque sine possessione ejus dominium habuit. Thesaurus 195
quippe antequam fuerit inventus, in nullius dominio esse censetur. *d.l.nunquam.31.§.1.ibi, ut jam dominum non habeat, item ibi: quod non alterius sit. ff. de acquir. rer. domin.* IV. Quia thesaurus ut fundi pars non est: siquidem cum 196
ipso fundo possideri nequeatur, *d.l.3.§.3.ff.de acq.vel amitt. possess.* ita nec eo in fructu est. *l.fructus 7.(aliàs est l.divortio 8.) § si fundum 12.vers.non magis ff.solut.matrimon.* ut proinde ex eo fundi æstimatio peti nequeat. V. Quia se- 197
cundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *l.secundùm.10.ff.de.reg.jur.* Sed ad emptorem omne incommodum, perfectâ emptione, pertinet *l.necessariò 8.ff.de peric. & commod.rei vend. & Instit. ubi supra §.cùm autem emptio.3.supra hoc tit.* Ergo & commodum ad eundem pertinebit. VI. Quia quod quis 198
in suo invenit, id ei omne jure debetur. *§.thesaur.39.supr. de rerum divis.d.l.unic. Cod. de thesaur.* At proposita in quæstione emptorem in suo fundo thesaurum invenisse, negari nequit. Ergo ipsius est: & consequenter nulla ratione, in partem inventi thesauri ut vocet venditorem, cogi potest. VII. Quia Scævola in *l.à tutore.67.ff.de rei vindicat. A tutore pupilli, ait, domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxit: Is pecuniam invenit: quæritur, ad quem pertineat? Respondi; si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat.* Cum igitur in nostro casu venditor probare non possit; 199
pecuniam, ab emptore inventam, perditam, vel per errorem à se aut suis neglectam fuisse: merito ex Scævolæ responso thesaurus intelligitur, ac proinde dominium illius in emptorem transfertur; adeoque venditori, tanquam immodicè læso, beneficium *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* haudquaquam conceditur. Et hæc oppositio, quæ fit inter pecuniam deperditam vel neglectam & thesaurum, apertè indicat: sicut priore casu dominium non transfertur in emptorem, sed repeti eam posse; ita locus est ita posteriore, thesauri dominium in emptorem transferri, ut nullatenus repeti à venditore sibi vendicare possit. Sed & loquitur Scævola (*quod diligenter notandum*) de vendente tali, qui tutor erat, cui pupilli nomine (cujus favor per omnes juris nostri partes diffusus est) denegatur thesauri repetitio. Ergo multò id magis in nostrâ specie, ubi vendens major est, admittendum fuerit. Atque ita sentiunt *Franciscus Aretin.in d.l.si quis, cùm aliter 36.ff.de verb.oblig.in. Cagnol.n.121. & Panthal.de Cremona.n.62.in d.l.2.C.de rescind. vend. Fachinæus lib.2.controvers.jur.c.22. vers. quarto controvertitur, &c. Dn.Colleg.Bocer.in tr.de regal.cap.3. n.186. Heigius part.1.q.13.n.61. Barbosa Lusitan.in d.l.8. §.si fundum.12.n.31.ff.soluto.matr. Farinac.var.jur.q.104. Ant.Gabr.lib.3.concl.1.de empt. & vend.n.111. Bapt.Costa cent.1.distinct.60.de scient. & ignor.Men.cons.649.lib.7.& Arumæus lib.1.decis.1.* Atq; hanc quæstionem etiam attigi in *d.§.thesaur.39.supra. de rer.divis.num.19. & seqq.*

Digitized by Google

200 Nec huic quicquam decerpit sententiæ; quòd in judi-
candâ læsione ratio habenda sit æstimationis rei, secundùm
tempus contractûs initi *d. l. si voluntate. 8. C. de resc. vendit.*
licèt occulta sit hujusmodi æstimatio, & minimè patens, *d.
l. 3. §. divi fratres. 5. ff. de* [illegible]. Nam nostro in casu
fundus venditus ex pretio thesauri, qui contractûs tem-
pore latuit in illo, postea verò demum ab emptore inven-
tus fuit, æstimari nullo modo potest: nec propter vendi-
tor tempore contractûs de nullâ prorsus læsione conqueri
potuit; nec postmodùm in thesauro, quem nunquam ha-
buit *d. l. 3. § Neratius ff. de acquir. vel amitt. possess.* circum-
ventus aut læsus dici; ac per consequens nec remedio *d.
l. 2. C. de resc. vend.* uti poterit. Emptor quippe thesaurum
habet, non ratione venditionis: sed potius ratione in-
ventionis, & sic ex titulo diverso: atq; adeò fundi æsti-
201 mationem augere nequit: eo ipsoq; thesaurus habetur lo-
co cujusdam nascentis emolumenti, quod non tam à jure,
quod venditor transtulit, quàm novo fortunæ benefi-
cioque proficiscitur. *arg. l. si is, qui 63. §. 1. ibi, thesaurus
donum fortunæ creditur ff. de acquir. rer. dom. & l. un.
ibi, ne uberius Dei beneficium, &c. C. de thesaur.*

202 Neque etiam obstat, quòd contractus venditionis &
locationis sunt similes [illegible] *tit. infr. de locat. & conduct. l. 2.
ff. locati.* In [illegible] receptum est, ut pensio au-
geatur, si conductor lucrum maximum sentiat, *ut notat
gloss. in l. si merces 25. §. vis major. 6. in verbo, cui ff. eod.* [illegible]
l. 2. C. de [illegible] *tom. 2. variar. resol. c. 3. de locat.
n. 1* [illegible], & in venditione dicendum:
ut si [illegible] lucrum [illegible] ex [illegible] inventione em-
ptor, ad majus pretium solvendum sit condemnandus.
Illud [illegible]. Isthuic enim glossæ, eamq;
sequentium opinioni fortissimè repugnat textus *in d. l. si
merces 25. §.* [illegible] *immodicum lucrum non au-
203 feratur. ff. locati.* Immodicum siquidem significat maxi-
mum, & [illegible] excedens, nec aliter citra luculentam vim
[illegible] accipi potest. Ita namque [illegible] apud bonos au-
ctores legitur, ut illud: *in modica opes*: & illud apud Ca-
tum. *immodico pretio vendat*, id est, pro maximo & nimio,
204 *l. non dubium 14. in fin. ff. de legat. 3.* Nec confirmat glossæ
figmentum *d. l. 2. C. de* [illegible], ubi [illegible] quòd si
ex inundatione Nili ditiores fiant [illegible] pro terris,
quas possident, tributorum præstationem agnoscant. Tum
quia id specialiter in prædiis publicis seu fiscalibus con-
stitutum videtur, *ut* [illegible] *ff. in l. 1. super* [illegible]
l. are. C. de jure emphyteut. & [illegible] *in verbo, reposci.
C. de locat.* Tum quia lex illa 2. de augmento, sive re,
non verè fructuum, accipienda est: *ut satis ex literâ col-
ligitur, & accuratiùs explanat Pinelus ad d. l. 2. part. 51.
205 c. 3. n. 35.* Ad hæc stante glossæ opinione (quam tamen non
servari, testatur Pinelus *d. c. 3. n. 34*) non malè responde-
tur: à locatione ad emptionem argumentum duci posse,
206 datâ paritate rationis. Ast in præsenti disquisitione longè
alia emptionis, alia locationis ratio est. Etenim in conduc-
tore & illud indubitaté receptum est, ob nimiam sterilita-
tem pensionem ei minuendam esse *l. ex conducto 15. §. si vis
tempestatis 2.* [illegible] *§. item quæ 7. d. l. si merces 25. §. vis major.
6. ff. locati, &* [illegible] *diximus infrà ad princ. tit. de locat. &
conduct. n. 69.* ut ex regulâ juris non iniquum sit eundem
incommodo aliquo videlicet auctiore pensione, in casu ni-
miæ ubertatis onerari, *d. l. secundùm 10. ff. de reg. jur.* Ejus
autem contrarium in emptore sancitum constat. Is enim
nullum levamentum sentit, quantumvis totus fundus
chasmate perierit. Ideoq; & gravamine nullo, tametsi ei-
dem per alluvionem aliquid accesserit, affici debet, *l. id,
quod 7. & l. seq. ff. de peric. & commod. rei vend.* [illegible] *d. de-
cis. 1. in fine. ubi aliis quibusdam objectionibus respondet.*

207 Est & illis sat pulchra, & dubia quæstio: utrum auxi-
lium *l. 2. C. de resc. vendit.* adversus tertium ac singularem
successorem competat? Et competere, Doctores commu-
niter tradiderunt; si modò hæc duo concurrant. Primum,
ut singularis iste successor rem ex causâ lucrativâ possi-
deat; aut certè ex contractu, qui eodem injustitiæ morbo,
videlicet læsionis ultra dimidiam, laboret. Alterum, ut is, à
quo causam successor habet, nimirum emptor ille, qui de-
cepit ac læsit venditorem, solvendo non sit. *Bald. Salicet. &
Panthaleon Cremens. in d. l. 2. C. eod. Tiraq. ad l. si unquam 8.
in verb. revertatur. n. 329. C. de revocand. donat. Covarruv.
lib. 2. variar. resolut. c. 3. n. 3. Menoch. consil. 63. nu. 22. lib. 1.
Stracchа ad Cravettam in consil. 7. n. 13. Fabian. de Monte in
tr. de empt. & vend. q. 8. princ. n. 23. Matthias Berlich.* [illegible]
aur. 1574. 605. & seq. Verùm sententia contraria veritati
juris propior videtur. Primò enim exploratissimum est; 208
actionem ex contractu descendentem contra singularem
possessorem non dari. Haud siquidem personalis obliga-
tio fundum sequitur, *l. 1. §. si heres 16. ff. ad Senatuscons.
Trebell. l. ult. § ult. ff. de contrah. empt. l. dolus 10. C. de resc.
vend.* Deinde huc valdè pertinet textus *in l. æris alieni. 15.
C. de donat.* ex quâ perspicuè liquet, agi non posse adver-
sus donatarium & [illegible] rem rei debitoris, ab eo, cui de-
bitor [illegible] erat obligatus. Et loquitur textus in succes- 209
sore ex titulo lucrativo: nec, an debitor solvendo sit, nec-
ne, distinguit. Proindeq; nec nos distinguere debemus, *l.
3. in fin. ff. de offic. præsid. l. 1. §.* [illegible] *4. ff. de offic. præfecti
urb.* Confert etiam eòdem non parum textus *in l. 1. & 3.* 210
C. si vendito pignore agatur, ubi habetur, contra tertium
possessorem tum demum agi posse, cùm malâ fide em[illegible]
& is, qui conveniri poterat, solvendo non est. Malâ igi-
tur fide cessante, conveniri non poterit. Nec hanc deci- 211
sionem enervat *l. in causæ 13. §. fin. ff. de minorib.* ubi re-
spondetur, minorem læsum restituendum esse, etiam ad-
versus tertium emptorem & possessorem, si prior emptor
solvendo non sit. Nam remedium *d. l. 2. C. de resc. vend.*
(quod pro majoribus est solummodò introductum) lon-
gè distat ab auxilio ætatis seu restitutione minorum,
maximè quoad agendum adversus tertium possessorem:
cùm illic merè personalis actio tantum locum habeat;
hic verò auxilium in rem scriptum, multò pinguius &
liberalius, competat. Sed vide hanc sententiam explica-
tam defendentem Pinelum *in Comment. ad d. l. 2. C.
de rescind. vend. part. 2. c.* [illegible] *n. 32. cum seqq.* & Fa-
chineum *lib. 2. controv.* [illegible]

Huic vicina [illegible] quæstio est: quid venditori li- 212
ceat adversus emptorem agere, quando venditor ultra di-
midiam est læsus, & res vendita sine emptoris culpâ, casu
scilicet fortuito, [illegible] Et venditori competere actionem,
ut, quod deest justo pretio, ab emptore consequatur, scri-
bunt *Panormitanus in c. cum dilecti, n.* [illegible] *de emp. & ven-
dit. Franc. Cremens. sing. 84. Ripa in l. quod te mihi 5. n. 11. ff. de
reb. cred. si cert. pet. Alberic.* [illegible] *in d. l. 2. C. de
resc. vend.* Sed contrarium, nempe venditori nullam actio-
nem competere, tanquam verius & æquius, amplexi sunt
*Accursius, Azo in summa n. 6. Bartol. n. 13. Bald. nu. 14. Ful-
gos. n. 9. Salicet. q. 14. Castrens. n. 16. Cagnol. n. 115. aliiq; com-
muniter in d. l. 2. aliq; Pinelus part. 2. c. 1. n.* [illegible] *cum seq. Ant.
Burgens. in d. c. cum dil. n. 60. & seqq. Fabian. de Mont. d. tr. de
empt. & vend. q. 8. pr. n. 23. in fine. Gozad. cons. 44. nu. Gom. t.
2. var. res. c. 2. de empt. & vend.* [illegible] *22. Covarr. lib. 2. var. re-
sol. c. 4. n. 14. & Fach. d. lib. 2. controv. jur. c. 18. vers. sed con-
trariam sententiam, &c.* Hujus in sententiæ confirmationem 213
adducitur primò textus *in l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de ju-
re dot.* ubi responsum est, quòd mulier in causa dotis (quæ
semper & ubiq; præcipua est *teste Pomp. in l. 1. ff. solut. ma-
tr.*) petere non possit id, quod justo pretio deest, ubi servus
extinctus, vel res perempta est. Ergò multò minus id juris 214
venditor habebit. Secundò urget vehementer hæc ratio-
cinatio: ubicunq; quantitas debetur respectu certæ spe-
ciei: specie perempta debitor est liberatus, *l. Titiæ textores
36. § ult. ff. de leg. 1. l. electi 26.* [illegible] *noxal. act. l.* [illegible] *§.
ult. ff. si cui plus, quam per leg.* [illegible] *communis* [illegible]
pr. vers. ex his igitur ff. de [illegible]. Atqui [illegible] reposita quæ-
stione quantitatem deberi [illegible] certæ speciei, nimirum
contemplatione rei venditæ, [illegible] [illegible] perempta, & obligationem [illegible] perimi. Tertiò [illegible]-
gatur; quòd præsenti in casu [illegible] in obliga-
tione esse dicitur; justi autem pretii [illegible] in facultate
solventis. *ut* [illegible] *ex d. l. 2. C. de resc. vend.* [illegible] verbis:
*Humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus,
fundum venundatum recipias: vel, si emptor elegerit, quod
deest justo precio, recipias.* Illa verba (*Si emptor elegerit*)
apertè arguunt; illud in electione emptoris esse, & sic in
facultate solvendi. Re itaque perempta, debitor liberatus
intelligitur, *l. si ex legati causa 23. ff. de* [illegible] *obligationib.*

d. l. quod

Digitized by Google

d.l.quod [illegible] mihi 5.ff. de reb.cred. si cert.pet.l.si quis stipul.
57.*ff.de solutionib.* Accedit quartò quod hic æquitas (*ut*
qua d.l.2.C.de resc.vend. [illegible]) videtur magis fa-
vere emptori, qui precium quale-quale solvit, & rem
215 casu, sicq; sine culpa amisit. Sed & in dubio magis fa-
vendum esse convento reo, quàm actori, patescit *ex l. si*
servum 91.§. sequitur 3.in fin. ff.de verb.oblig.& l.si plu-
res 14.§.ultim. ff. deposit. ubi eleganter dicitur; æquum
esse, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique
cùm interitura esset ea res, etsi restituta [illegible] actori.
216 Nec consringit traditionem nostram quod dissentien-
tes contendunt: emptorem æquè principaliter obligatum
esse venditori, vel ad id quod justo deest precio, persolvē-
dum: vel ad rem emptam restituendam, *arg. d.c. cum di-*
lecti 3.& cap.cum causa 6.de empt.& vend. ac consequen-
ter, re peremptâ, obligationem ad precium superesse, *l.si in*
emptione 34.§.si emptio 6.ff.de contrah.empt. l.Stichum aut
Pamphilum 95.in pr.ff.de solut. Etenim allegata modo ca-
pitula nihil aliud volunt, quàm emptorem facultatem ha-
bere supplendi sive solvendi justum precium, eamq; facul-
tatem illi non esse auferendā: quod & nos non diffitemur.
Inde autem propterea non rectè infertur, ipsius rei resti-
217 tutionem [illegible] esse principaliter [illegible] in obligatione. Il-
lud sanè extra controversiam positum videtur: empto-
rem conveniri posse, & compelli ad solvendum justum
precium, licèt res citra ejus culpam perierit; quando alteri
eam ipse vendidit, & ab emptore secundo justum precium
decepit. Siquidem hoc casu cum ipse emptor precium ha-
beat, rem ipsam habere censetur. *l. si ipsa res 18. ff. quod*
[illegible] Salic. [illegible] in d.l.2.C.de resc.vend.
& Pinel. [illegible] part. 2. [illegible] n.38. Covarr. d. lib.2. var.
re[illegible] d. lib. 2. cap 18. in fine.
218 A[illegible] quæstio, diù multùmq;
à D[illegible] vendat minori precio
rem [illegible] *Et si quid pluris va-*
let, donat: utrum, si ultra dimidiam venditor lædatur, ad re-
scindendum contractum [illegible] valeat? Negant id *Imola,*
Ludovicus Romanus, & [illegible] Ferretus in l.si quis, cum
aliter 36.ff.de verb.obl. Albericus in l.si tibi decem 17.q.ult.
ff.de pact. Odofr. & Petrus de [illegible] in l.2.Cod.de rescind.
vend. Fabian.de Mont. in tr.de empt.& vend. q.8 pr. n.17.
& 18. Andr.Barbat.in c.cùm causa 6.col.2.circa med.vers.
& si opponatur, &c.de empt.& vend. Forcatul.Necyomant.
Dialog.ult. n.6. & alii, quos recitat Cavallos tom.2.opinio-
num comm.contra commun.q.511.n.2. Affirmant verò non
absq; ratione *Bartol. Bald. Salic. Paul.de Castro, & Cagnol.*
n.124. nec non Pinel.part.1.c.2.n.20.C.de resc. vend. Boer.
dec.142.n.10. Fachin. lib.2. controv.jur.c.19. Jacob.Curt.
Brugensis lib.1.conjectarar.ad Vividium Colleg.c.7.& lib.
3.ad [illegible] c.2. Trentacinq. var.resol.lib.3. resolut.3.de
219 *empt.& vend. n.10. aliiq; plures ab eo allegati.* Etenim illa
clausula (*Et si quid pluris valet, donat*) ita accipienda est,
ut locum obtineat in modica quantitate; non autem in ma-
gnâ, ubi videlicet deceptio ultra dimidiā justi precii esset.
l.hæc adjectio.192.ff.de verb.signif. Nec obstat; quòd, cùm
venditio propter modicam læsionem non rescindatur. *l.*
quisquis.15.Cod. de resc.vend. ejusmodi clausula operari
debeat, ut nec propter læsionem enormem rescindi queat:
ne aliàs qui superflua & inutilis prorsus evadat. *Hoc* namq;
clausula ista operatur: ut emptor viliori precio, quàm sit
justa rei æstimatio, emens haud peccare intelligatur.
220 At quid statuendum, si prædicta clausula pinguiùs &
magis generaliter concepta sit, hoc modo: *Et si quid plu-*
ris valet, totum illud, & omne quantumcunq; est, donat, &
remittit emptori? Et communior, eaq; verior (ut ut eam fu-
tilem atque rejiciendam dicat Pinelus *d.part.1.cap.2.n.22.*)
traditio est: venditionem rescindi neutiquam posse *ex d.*
221 *l.2.C. de resc.vend.* Ea quippe sermonis universalis natura
est, ut nihil excludat; sed omnia omnino, & consequenter
etiam læsionem ultra dimidiam, cōprehendat *l.Julian.68.*
in pr.ff. de legat.3.l.1.§.1.ff. de legat.præstand.l. si serviens.
23. ibi, verbo generali omne lumen significari. ff. de servit.
222 *urb.præd.can.1.§.dicendo verò omnia, &c. Distinct.19.* Non
evertit conclusionem hanc regula *l.2. in fine.C.communia*
de legat. quâ dicitur, non verbis, sed ipsis rebus leges esse
impositas. *Nam* non verbis duntaxat, sed rebus hæc decisio
convenit: cùm universalem orationem plura continere,
quàm particularem, notissimum sit. Ideoque magnum &
evidens discrimē inter hæc duo (*si quid pluris valet, dono:*
& si quid pluris valet, omne id, & totum quantumcunq; est,
dono) esse nemo non animadvertit. Non minuit quoque 223
eandem sententiam *l.ult.§.idem quæsit.3 ff.de cond. indeb.*
ubi expressum est, generalem clausulam, quæ pactionibus
adjici solet (*nullam se amplius controversiam facturum*) in-
debiti conditionem non impedire. *Sic enim* promittens nō
præsumitur voluisse se obligare ad solvendum, quod non
debebat: quippe cùm se debitorem esse existimaret. Ast in
nostro casu venditor de læsione cogitat: seque læsum esse
non ignorat: & nihilominus læsionem ipsam emptori re-
mittit ac donat. Nihil præterea derogat opinioni nostræ *l.* 224
pediculis 32 §.Labeo 6.ff.de auro & argento legat. ubi res-
ponsum est non mutare substantiam rerum non necessa-
riam verborum multiplicationem. *Quia* textus iste proce-
dit, quoties unum & idem exprimitur diversis verbis, idem
significantibus. Loquitur quidem disertè de eo, qui tes-
tamento lanam scripsit ac deinde versicoloria, quasi desie-
rit lana tincta, lana esse. In propositâ autem specie verba
illa (*omne & totum quantumcunq; est, donat*) generalia plane
sunt: adeòque plura quàm simplex illa oratio (*Et si quid*
pluris valet donat,) complectuntur. Ulterius nihil adver- 225
satur, quòd renunciatio generalis, quâ omni legum quis
auxilio renunciat, non tollat beneficium, venditori *ex d. l.*
2.C.de resc.vend. concessum; ut & textibus juris, & Docto-
rum auctoritatibus probatum est *supr. n. 120.* Quando-
quidem generaliter [illegible] legum auxilio renuncians, de
tam immodicâ læsione cogitare nòn præsumitur: ac prop-
terea ad eam speciem renunciatio non extenditur. Cæte-
rum in præsenti themate, venditor nominatim de læsione
circa precium cogitare, totumque id, quod justo deest
precio, emptori donare creditur. Quare hæc nostra spe-
cies cum illâ, utpote longè diversa, nihil commune habet.
Atq; huic patrocinantur doctrinæ *Baldus Salic. Castr. &*
Cagnolus n.150.in d.l.2.C.de rescind.vend. Boer. dec.142.
n.10. Alex.cons.42.n.7.& cons.137. vol.1.consil.20.& 163.
vol.5. Curt.jur.consil.183. Fachin. d.lib.2.controv. jur. c.19.
vers.sed & tertia oritur controversia, &c. Trentacinq. d.lib.
3.resol.3.de empt.& vend.n.10.vers.secunda conclusio, &c.
Expeditæ jam quæstioni proxima est illa, ex eadem clau- 226
sulâ descendens: Num videlicet insinuatio sit necessaria,
si fortè precii quantitas à venditore donata summā quin-
gentorum aureorum excedat? Minimè necessariam esse,
tradiderunt *Calderin. consil.2.tit.de empt.& vend. Barbat.*
in l.2.ff.de verb.oblig.& alii quos refert, & defendere cona-
tur Covarr.lib.2.var.resol.cap.4.n.8. Sed contrarium haud
infirmis argumentis docuerunt *Petrus Anchoranus & I-*
mola in c.penult.de empt.& vend. Alciat.ad d.l.2.ff. de ver-
bor.obl.n.16. Tiraquell.de retract.lign.§.1.glos.18. nu.15.
Fachinæus d.lib.2.c.19. vers. majorem habet difficultatem,
&c. aliiq; per eos citati. Primum enim clarissimi juris est: 227
venditionem viliore precio donationis causa factam, esse
veram donationem, *l.si quis donationis causa 38.ff.de contrab.*
empt. l.si sponsus 5.§.circa venditionem 5.ff. de donat. int.
vir.& uxor. l. vir uxori 17.ff. ad Senatusconsf. Vellejan. Si
vera donatio est: utique & insinuationem desiderat, *l.in*
hac sacratissima 30.& seqq. C.de donation. Deinde donari 228
illud videtur, quod nullo jure cogente datur, *l.1.& l.dona-*
ri 29.in princ.ff. d. tit. Nostro autem casu is, qui donat id,
quod pluris res valet, nullo jure cogente, sed sponte hoc
facit: cùm illud donare non cogatur. Quare sicut in a-
liis donationibus, ita & in hac insinuatio requiritur. Ad-
hæc negari non potest, quin propositā in specie vendi-
tor remittat jus emptori, quod sibi, ad venditionem res-
cindendam, vel ad justum precium petendum, compe-
tebat. Atqui remissio debiti, seu renunciatio juris com- 229
petentis, donatio quædam judicatur, *l. in ædibus 9. ff.*
de donationib.l.si mulier. 10. ff.de condict.causa data, &c.
Ergò hic insinuatio necessaria est, ut in donationibus aliis.
Non obsistit huic decisioni; quòd præcipua contrahen- 230
tium intentio inspicienda est, & ab eâ contractus denomi-
nandus, *l.si quis nec causam 4.ff.de reb.cred.si cert. pet. l.*
fundi partem 79. ff. de contrab. empt. In nostrâ autem
quæstione præcipua intentio est vendendi & emendi. Er-

Digitized by Google

go talis contractus venditio est; nequaquam verò donatio: & consequenter nec insinuatio exigitur. Non obsistit, *inquam,* hoc argumentum. Minor namque propositio meritò negatur. Animus quippe & intentio ex verbis & factis detegitur. Ast hic & verba & facta donationi conveniunt, respectu scilicet majoris æstimationis ac precii, quod venditor emptori ultrò remittit & donat.

231 Similiter nihil officit; quòd venditio viliore precio facta, ita demum donationis veræ naturam induat, si donandi causa manifesta sit, *arg. d. l. si quis donationis* 38, *ff. de contrah. empt.* Quoniam in præsenti specie manifestissima est donandi causa. Venditor enim apertè disserteque profitetur: se donare, quicquid ultra precium conventum ex justâ rei æstimatione deberetur. Et dato, quòd non sit vera, & propriè dicta donatio: cùm ex merâ liberalitate non procedit: haud tamen propterea efficitur, quin requirat insinuationem: cùm lex insinuationem exigens, omnem donationem comprehendat, *l, sancim. 34. C. de don.* Reliqua Adversariorum argumenta ex modò dictis sine ullo negocio dilui poterunt: eaque sigillatim refutat Fachin. *loco supra notato.*

232 Porrò disceptant Doctores acriter de hac etiam quæstione: an *l. 2. C. de rescind. vend.* locum habeat, adeòq; venditio propter læsionem ultra dimidiū rescindi queat, quando facta est cum decreto judicis? Negatam tenent opinionem *Bartol. Bald. & Joan. de Platea in l. 1. C. de prædiis decurion. &c. Ang. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in repet. l. sciendum 30. ff. de verb. oblig. Paul. de Castro in d. l. 2. n. 5. Cod. de rescind. vend. Francisc. Curt. consil. 67. Socin. Sen. consil. 57. col. ult. v. 4. Dec. consil. 210. n. 8. Corneus consil. 56. lib. 3 Jas. consil. 119. col. 2. vers. accederet etiam vol. 1. & in cap. 1. col. 3. vers. confirmo etiam de his, qui feud. dar. poss. Brun. consil. 41. Mantua consil. 82. Simon de Pratis cons. 109. n. 17. vol. 1. Marcellius Cala in tractat. de mod. artic. & prob. §. 2. gl. unic. n. 737 Pruckman. consil. 29. n. 57. & consil. 49. n. 168. vol. 1. Berlich. decis. aur. 126. n. 22. & Antonius Gabrielius in suis communib. concl. lib. 3. tit. de empt. & vendit. concl. 1. n. 57. ubi hanc magis communem opinionem esse, asserit.* Cæterum sententiam affirmatam tutantur *Imol. & Alexand. in l. si quis, cùm aliter 36. ff. de verb. obligationib. Panormitan. & Anton. de Burgos n. 27. in c. cum causa ext. de empt. & vendit. Panibal. & Cremens. nu. 108. & Cagn. n. 158. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Menochius de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 75. n. 34. hosque cum aliis nonnullis referentes Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 20. vers. altera est controversia, &c. Hunnius in resolut. ad volum. 2. disput. 2. Treutleri qu. 43. p. 298. Pinel. in d. l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 2. n. 18. cum seq. & Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. n. 5. vers. secunda est opinio, &c. ubi subjicit, ab hac opinio-*
233 *ne non recedendum nec in judicando, nec in consulendo.* In quâ conclusione & ego acquiescendum omninò censeo. Tum quia juris est non incogniti; minorem adversus venditionem esse restituendum, si fuerit læsus in precio: quantumvis cum decreto judicis venditio facta fuerit *l. si quidem 11. Cod. de prædiis, & aliis reb. minor. &c. Ripoll. variar. juris resolut. prædicto cap. 11. nu. 393. & seq. fol. 364.*
234 Tum quia Ecclesia (cujus bona sine decreto & solennibus juris alienari non possunt, *tot. tit. de reb. Eccles. alienand.*) ultra dimidium in contractu læsa, actionem habet ad illum rescindendum, *c. cùm dilecti 3. & c. cum causa 6. de empt. & vendit.*

235 Non juvat superiorem negativam, & hanc affirmativam prosternit sententiam *d. l. 1. ibi, ut nec immoderatus venditor, &c. item ibi, denique nihil erit postmodum, &c. Cod. de prædiis decurionum sine decreto non alienand.* Etenim lex ista initio ait: decurionem vendere non posse prædia absque necessitate, à judice æstimandâ. Quòd si forma hæc servata sit: *Ita fiet* (inquit textus) *ut nec immoderatus venditor,* id est, qui sine causa & moderatione vendat, *nec emptor inveniatur injustus,* id est, qui vel potentiâ, vel insidiis ad vendendum inducat, *ut statim ibi in textu additur.* Vel si ad omnem injustitiam illa verba referentur: sensus erit; non facilè repertum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat. & minùs juste contrahat, propter judicis auctoritatem, quæ intercedit. Quod sanè promptè conceditur: sed illud controvertitur, & in quæstione versatur: si & judex & contrahentes circumventi sint, & fortassis per imprudentiam erraverint, ita, ut venditor in precio ultra dimidium deceptus fuerit; an rescindi contractus possit? Et posse, respondetur: quoniam jam perspicuum est, judicis auctoritatem parùm in eo profecisse. Neque etiam textus ille hoc negat: imò potiùs contrarium probat, videlicet si fuerit injustus emptor, decretum judicis non valere, *docente Trentacinquio loco antè designato.* Quod verò attinet ad illa legis verba: *Denique nihil erit postmodum* (scilicet decreto judicis interveniente) *quo venditor vel circumventum se insidiis, vel oppressum potentiâ comparatoris, queri debeat: quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate distrahentis, & de voluntate patuerit comparantis.* Ex his quidem verbis constat: venditorem hoc in casu allegare non posse, se vel metu compulsum, vel emptoris insidiis circumventum vendidisse: sed ex iis nullo modo elicitur, quòd venditor ultra dimidium in precio deceptus, de hac læsione enormi conqueri non possit.

Nihil quoque negocii facessit nostræ conclusioni: quòd 236
decretum judicis omnem fraudis & doli præsumptionem excludat, hocque operetur, ut contractus ritè ac legitimè celebratus reputetur, *arg. d. l. sciendum 30. ibique communiter Doctores ff. de verb. obl.* Quandoquidem una præsumptio tollit aliam; hæcque excluditur per probationem in contrarium; & veritati omnis præsumptio cedit. Proindeque si apparet de læsione enormi, & inju- 237
stitiâ: cessare debet præsumptio existens pro decreto, hujusque efficacia, *arg. l. divus 7. ff. de in integr. restit. & l. magis puto 5. §. si æs alien. 14. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. Simoncell. in tr. de decretis lib. 3. t. 7. n. 5. Menoch. d. lib. 2. præsumpt. 75. n. 32. aliique plures per eos congesti.*

Nihil insuper hic deferendum est auctoritati illorum, 238
qui opinioni contrariæ suffragantur, licèt fortè numero plures sint. *Non* enim ex multitudine auctorum, quod melius & æquius est, judicare debemus: cum possit & deterioris sententia & multas & majores in aliquâ parte superare, ut ait ipsemet Imp. Justinianus *in l. 1. §. sed neque 6. C. de vet. jur. enucleand. & in simili respondit Clarissimus D. Collega Bocerus in tract. de crim. majestat. c. 3. nu. 38.*

Non caret controversia & hæc quæstio: ecquid benefi- 239
cio *l. 2. Cod. de rescind. vend.* locus relinquatur, si venditio præcedente publicâ subhastatione sit facta? Negantium vota probant *Angel. in repetitione l. sciendum 30. col. 6. n. 11. ff. de verbor. obligat. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. precia rerum 63. ff. ad leg. Falcid. n. 3. & consil. 142. n. 2. Bald. in d. l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. n. 2. & consil. 513. incip. judex & creditor. lib. 5. Guido Papæ singul. 553. & decis. 22. in fin. Corneus consil. 56. libr. 3. Grat. lib. 2. responsor. in respons. 157. nu. 10. & alii citati à Gabrielio commun. conclus. 1. de empt. & vendit. conclus. 1. n. 61.* Quibus novissimè quoque una cum nonnullis aliis à se relatis, suffragatur Berlichius *d. decis. aur. 126. nu. 511. 22. & seqq. pag. 466. cum seqq.* Ast ajentium dogma sequuntur *Alexand. in d. l. precia rerum 63. ff. ad leg. Falcid. & in consil. 117. col. ult. libr. 7. Bart. in d. l. 1. C. de præscr. 30. vel 40. annor. n. 1. vers. contra quia si res fuerit subhastata. Joan. Maurit. de in integr. restitut. cap. 375. Cæsar. Ursilius addit. ad Matth. de Afflict. decis. 340. Fabian. de Monte tract. de empt. vend. quæst. princ. 5. n. 88. Cravetta consil. 29. n. 4. Paulus de Castro & Cagnol. n. 161. in d. l. 2. Cod. de resc. vend. & ibid. Pinelus part. 2. cap. 2. n. 25. Firmian. in tract. de gabell. in 2. part. princ. col. 2. Fachinæus lib. 2. controversiar. jur. cap. 12. vers. sed contrarium docuerunt, &c. Andr. Rauchbar. part. 1. quæst. 46. num. 25. Anton. Faber in suo Cod. lib. 4. tit. de rescind. vendit. definit. 4. num. 8. nec non Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. num. 4. ubi plures citat, & ab hac magis communi opinione nunquam descendendum esse affirmat.* Cui & ego, tanquam 240
veriori, album calculum lubens addo. Tum quòd humanitatis ratio militat in omni venditione, dictatque, ut venditori graviter læso succurratur. Tum quòd *d. l. 2.* generaliter & indistinctè loquitur: & ipsa venditio, per subhastationem præcedentem facta, rescissioni subja-

cet,

Digitized by Google

ret. dolo & fraude interveniente, *l. si quos 16. Cod. de resc. vendit.* quæ fraus censetur esse, ubi tanta læsio intercessit. Tum etiam per textum expressum *in l. fundus 9. ff. de resc. vendit.* ubi dicitur: si fundus ob vectigale Reipublicæ venit, quod debitor ideo, quòd fundus minoris venisset, quàm debita summa fuit, rescissionem contractûs petere possit.

241 Non obloquitur huic pronunciato, quòd res tanti valet, quanti vendi potest, *l. 1. §. si hæres 16. vers. sed æstimandum, quanti valet. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. l. mortis causa 18. §. ult. ff. de mortis caus. donat.* Ideóque cùm res publicè, præcedente subhastatione, distrahitur, locus esse nequit rescissioni contractûs: quoniam eo precio vendita est, quo vendi potuit. *Nam respondetur:* rem tanti valere, quanti vendi potest cessante scilicet omni dolo & fraude. At verò propositâ in specie dolum, propter immoderatam læsionem, re ipsa inesse, nemini dubium esse potest. Quocirca bona illa præsumptio, quæ pro subhastatione facit omnino corruit. *Cætera argumenta contraria satis abundè resolvit Fachinæus loco præallegato. Adde Dn. Collin. Besoldum dicto vol. 3. consil. 139. fol. 212. & seq.*

242 Succedit alia de datione in solutum controversia: utrùm in illâ remedium *d. l. 2. Cod. de resc. ind. vend.* locum habeat? Pro cujus quæstionis resolutione duo veniunt considerandi casus. Primus est in datione in solutum voluntariâ extrajudiciali, à debitore creditori absq; interventu judicis factâ. Alter est in datione in solutum judiciali; cùm videlicet pignus creditori à judice adjudicatur. In primo casu concludunt unanimiter Doctores: in istâ donatione in solutum habere locum remedium *d. l. 2.* ex hac
243 ratione: quòd talis in solutum datio similis sit venditioni, ejusque vicem obtineat, *l. fin. ff. quib. de caus. in possess. eat. l. si prædium 4. in fine C. de evict. ion. l. eleganter 24. in princ. ff. de pign. act. Alexand. in l. si quis, cum aliter 36. n. 18. ff. de verb. oblig. Curt. jun. consil. 53. Mant. consil. 70. col. 2. Marcus Anton. Natta consil. 207. n. 2. vol. 1. Paul. Cremensis in d. l. 2. C. de rescind. vend. in 11. limit. Cagnol. ibidem n. 163. & Pinelus part. 1. cap. 4. n. 10.* In secundo casu variant Interpretes. Alii enim affirmativæ adhærent. *Oldrat. cons. 37. qu. 3. Joan. Andr. in addit. ad Specul. in tit. de judic. in §. sequitur ad verbum. sequitur in fine. Imola in c. cùm causa col. fin. de empt. & vendit. Jason consil. 151. circa fin. vol. 4. & Mantua d. consil. 70. col. 2.* Alii verò negativæ adstipulantur. *Bald. Roman. Alexand. & Aretin. in dict. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obligat. Herculan. in l. à divo Pio 15. §. si pignora ff. de re judicat. Fabian. de Monte in tract. de empt. & vend. qu. 8. princ. nu. 9 Socin. regul. 220 in 4. limitat. Anton. de Burgos in d. c. cum causa nu. 45. de empt. & vend. Fachinæus libr. 2. controv. jur. cap. 21. vers. sed communis & vera sententia est, &c. & Trentacinquius variar. resol. lib. 3. resol. 3. de empt. & vend. n. 13. vers. secunda est opinio, &c.*

244 Atque huic sententiæ & ego non invitus subscribo, propter hanc potissimùm rationem: quia cùm isthæc in solutum judicialis datio fiat à judice, non à parte: idcirco, si ex ea læsio sive damnum inferatur; remedium ordinarium appellationis competit. *l. ab executione 5. Cod. quorum appellat. non recipiunt.* Quòd si creditor maluerit pro credito pignora accipere iisque contentus esse: ampliùs reclamare, auxilioque *d. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* uti haud poterit: cùm de residuo, quod sibi debetur, pacto veluti transegisse, idque remisisse videatur, *d. l. à divo*
245 *Pio 15. §. si pignora 3. ff. de re judic.* Nec movet quicquam, si replicetur: non intervenisse hoc in casu judicis sententiam, sed decretum quoddam ex officio judicis, quod dispositionem *d. l. 2. C. de resc. vend.* excludere non potest, *ut demonstratum supra n. 165. & seq.* Non etenim procedit hîc argumentum à decreto judicis interposito in actu voluntariæ jurisdictionis, ad decretum in contentiosa jurisdictione interpositum, à quo appellari posse certum est, si modus in exequendo excedatur, *d. l. ab executione 5. C. quor. appellat. non recip. Fachin. dicto loco.*

246 Tandem quæ actio sive quod remedium competat ad rescindendam venditionem propter læsionem ultra dimidiam, acerrimè Dd. conflictantur? Quidam namq; extraordinarium auxilium, id est, in integrum restitutionem vel officium judicis competere autumant, *Petrus & Cynus in d. l. 2. C. de resc ind. vendit. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 16. pag. 1115.* Alii condictionem ex lege dari suspicantur. *Angel. in l. si id, quod aurum. 22. ff. de V. O. huncque referens Pinelus ad d. l. 2. parte 2. c. 1. n. 26.* Denique nonnulli actionem ex empto & vendito concedi existimant, *Gloss. Bartol. Donellus n. 44. & cæteri in d. l. 2. C. de resc. vend. Fachinæus lib. 12. controvers. jur. cap. 31. Renchorst. cent. 1. Miscellan. controv. assert. 70. D. Obrecht. disp. 35. th. 157. & aliquot subsequentib.* Atque horum sententiam, quæ communis est, & legibus consona; recipiendam judico, *l. ex empto 11. §. si quis virginem. 5. cum §. seq. & l. Julian. 13. §. si vendit. 4. & §. seq. & §. si quis colludente. 27. ff. de action. empt. l. 2. C. eod. l. sed Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* quibus ex locis apparet; dari actionem ex contractu ad rescindendum ipsum contractum, ob justas causas. Hu- 247
jus que ratio est perspicua, siquidem quæcunque sunt moris & consuetudinis, id est, quæcunq; ex more & consuetudine receptâ, venditor emptori, aut emptor venditori præstare debet: ea veniunt in actionem ex empto & vendito, *l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de ædilit. edict.* Multò ergo magis ea veniunt, quæ jure certo præstanda sunt, qualis est restitutio, quæ fieri debet *ex sæpissimè allegatâ l. 2. C. de rescind. vend.* Nihilque ad rem pertinet, quòd de hac restitutione sive rescissione, in contrahenda emptione nihil convenit, sed potiùs omnia contraria acta sunt. *Nam* in bonæ fidei judiciis, qualis est emptio & venditio, 248
omnia veniunt illa, quæ ex æquo & bono præstanda sunt, etiamsi de iis nihil omnino convenerit, *per tit. ff. de oblig. ex consens. in fine. §. in bonæ fidei. 30. infr. de action.* Nec rectè 249
quispiam dixerit: absurdum videri, actionem ex vendito ad rescindendam venditionem dari, quæ ad confirmandam venditionem introducta est. *Haud* enim infrequens est, vel novum: ut actio ex vendito, aut ex empto, ad rescindendam sive resolvendam venditionem concedatur, *sicut liquidissime patescit ex d. l. ex empto. 11. §. si quis virginem. 5. ff. de action. empt. & similibus præallegatis.* Sed & maximè actionem dari constat, si fundus nominatim hac lege sit venditus, ut sub aliquâ conditione inemptus fieret. *d. l. Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* Quin etsi nihil tale convenerit, sed solum jure liceat emptionem rescindere: in eam rem actionem emptori & venditori competere, argumentum quoque certissimum præbet redhibitio. Etenim si 250
animal morbosum, vitiosumvè sit venditum: ex edicto ædilium curulium potest emptor animal redhibere venditori. *l. 1. ff. de ædil. edict.* Quæ redhibitio nihil est aliud nisi emptionis rescissio, quâ fit, ut venditor rem suam recipiat, & precium reddat *l. redhibere. 21. in princ. & l. facta redhibitione 60. ff. eod.* Hæc autem redhibitio petitur actione ex empto *d. l. ex empto. 11. §. redhibitionem 3. ff. de act. empt.* Idem igitur de rescissione illâ, de quâ hîc agitur, pronunciandum est. Cæterum venditori tribuitur actio ex vendito: ut precium emptori reddere, suamque rem ab eodem recipere possit, tametsi nihil convenerit, *dictis juribus & notat Donell. ad d. l. 2. C. de resc. vend. n. 45. & 46.* Porrò varia morborum vitiorumvè redhibitionem admittentium genera recenset Johannes Wilhelmus Rovestr. *in meditation. ædilitiis, de judicio equestri, tum redhibitorio, tum æstimatorio cap. 4. lib. 1.*

Non obstat eorum sententia, qui restitutionem in inte- 251
grum (quæ ex æquitate comparata est, *l. penult. in princ. ff. de in integr. restitutionib.*) ad rescindendam venditionem, locum hic habere ideò contendunt: quòd Impp. *in d. l. 2.* disertè rescribunt; humanum, id est, æquum esse, hanc rescissionem dari. *Nam* restitutionem locum hîc sibi vindicare neutiquam posse, ratione hac evidenti ostenditur: Majores 25. annis, qui neque dolo cir- 252
cumventi sunt, neque metu coacti, ut venderent, in integrum restitui non possunt, nisi ex eâ parte edicti, quæ est de iis causis, ex quibus majores in integrum restituuntur. Ast eâ edicti parte nemo major, qui facto suo læsus est; sed solùm, qui necessariâ vel probabili absentiâ læsus est, restituitur. *l. sed & si per prætorem, 26. in fin. l. nec non & si 28. in princ. ff. ex quib. caus. majores 25. an. in integr. restit.* Quapropter in proposita specie venditor in integrum restitui nequit: quoniam neque dolo circumventus, neque vi compulsus est: & si quo facto

Digitized by Google

læditur, utique suo læditur; non autem ullo facto ad-
versarii, aut ulla etiam absentiâ necessariâ vel probabili.
Itaque si quæ est actio venditori ad rescissionem propo-
sita: ordinaria ex vendito actio ut sit, necesse est, *docen-*
te Donello ad d. l. 2. Cod. de resc. vend. num. 44.
255 Nihil item movet opinatio illorum, qui nostro casu of-
ficio judicis locum esse, asserunt, *arg. d. l. 2. Cod. d. t. ibi, au-*
ctoritate judicis intercedente. Quæ verba cum ad judicem
dirigantur: officium judicis hîc locum obtinere, innuere
videntur. *Respondendum* enim est: quod cum verba ista
ad judicem relata, executionem facti respiciant: judicis
officium ipsi actioni intentatæ deserviens (quod vulgò
mercenarium appellitant) denotare putentur, *ut tradi-*
tum est à Decio in l. si soror 8. in 2. limitat. C. de collationib.
254 Nullius denique valoris est eorum traditio, qui in proposi-
tâ quæstione condictionem ex lege competere scribunt,
arg. l. unic. ff. de condict. ex lege. ubi condictionem ex lege
dari, respondetur, quoties alia actio deficit. Ex hactenus
namq; traditis sole meridiano nitescit dilucidius: in nostra
specie contractûs injusti rescissionem, itemq; ad æquali-
tatem reductionem fieri debere per actionem ex vendi-
255 to, sive ex ipso contractu descendentem. Atq; hoc etiam
arguit non obscurè textus *in l. venditi actio 6. C. de act.*
empt. dum dicit: actionem venditi, non facilè ad rescin-
dendam perfectam venditionem competere. Ex eo quip-
pe infertur: actionem aliquando dari, ubi scilicet justa
subest causa, ut detur: putà quando contractus læsionem
ultra dimidiam continet. Si enim nunquam competeret
sive daretur: non dixisset textus, *facilè non competere.* Pro-
indeque verba ista significant: regulariter quidem actio-
nem ad rescissionem contractûs non indulgeri; sed tamen
interdum indulgendam esse, *ut rectè docuit Fachin. d. lib.*
12. *controv. jur. cap.* 31. *in fine.* Addi hîc non incommodè
potest: quòd licet restitutio in integrum ordinaria sit qua-
driennalis, *l. ult. C. de tempor. in integr. restit.* hæc tamen re-
stitutio, quæ *ex d. l. 2. C. de resc. vend.* datur, triginta anno-
rum spacio duret per tradita Baldi *in d. l. fin. col. 3. in pr.*
C. d. tit. Abbatis *in c. cum causa 6. ext. de empt. & vend. col.*
3. Marantæ *de ordine judic. 6. part. tit. & quandoque appel-*
latur n. 84. nosque laudantis Acacii Antonii de Rippoll.
variar. jur. resolut. c. 11. *num.* 402. *fol.* 365.
256 Sanè illud etiam hoc loco minimè prætereundum est:
hodie jure (*uti vocitant*) προτιμήσεως, id est prælationis,
seu retractûs sive congrui, venditionem quandoque à
proximo consanguineo, consorte, socio, vicinove retra-
hi posse. *Exempli gratiâ:* vendidi prædium aliquod me-
um alicui extraneo. Frater meus paratus est idem pre-
cium dare, quod ille extraneus. Quæritur: an contracta
inter me & extraneum emptio, à fratre meo retrahi queat?
Jure equidem communi Cæsareo hoc fieri nequit, hac
præcipuè ratione: quia contractus constare debent con-
sensu. At si ego rem meam velim transferre in alium,
non in fratrem sive propinquum; & hic meus consensus
inhiberi possit ab eo, jam hoc videtur repugnare naturæ
hujus contractus, & libertati commerciorum, *l. dudum*
14. *C. de contrah. empt. Vultejus ad princ. hujus tit. n.* 70.
Verùm constitutione Friderici Imperatoris (*quæ extat*
lib. 5. feudor. tit. 13.) jus istud protimiseos sive retractûs
rursus introductum, & generali quâdam consuetudine
Germaniæ ubiq; ferè locorum, ut & in Galliâ, Italiâ, &
Hispaniâ, aliisq; nonnullis regionibus ac provinciis rece-
257 ptum & comprobatum est. Eaq; consuetudo ratione non
levi nititur: ut nimirum res majorum in nostrâ familiâ
permaneant. Triste etenim & lugubre est, videre paternas
& avitas domos, ac antiqua majorum prædia in extraneas
manus transire, *arg. l. in fundo 38. ibi, laribus, sepulchris*
avitis carendum habeat ff. de rei vindic. l. si in emption. 35. ff.
de minor. l. lex, quæ tutores 22. §. nec verò demum C. de ad-
minist. tutor. Et non solùm jure canonico isthæc consue-
tudo est confirmata *c. constitutus 8. ext. de in integr. restit.*
sed & jure divino observata, atq; corroborata. Nam *Le-*
vitic. cap. 25. v. 25. dixit Dominus: *Si attenuatus frater tuus*
vendiderit possessiunculam suam, & voluerit propinquus ejus,
potest redimere, quod ille vendiderat. Concordat Ruth.
c. 4. v. 4. item *Jerem. c. 32. v. 7. & 8.* Atq; ita Dd. commu-
niter sentiunt, *Alberic. de Rosat. part. 1. statut. q. 93. Pyr-*
rhus in consuet. Aurel. t. de retraict-lignagier. in 5. verb. quand.
jucun. Boer. in consuetud. Bituricens. §. 1. in pr. d. t. Tiraquell.
in præf. de utroque retract. n. 1. & 7. Chassan. in consuetud.
Burgund. Rubr. 19 §. 1. circa princ. hosque referens *Andreas*
Gail. lib. 2. observat. 19. n. 1. Mynsinger. cent. 3. observat. 51.
Matthæus de Afflict. in rubr. de jure protimiseos. Corasius
lib. 3. miscell. jur. civ. c. 3. n. 1. Bonavent. Gaur. Disp. 10. Ba-
sileens. de jure retractuum conclus. 1. & 2. item conclus. 33.
Althus. lib. 1. Dicæolog. c. 75. n. 31. cum seqq. pag. 260. Bron-
chorst. cent. 1. miscell. controv. assert. 68. & Morla in empor.
jur. part. 1. tit. 9. qu. 11. Adde Matthiam Berlichium de
jure protimiseos latissimè disserentem *conclus. practicab.*
part. 2. conclus. 39. n. 11. & seqq. pag. 824. & seqq. Theo-
dorum Reinkingk *in tract. de retractu consanguinitatis,*
qu. 1. n. 10. cum seqq. nec non Auctorem *Consilii Argent.*
33. vol. 2. fol. 617. & seqq.
Cæterùm is, qui rem venditam retrahere, & ad se revo- 258
care desiderat, necesse habet, ut solemnia retractûs requi-
sita diligenter observet. Primum autem requisitum esse
solet: ut sibi, ac in usum suum non in commodum alterius,
& fraude emptoris retrahat. Hac siquidem in re quam- 259
do perniciosè peccari exploratum est. Itaq; alteri hoc jus
cedi nequit, *arg. l. si mulier 59. §. 1. ff. de jure dot. l. 3. §. 1. &*
§. item si quis 4. ff. de leg. præst. und. l. ex plurib. 42. ff. de admi-
nistr. & peric. tutor. Novell. 55. c. 1. & notant Matth. de Afflict.
in tract. de jur. protimis. §. 1. n. 43. & §. 2. n. 23. Paris. consil.
82. n. 12. & 26. vol. 3. eleganter Coras. d. c. 3. n. 7. cum seq. Za-
barell. cons. 87. & cons. 104. Signorol. de homodeis consil. 181.
col. 2. vers. præterea &c. Bald. & Angel. in l. ad officium 3. C.
communi dividund. hosque referens *Stuckius part. 1. Exercit.*
Justin. dec. 10. assert. [illegible]. Et plerunque ex statuto re-
quiritur juramentum retrahentis; quòd bonâ fide, & sine
fraude ad retractum veniat, eoque beneficio utatur, *arg.*
l. de pupillo 5. §. [illegible] *ff. de operis novi nunciat. & l. qui*
bona fide 13. §. si quis stipulatus sit 12 ff. de dam. infect. Tira-
quell. de retract. lignag. [illegible] *gl. 1. §. 5. n. 1. cum seqq. Gail. d. lib. 2.*
obs. 19. n. 10. Idem quoque disertè comprobavit jus reno-
vatum Würtembergicum, *part. 2. tit. 16. p. 296. in fin.*
Secundum retractûs requisitum est: ut intra annum & 260
diem fiat, *d. c. constitutus 8. ext. de in integr. restit. Fürstl.*
Würtemb. erneuert Landr. d. part. 2. c. 16. p. 292. & 293. §.
[illegible] *und ordnen, &c.* Eo namq; tempore elapso,
tacita quædam istius juris remissio inducitur: adeò, ut
moræ purgatio amplius non admittatur. Regulariter 261
etiam, quando à lege, vel statuto certum tempus præfi-
gitur, eo effluxo non admittitur moræ purgatio: quia
terminus legis est peremptorius, *arg. c. 1. de exception. in 6.*
Panormit. in c. cum in tua 6. n. 11. ext. qui matrim. accus. poss.
Roland. cons. 21. n. 9. vol. 1. Gail. d. obs. 19. nu. 11. Dominic.
Card. Tusch. tom. 4. pract. concl. lit. I. concl. 583. num. 18.
& seq. Daniel Moller. ad constitut. Saxon. part. 2. constitut.
32. Berlichius d. part. 2. conclus. 40. num. 5. & seq. Paul.
Christin. decis. Cur. Belg. vol. 3. decis. 55. nu. 1. ad fin. & vol. 1.
decis. 281. n. 18. & Reinkingk d. tract. de retract. consang.
quæst. 7. pag. 308. cum seq. ubi plures citat. Tempus au- 262
tem illud, juri προτιμήσεως præfinitum ex eo die currere
incipit, quo retrahens, fundum retractui obnoxium alie-
natum esse, scivit: idque non solùm jure communi, ut-
pote quo ignoranti tempus anni currere minimè solet, *l.*
semper 15. §. annus 4. junctis §§. seqq. ff. quod vi, aut clam,
l. annus 6. in fin. ff. de calumniatorib. l. gener. 8. ff. de his, qui
not. infam. l. 2. ff. quis ordo in bonor. poss. servet. Chassan. ad
consuet. Burgund. Rubr. 10. §. 5. n. 5. vers. contra annum ta-
men &c. Hartman. Pistoris lib. 2. quæst. jur. qu. 12. num. 26.
sed & jure feudali, *per textum in tit. 9. §. ult. ibi, vel annali*
silentio, ex quo sciverit, & text. in tit. 26. §. Titius filios, in fine
lib. 2. feudor. & canonico, *uti indicat textus in d. c. consti-*
tutus 8. ibi, intra annum & diem a tempore contractus jun-
ctis verbis præcedentibus illis, fecit eos contractus consensi-
se, ext. de in integr. restit. tum etiam Würtembergico, *d.*
part. 2. tit. 16. pag. 294. D. Collega Bocer. class. 2. disput.
20. thes. 59. ad lit. b. Quamvis plerique existiment,
tempus istud currere à die traditionis rei venditæ, etiam
ignoranti: sed retrahentem ex causa ignorantiæ in inte-
grum restitui posse. *Johan. Fichard. consil. 33. n. 10. part. 2.*
Boer. decis. 112. Gail. d. obs. 19. n. 17. & 18. ubi communem
hanc

Digitized by Google

[illegible] opinionem esse affirmat. Eidem de re videatur Petrus Aug. Morla *part. 1. emporii tit. 9. quæst. 13. & Gauer. d. dist. de jure retract. conclus. 52.*

262 Tertium retractûs requisitum perhibetur: ut retrahentis justum & [illegible] precium emptori realiter offerat. *l. Julianus 13. §. [illegible] de action. empt. l. [illegible] 34. §. 1. [illegible] demum, [illegible] [illegible] [illegible] 2. C. de [illegible] empt. [illegible] Landrecht. part. 2. tit. 16. p. 295. Tir[illegible] §. 1. gloss. n. 8 & gl. [illegible] § 3. [illegible] d. dist. [illegible] 54.*

263 At quid si precium quod emptor extraneus solvit, justo majus sit, an integrum hoc à retrahente offerri [illegible] erit? Hæc quæstio licet controversa, [illegible] non careat multis [illegible], cum cui jus [illegible] competit, verum duntaxat [illegible] offerre teneri. *[illegible] Angel. Raph. Cum. Paul. [illegible] l. qui Rom. 122. § [illegible] 3. ff. de verb. oblig. Matth. [illegible] in constitut. Sicilia. [illegible] ad [illegible] in [illegible]* aliis verò contrà sentientibus, retrahentem id pre-

264 cium quod extraneus emptor dedit, quantumvis justum excedat, solvere obligatum esse, *ut gl. Joh. Andr. in [illegible] ad [illegible] de empt. & vend. [illegible] §. [illegible] dicendum. vers. sed pone [illegible], [illegible] Salic. in [illegible] 14. vol. 2. vers. quæro. statuto [illegible] C. de contrah. empt. [illegible] Alex. Franc. Arct. & Soc. in d. l. qui Roma. § [illegible] heredes. ff. de verb. oblig. Bald. in l. 2. ad fin. C. de rescind. vend. [illegible] de Monte S. Sabin. in tract. de empt. & vend. q. 3 [illegible] vers. sed tunc quæro,* & aliis deniq; [illegible] rem explicare laborantibus. *[illegible] Ripa [illegible] ff. de privil. credit. [illegible]* Attamen quia jus nostrum Würtembergicum priori Joannis Andreæ & sequacium sententiæ, utpote veriori & [illegible], ab ea nequaquam in judicando recedendum [illegible] arbitror. *[illegible] Würtemb. erneuert Landrecht. d. part. 2. tit. 16. [illegible] [illegible] Kauff-schilling. [illegible] pars [illegible] [illegible] vergleichen, &c. [illegible] precium [illegible] vel [illegible] vel die dicta solvendum [illegible], &c. item [illegible] 38 [illegible] wie unsere [illegible] dieser Kauffgeld [illegible],*

265 &c. Hancque sententiam confirmat *[illegible] & [illegible] dominus. & C. de jur. emphyt.* ubi jus protimiseos [illegible] quidem datur, sed tamen ille idem precium,

266 quod extraneus revera oblaturus esset, solvere cogitur. Eandem stabilire videtur *l. penult. & [illegible] C. de loc. præd. civil.* &c. ubi antiquior colonus fisci præfertur extraneis in nova conductione, dummodo idem planè precium offerat, quod cæteri offerre sunt parati. Eidem robur addit non exiguum textus *in c. potuit. 4. ibi, quantum sibi ab aliis offertur. ext. de locato & conduct. item in [illegible] §. 1. ibi, pro æquali precio accipere volenti per quos fiat investitura [illegible] 3. & tit. 9. §. ultim. ibi, pro æquali precio redemptio. lib. 2. feud. textus item in l. in fundo. 38. ibi, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor. ff. de rei vendicat. & in l. Prætor. 9. §. in eum. 6. ibi, quantum percipereetur, si locatus vel distractus fuisset.*

267 *esset. ff. de reb. auctor. jud. possid.* Præterea natura hujus contractûs suadet ut tam emptor, quàm venditor servetur indempnis. *l. debet. 27. in fine. de ædilit. edict. l. intra. 39. §. 1. ff. de minorib. 25. annis.* Atqui si retrahens teneretur solummodo justum verumq; rei precium solvere: venditor duplici incommodo afficeretur: uno, quòd invitus rem vendere compelleretur. *contra d. l. [illegible] 14. C. de contrah. empt.* altero, quòd partem sui precii sine ullâ suâ culpâ

268 amitteret, *contra c. sine culpâ. 23. de reg. jur. in 6.* Est autem tralatitium [illegible] debere duplici onere sive damno affici. *l. navis. [illegible] §. cùm autem [illegible] 2. [illegible] quia non [illegible] vers. quid ergo. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. cogi. 16. §. inde, quæritur. 3. [illegible] duplicitor fideicommissarius oneretur. ff. ad Senatus cons. Trebell. l. jure succursum. 6. in princ. ff. de jur. dot. l. penult. in fin. ff. de dote prælegat. c. at si clerici. 4. in*

269 *fin. ibique gl. in verbo duplici ext. de judiciis.* Adhæc privilegium prælationis non debet cum detrimento tertii esse conjunctum. *l. 2. §. si quis à principe. 16. ff. ne quid in loco publico. &c.* Hinc licet fiscus rem communem totam vendere possit. *l. 2. C. de commun. rer. alienat.* si tamen consors tantum solvere paratus est, quantum offert alius, non immeritò præfertur. *arg. l. 1. ff. de privileg. credit.* Sed in nostro casu venditorem [illegible] geretur minus precium accipere, quàm ab aliis posset habere, damnum pati in aperto est. Denique surrogatum ejusdem est naturæ cum eo, cujus in locum sub[illegible] & succedit. *arg. l. si ex lapidicinis. 32 ff. de jure dot. l. [illegible] 79. §. ult. cum l. seq. ff. de legat. 2. c. Ecclesiæ 7. [illegible] concordantibus, ibi à gloss. [illegible] ut lite pendente nihil innovetur.* Jam verò is, cui competit & conceditur jus protimiseos, in locum prioris emptoris succedit. Ergo idem precium, etiamsi justo majus sit, solvere tenetur. 270

Non adversatur huic assertioni: quòd nemini invito jus suum est auferendum. *l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* At si admitteretur animosus licitator dives; inopem, qui habet jus congrui sive retractûs, facilè immodicum precium offerendo removeret. Quod incommodum ut declinetur: oblatio justi ac veri precii sufficere debet. *arg. l. loc. 9. in pr. ff. de public. & vectigal.* ubi locatio vectigalium quæ calor licitantis ultra modum solitæ conductionis inflavit, non facilè admittitur. *arg. l. ad offic. 3. in fin. C. communi [illegible]* ubi notatur. quid si consors justum & æquum precium offerat, extraneus licitator animosus non admittatur. Illud, inquam, non adversatur. Jus enim protimiseos hoc saltem continet: ut quis venditionem retrahat in locum emptoris [illegible] succedat, adeòque persona emptoris mutetur, substantialibus prioris contractûs salvis. Nemini itaque aliquod jus intervertitur. Et sanè si fraudulenter alius [illegible]: dubium non est ullum, quin fraude [illegible] & sufficienter probatâ, verum duntaxat rei precium à venditore peti possit. 271 272

Sic nihil obstat, quòd quando aliquis rigorosus, statuto vel consuetudine necessitas vendendi injungitur, id de justo precio sit accipiendum. *[illegible] legibus [illegible] meminisse 8. ff. de leg. 1. [illegible] [illegible] § ult. [illegible] verum precium debet præstari ff. de petit. heredit. [illegible] quasi. 30. §. si plures. 6. ibi. [illegible] §. [illegible] ff. de fideicommiss. libert.* Nam illæ leges huc [illegible] quadrant, ut quæ verum precium desiderant illis, qui [illegible] vendere jubentur, vel [illegible]. At nostro in casu nemo vendere jubetur, sed, cùm vendendi rei sit, [illegible] taxatio [illegible] tuitur. Adde quòd leges venditionem, quæ verum rei æstimationem excedit, haud improbant *l. [illegible] 16. 3. penult. ff. de minor. l. [illegible] precio. 22 § [illegible] ff. locati. l. ad rescindendam. 4. l. si voluntate. 8. C. [illegible] de rescind. vend.* Atque ita hanc etiam defendant sequuntur, [illegible] *de retract. [illegible] §. 1. gl. 18 [illegible] disp. 17. th. 2. [illegible] disp. 12. th. 2. ad [illegible] L. & D Bo[illegible] disp. 21. th. 62. ed. 2. Joan. Köp. [illegible] 2. n. 18 [illegible] de [illegible] 9. concl 95. n. 31. Besold. d. part. 2. [illegible] 41. n 5. & seqq. ubi non solum plures hujus sententiæ defensores [illegible]: sed & plura dissentientium argumenta [illegible] refutat.* 273 274

Quartum retractûs est requisitum: ut retrahens simul cum precio non solum sumptus & [illegible] contractûs factos, emptori offerat: sed etiam tanquam bonæ fidei possessori, necessarias & utiles impensas, quas in prædium ipsum absq; fraude fecit: refundat. *l. Imperat. 16. ff. de in diem addict. l. colonus 61. in princ. ff. [illegible] judi. [illegible] 48. §. 1. ff. commun. divid. l. sin autem 27. §. fin. & l. sumptus. 48. ff. de rei vindicat. l. si in area. [illegible] ff. de [illegible] l. Paulus. 14 ff. de doli mali, & met. except. Fürstl. Würtemberg. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 16. pag. 29[illegible]. § ult. & pag. 295. in princip. item [illegible] §. Es soll auch &c. & pag. seqq. Wo aber einiger, &c. Tiraq. in tr. de retract. [illegible] §. 7. glos. 1. n. 3. & seq. Coras. lib. 3. miscellan. jur. civ. c. 3. n. 6. Gauer. d. dist. Bati. de jure retract. conclus. 54. lit. d. & conclus. 55.* Enimverò si in fraudem retrahentis factæ sunt impensæ nimis magnæ onerosæ, eas offerre necesse nō est, *arg. l. in fundo. 38. vers. finge pauperem. ff. de rei vend. l. sed an ultrò. 10. §. 1. vers. quid enim. si eam Insulam fulsit. ff. de negot. gestor. l. utilium. 8. ff. de impens. in res dotal. factis & l. impensæ. 79. §. 1. vers. quoniam nomine onerari, &c. ff. de verb. signific. Chassan. ad consuetud. Burgund. rub. 10. § in verb. les fraiz raisonnables, nu. 2. & 3. Boër. decis. 470. Francisc. Minzon. ad consuetud. Andegavenses. 1. de retract-lignag. artic. 378. n. 1. Tiraquell. d. §. 7. glos. 1. nu. 25. Joan. Gars. in tractat. de expens. & melioras.* 275 276

Digitized by Google

meliorat.c.6.n.8.Berlich.d.part.2.conclus.41.n.31.& seqq.
277 Ideoque ne per impensas retrahenti difficilior retractus
reddatur: cautelam quidam tradunt, ut is quamprimum
denunciet emptori, ne sumptus in prædium emptum faciat:
quia ipse illud retrahere cupiat, *arg. l. si fundum 17.*
*C.de rei vindicat. Alberic.de Rosat.in l.in a utile 39.§.1.ad
finem.ff.de minor. Tiraquell.dicto loco, Gail.lib.2.obs.19.nu.*
278 *10.D.Bocerus d.class. 3.disput. 22.th.63. ad lit.a.* Quod si
retrahens verum precium, quanti res extraneo vendita
sit, & quæ impensæ factæ fuerint, ignoret: eo casu particularis
oblatio, cum protestatione de reliquo etiam solvendo
sufficit, *l. statu liber rationem 5.& l. secus, si heredi
34.circa finem,ff.de statu liberis Fürstl.Würtemberg.erneuert
Landrecht. d. part. 2.tit. 16. part.295.§. Und da der*
279 *Löser, &c. Boer. decis.112.n.2. in fine.* Mora quippe contrahi
vel committi non potest, nisi delatum sit liquidum
*docentibus Baldo in l. acceptam 19.in 6.opposit.per gloss.ibi,
in verb. cum usuris Cod.de usuris. Angelo in l. si se non obtulit.3.§.ait
Prætor.ff.de re judic. Fulgosio cons.201. incip. domina.col.
2. Petro Anchar. cons.235.vers. præterea, &c.& aliis, quos refert & sequitur
Tiraquellus d.tract.de retract-*
280 *lign.§.1.gloss.19.nu.1.* Cæterùm si emptor oblatum precium
cum sumptibus & impensis accipere recuset: retrahens operam
dabit sedulò, ut pecunia obsignata ritè deponatur,
*l. si debitorus 39.ff.de solution.l. obsignatione 9. C.
eod. Fürstl.Würtemberg.erneuert Landrecht, d.t.16.p.295.
§. Wo aber der Kauffer, &c.D.Bocer.d.disp.22.th.68.Hostiens.&
Joan.Andr.in c.constitutus 8.ext.de in integr.restit.
Idque post alios, quos citat, latiùs prosequitur Tiraquellus de
retract-lign.§.7.gloss.3.n.1.& seqq.* Prædicta porrò requisita
si à statuto, vel lege municipali exigantur: simul con-
281 currere & adimpleri debent. Aliàs enim juri retractûs locus
esse nequit: quando quidem ejusmodi requisita pro
forma, quæ dat esse rei, retractui adjiciuntur: eàque ad
unguem non servata, actum corruere, aut vitiari, necessum
est, *l.cum his, qui ut 8.§.si Prætor 17.ff.de transactionib.
l.Julianus 9.§.sed si quis 3. ff. ad exhibend. l. si is, qui quadringenta
80.§.1.ff.ad leg.Falcid.c.cum dilecta 22.§.fin. de
rescriptis c.venerabili 37.de offic.& potest.jud.deleg.c.Pisanis
19.de restitut. spoliat. c. quia propter 13. de electione &
electi potest. Gail. d. lib. 2. obs. 19. nu. 15. & seq. D. Besold.
part. 6. cons. 268. n.7. & seqq. fol. 75.*
282 Explicatis retractûs solemnibus requisitis, disceptiendum
jam est de quæstionibus aliquot controversis, ad istam
materiam maximè pertinentibus. Primum autem dubiæ
& elegantis est quæstionis: utrùm in datione in solutum
locus sit retractui; putà si prædium retractui subjectum,
in solutum sit creditori pro debito pecuniario datum?
Sunt, qui id simpliciter affirmant, *Joan.Faber in l. si prædium
4.C.de evictionib. Alberic. de Rosat. in l. si usumf. acl.
23.ff.de liberali caus. Molinæus ad consuetud.Parisiens.tit.1.
§.13.gloss.5.n.47.& cum seq.Chassanæus consuetud.Burgund.
rubr.10.§.9.n.6.& seqq. Tiraquell.de retract-Lignag.§.1.
gloss.14.n.2.3.7.13. & 14.D.Bocerus class.3. disp.22.th.45.
ed.2.Gaver.disp.Basil.de jure retract. conclus.72.ad lit.b.&
Morla in emporio jur.part.1.t.6.q.12.n.2.* Sunt qui negant,
*Speculat.in tit.de emptione & vendit.§.nunc dicendum.el.2.
vers.sed pone statutum, &c.Lucas à Penn.in l. 3. col.2. C.de
prædiis decurion. Francisc. Aretin. consil. 123. & Alexand.*
283 *consil. 52. vol.1.* Non desunt item, qui inter dationem in
solutum voluntariam, & necessariam distinguunt; considerantes,
in solutum dationem dupliciter fieri posse. Vel
enim sponte fit à partibus, *ut in l. precii 9. C. de rescind.
vendit.l.eum, à quo.16.C.de solutionib.* & cùm hæc venditionis
vicem obtineat. *l.eleganter 24.ff.de pignor. act.l.ult.
ff.quib.ex caus.in possess.eat.d.l.si prædium 4.C.de evictionib.*
in eâ perinde, atque in venditione jus retractûs locum
habere ajunt. Vel fit à judice, ut cùm ex rebus debitoris
una adjudicatur creditori pro quantitate debita, *l.à Divo
Pio.15.§.si pignora.ff.de re jud.l.ultim.C.de jure dominii impetrand.
& monitum suprà nu. 242.* & in hac jus retractus
non procedere dicunt. *Joan.Plat.in l.1.col.2.vers.item est.
C.de fundis patrimon. Matthæus de Afflict. in tract. de jure
protimiseos §.3.n.16. Fabian.de Monte in tract.at.de empt.
& vendit. quæst.3.princip.n.46. Decius consil. 160. col. 2.
Ferd. Loazes in repetit. l. filiusfamilias 114. §. divi. 11.
nu.228.& 485. ff.de leg.n.1.Bald.consil.300.lib.1.Roland à
Valle consil. 61. Corasius lib.3. miscellan.jur.civ.cap. 3.nu.
3. & noviter Broncorst. cent. 1. miscell. controvers. assert.*
68. Atque horum sententiam (quam & ego probabilio- 284
rem verioremque esse reor) confirmat: quòd generaliter
in jure traditum extat; quoties alienatio in legibus
prohibetur, hoc de voluntariâ alienatione, non verò eâ,
quæ ex necessitate fit, accipiendum esse, *l. Divus 5. ff.
de petit. hered. l. alienationes 13. ff. famil. erciscund. l. 1.
ff. de fundo dotali. l. peto. 69. §. 1. ff. de legat. 2.*

Non obstat, quòd constitutio sive consuetudo ista, 285
quâ jus retractûs introductum & receptum est, odium
continet: cùm ad rescindendum contractum tendat: quem
tamen partium consensu absolutum, ne quidem Imperiali
rescripto extingui oportet, *l.3.C.de rescind.vendit. l.causas
16. C. de transactionib.* Itaque non extendi debet à
venditione, quæ actus est voluntarius, ad dationem in solutum,
actum scilicet necessarium, *arg. l.rem legatam 18.
ff.de adimend.vel transfer.legat.l.in quorum 24.ff.de pign.&
hypoth.* Non obstat, *inquam.* Quia consuetudo illa non
modò ad contractus rescissionem non tendit: verùm etiam
eum approbat, & fulcit eo ipso, quòd precium conventum
à retrahente emptori solvi desideratur, *suprà circa tertium
retractûs requisitum exposuimus n.263.* Præterea in solutum
datio, de quâ hîc agitur, non actus necessarius, sed
voluntarius censetur, *tradente Corasio loco prædllegato.*

Anceps quoque & pulchra hæc quæstio est: an, si res non 286
vendita, sed donata sit, jure protimiseos locus relinquatur,
Et (nihil remorante contrariâ opinione Corasii *d. lib.3.
miscellan.jur.civ.c.3.n.4.*) frequentius rectiusque placuit,
in donatione retractum locum sibi vendicare neutiquam
posse. Idque argumento à simili, ex contractu emphyteutico
ducto, probatur. Nam emphyteuta licet, domi- 287
no irrequisito, rem emphyteuticam vendere nequeat, *l.
ult.ibique Bartol.Bald. Salicet.Sichardus, & Dd. communiter.
C.de jure emphyteut.* donare tamen eam, domino invito
potest, *l.1 C.de fundis patrimonialib. Jul.Clar. lib.4.
sentent.§.emphyteusis quæst.15.Cothmanus in tract.de jur.emphyteut.c.14.
limitat. 13.aliique plures, ab his cumulati &
explicatius docuimus in §. adeo 3. infra. de locat. & conduct.
n.315. & sequentibus.* Neque quempiam moveat,
quòd eadem ratio videtur in donatione, quæ in venditione:
ne scilicet è familiâ res exeat, *l. voluntas 4. C. de
fideicommissis cap. 1. §. donare. qualit. olim poterat feud.
alien.tit.9.lib.2. feudor.* & quòd venditionis verbo donatio, 288
omnisque alienatio continetur, *l. statu liberi à cæteris
29.§. fin. ff. de statu liber.* Hoc enim verum est, si eadem
subsit ratio *Jason in l. final. nu.65. C. de jur. emphyteut.
huncque laudans D. Besold. in thesauro pract. lit. H. n.7.
pag. 453.* Ast hic in venditione & donatione diversam
esse rationem, constat: quia ideo permittitur jus retrahendi
rem venditam proximiori agnato: quòd non interest
venditoris, à quo precium habeat. Donatoris autem 289
interest, potiùs amico donare propter bene merita, quàm
consanguineo. Donatio quippe vel in benè meritos exercetur,
vel in eos confertur, quos amore & favore prosequimur,
*l. nec adjecit 9. ff. pro socio. l. vivus libertus 9.
ff. si quid in fraud. patron. &c.* Et ita sentiunt, *post alios,
Chassanæus ad consuetud. Burgund. rubric. 10. §. 9. n.12.
Tiraquell.in tract.de retract.lignag.§.25.gloss.2.num.1.D.
Bocerus d.class. 3.disp.22. th. 44. lit.a. ed. 2. Bronchorst.
cent. 1.miscell. controvers.assert. 68.circa finem.* Illud sanè 290
indubitatum & receptum est: quòd regulariter neque in
permutatione, neque transactione, neque divisione, neque
locatione, neque emphyteusi, neque feudo, neque in
pignoris datione ulli retractui locus esse possit; id quod,
more suo, fusissimè explicat Tiraquellus *d. tr. de retract-
lign.§.1.gloss.14.n.30.& seqq.n.60.cum seqq.n.76.cum seqq.*
D. Collega Bocerus *d disputat.20.th.43. & 44.* item Gaver.
disp.Basil.de jure retr. concl.74.& 76. Tametsi de istis
casibus contrarium scripserit, sed citra sufficientem rationem,
Joan. Jacobus Plebst *in disp. novantiquis Disp.
2. partis secundæ, sub thes. 154. pag. 167. cum seq.*

Est & illa celebris & utilis quæstio: nunquid locus sit re- 291
tractui, si prædium retractui obnoxium unà cum aliis prædiis
sit venditum? Et locum esse, plures rationes evincunt.

I. Quia

Digitized by Google

I. Quia cùm aliquis res plures in contractum deduxit, in quarum unâ duntaxat jus aliquod habet, in cæteris non item: tum eam rem unam rectè petit, licèt cæteras petere non possit, *l. 1. §. sed si mihi Pamphilum 5. ff. de verb. oblig.*
292 II. Quia tot censentur contractus, quot res sunt sive corpora separata, quæ in contractum sunt deducta, *d. l. 1. §. sed si mihi l. scire debemus 29. in princ. l. quod dicitur 6. & l. pluribus 140. in pr. ff. eod. tit. l. quia dicitur 32. in princ. ff. de*
293 *evictionib.* III. Quia venditis pluribus rebus, quarum una Titii est, eam unam & solam Titius jure evincere potest, *arg. l. 1. l. bonitas 13. l. qui fundum 45. l. si duos servos 47. & l. si fundo 53. ff. d. t.* IV. Quia tametsi uno precio plura prædia sunt vendita: de singulis tamen empti & venditi agi potest, *respondente Ulpiano in l. etsi uno 33. ff. de act. emp. & vend.* Sic licèt duæ res separatæ alicui sint commodatæ: attamen de alterâ tantùm agi commodati potest, *l.*
294 *incommodato 17. §. duabus rebus 4. ff. commodati.* V. Accedit textus notabilis *in c. constitutus 8. ext. de in integr. restit.* ubi etsi illi, qui restituuntur in integrum, non poterant redimere partem suam à patre ipsorum consensu venditam: unde quantum ad istam partem, alio remedio iis providetur: tamen admittuntur ad retractum alterius partis vi consuetudinis: quamvis utraque pars eodem contractu & precio fuisset vendita, *ut ex textu colligere promptum est.* VI. Hæc traditio disertè confirmatur jure renovato Würtembergico, *part. 2. tit. 16. p. 289. §. Wir verordnen auch hiemit, &c.* Et eadem amplexi sunt *Tiraquellus in tract. de retraict-lignag. §. 23. gloss. 2. n. 1. 2. 3. & 6. & D. Bocerus class. 3. disp. 22. th. 46. edit. 2.*

296 At quid pronunciandum, si emptor omne, quod uno precio emit, retrahenti offerat, paratus recepto precio universum, quod emit, illi reddere: num tenebitur retrahens vel omnes res venditas retrahere, vel etiam fundum retractûs juri suppositum, cum cæteris rebus venditis empti relinquere? Et teneri retrahentem, vel totum retrahere, vel totum relinquere, intrepidè scribit Tiraquell. *d. §. 23. gl. 2. n. 9. ubi subdit idem voluisse Guilielm. Cunensem & Albericum Rosatum in l. si duo patroni ff. de jurejur.* Verùm in contrarium esse veritatem, adeòque in ipsius retrahentis arbitrio illud positum esse, censent *Matthæus de Afflict. in tr. de jure protimis. §. 6. n. 6. & ante eum Baldus in eodem tr. col. pen. n. 20. vers. sed pone, quod quis, &c. Bossi, referens D. Bocerus d. class. 3. disp. 22. th. 47.* Et sanè non sine ratione ita censent. Cùm enim fundum, retractui subjectum, etiam invito emptore, quispiam retrahere possit, *ut antè probatum*: nulla profectò causa est, cur ei hæc adimi potestas debeat eo solo, quòd emptor illi totum, quod emit, offert; & integrũ
297 ab illo vult recipere precium: quippe cùm beneficium à jure alicui concessum, ei invito auferri nequeat, *c. indultum 17. de reg. jur. in 6.* nec alteri per alterum iniqua con-
298 ditio inferenda sit, *l. non debet 74. ff. de reg. jur.* neque sit in potestate alterius, conditionem meam nihil delinquentis deteriorem facere, *auct. Venul. in l. 2. ff. quod vi, aut clam.*
299 Nihil juvat Tiraquelli opinionem textus *in l. tutor. 47. §. 1. ff. de minor.* ubi Scævola respondit, catenus rescindi venditionem fundi communis, quatenus fundus iste pro parte cum adolescente communis est; nisi si emptor à toto contractu velit discedi, quòd partem empturus non esset. Nã Jurisconsult. ibi apertè loquitur de fundo communi vendito, ut qui cum Mævio venditore, & Sempronio minori communis est, pro indiviso. In propositâ autem quæstione agitur de fundo, qui solius venditoris fuit; juri tamen retractûs obnoxius, suisque regionibus à cæteris prædiis simul venditis separatus. *Præterea* tractat illic Jureconsultus de casu, quo venditio fundi communis rescinditur. At per retractum non rescinditur venditio: sed salvâ manente istâ venditione accedit ad eam alia quædam venditio, quæ fit invito priori emptore: siquidem is vel invitus fundum retrahenti revendere tenecatur. Et in casu *d. l. tutor. 47. §. 1. ff. de minorib.* licèt emptor à totius fundi emptione abire valeat: non tamen adolescenti minori, suam partem repetenti, venditoris quoque partem obtrudere potest: sed ipse venditor suam recipere partem tenetur, sicuti arguunt illa verba: *quod partem empturus non esset:*
300 Nihil idem subsidii adfert contrariæ traditioni textus *in l. communi 7. §. si debitor. 13. vers. nam etsi partem ff. communi divid.* ubi emptor totam rem suscipere cogitur. *Quòd* enim in specie illius legis emptor totum prædium sive fundum recipere necesse habet: in causa est, quòd fundus iste pro indiviso venditoris, tempore venditionis fuit: ut proinde emptori etiam invito adjudicari totus potuisset ille fundus, si ante acceptum judicium venditor ei fundum tradidisset, & cum eo judicium hoc acceptum fuisset, *l. Julianus 13. §. idem Celsus 17. vers. æquum est enim ff. de actionib. empti & vend.* Quòd si verò fundus ille certis regionibus fuisset divisus: sine dubio emptor venditoris tantùm partem suscipere teneretur, *d. l. Julianus 13. §. idem Celsus vers. sed si certis regionibus ff. eod.* Quare cùm in nostro casu fundus, juri retractûs suppositus, separatus & distinctus sit à cæteris prædiis, cum quibus simul uno precio venditus est: non dubitandum est ampliùs, quin is, cui jus retrahendi competit, illum solum retrahere, & ad se revocare possit. *Atque ita prædictos textus exaudit & explicat D. Bocerus d. class. 3. disp. 22. th. 47. circa finem.*

Illa insuper quæstio dubitatione haud vacat: an jus pro- 301
timiseos sive retractûs inveniat locum, si inter emptorem & venditorem convenerit; ut, si quisquam retrahere cupiat, contractus nullus sit? Et locum non invenire jus retractûs hoc casu, invitis contrahentibus, si absq; fraudis consilio pactum istud fuerit appositum, meritò ritèque concluditur. Tum quia venditio sub conditione fieri po- 302
test, ita ut conditione illâ non existente, contractus nullus sit, *§. emptio tam sub conditione 4. supra hoc tit. l. necessariò 8. in pr. vers. quod si sub conditione ff. de peric. & commod. rei vend.* Tum quia pactum hoc non multùm differre videtur 303
à retrovenditionis pacto, quod jure permissũ est, *l. 2. Cod. de pact. inter empt. & vend. &c.* Tum etiã quia Javolenus JC. *Si hominem, ait, emisti; ut si aliqua conditio extitisset, inemptus fieret: & is tibi traditus est: & postea conditio emptionem resolvit: tempus, quo apud emptorem fuit, accedere venditori debere existimo: quoniam eo genere retrò acta venditio esset redhibitioni similis: in quâ non dubito, tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum: quoniam ea venditio propriè dici non potest, l. si hominem 19. ff. de usurpat. & usucap.* Ex quibus legis verbis decisionem propositæ 304
quæstionis petere non difficile est: ut tradit Matthæus de Afflictis *in tractat. de jure protimiseos §. 5. n. 13.* & Tiraq. *de retraict-lignag. §. 2. glos. 2. n. 59. & seqq.* Porrò jus retractûs de rebus tantummodo soli vel immobilibus venditis regulariter competere, sive illæ seculares sint, sive ecclesiasticæ (Neque enim contra Ecclesiam retractus exercetur; sed contra possessorem rei, quæ hoc onere affecta est: & res sola, atq; possessor inspicitur, *arg. l. sed & si lege 25. §. perinde 8. ff. de hered. petit.*) manifesto est manifestius *Fürstl. Würtembergisch erneuert Landrecht. part. 2. tit. 16. in princ. ibi, ein liegend Gut erkaufft, p. 287. & §. von Marcklosungen, ibi, ein liegend Gut, &c. p. 291. D. Bocer. d. class. 3. disput. 22. th. 19. & seqq. Plebst. d. disput. 2. partis secundæ, th. 157. p. 168.* Cæterùm quæritur, utrùm 305
ex statuto vel consuetudine, quod quà vè retractum in re immobili civibus vel incolis concedit, locus etiam sit retractui, si quis civis aut incola jus aliquod sibi competens, putà usumfructum, hereditatem, decimas, annuum reditum, qui ex fundo aliquo quotannis præstatur; vel simile jus, extraneo vendat? Et retractui locum esse, meritò statuitur. Jura siquidem inter immobilia re- 306
putantur. *Clement. 1. §. cumque annuus reditus tit. de verbor. significat. l. jubemus nulli 14. in princip. ibi, aut annonas civiles C. de sacrosanct. Eccles. tit. 1. in fine ibi, aut in iis, quæ inter immobilia connumerantur juncto tit. 20. in princip. ibi, de annua præstatione lib. 2. feudor.* Idque latiùs confirmant D. Bocerus *d. class. 3. disputat. 22. th. 23. cum seq. Plebst. d. disputat. 2. th. 158. p. 169.* & Fridericus Martini *in Commentar. de jure censuum cap. ult. n. 165. & seqq.* Atque hanc quoque sententiam approbavit Facultas Juridica in hac inclytâ Academiâ Tubingensi, die 12. Januar. Anno 1625. Plures hoc loco elegantes & utiles de jure retractûs tractari possent quæstiones: quia verò eas ferè omnes, *post Tiraquellum & reliquos Doctores, à se laudatos*, nervosè & accuratè explicuerunt Dn. Collega Bocerus *aliquoties allegatâ class. 3. disp. 22.* Joan. Jacobus Plebst. *d. disput. 22. th. 153. cum multis seqq.*

Bona-

Digitized by Google

Bonaventura Gaver. *disp. Basileens.* 10. *de jure retractuum &c.* & Theodorus Reinkingk *d. tract. de retractu consanguinitatis*, ego, ne actum agere, aut soli facem addere videat, majore operâ in easdem conferenda supersedeo.

307 Restat, ut de actionibus, ex hoc emptionis & venditionis contractu descendentibus, videamus. Proficiscuntur
308 autem ex eo actiones duæ: empti & venditi; Actio empti cōpetit emptori, quâ experitur adversus venditorem, ut rem venditam, ejusq; possessionem vacuam, unâ cum fructibus, & omni causa, à tempore contractûs perceptâ tradat, *l. 2. l. 3. §. 1. l. ex empto* 11. *§. 2. & passim. ff. de action. empt. & vend. l. fructus* 13. *& l. pen. Cod. eod. late Trentacinq.*
309 *var. resol. lib. 3. res. 6. de empt. & vend.* Cæterùm vehemens inter Juris Interpretes pugna est: utrùm ad dominii translationem necesse habeat venditor vacuam omninò & liberam possessionem rei venditæ præstare emptori? In negantium castra transeunt *Accursius, Odofredus, Baldus, Angel. & alii communiter in l. 2. C. de acquir. & retinend. possess. Donellus lib. 4. Commentar. jur. civ. cap.* 19. *ibique Hilliger. in suis not. ad lit. c. Philipp. Matthæus in l. id, quod nostrum* 11. *n.* 37. *cum seq. ff. de reg. jur. Hænonius disp.* 16. *controvers.* 12. *& novissime Hunnius disp.* 4. *th. ult.* Affirmantium partes sequuntur *Antonius Contius lib. 1. disp. jur. civil. c. 8. Hotoman. illustr. quæst.* 11. *Mynsinger. cent. 1. observat.* 53. *Wesenbec. in Paratit. ff. de contrah. empt. n.* 13. *Cœddeus in l. habere.* 188. *ff. de verbor. signif. Bronchorst. cent. 3.* ἐναντιοφανῶν. *assert.* 81. *edit.* 2. *Anton. Matthæus in §. per traditionem* 40. *supr. de rer. divis. Forster. junior disp. 6. ad Institut. th.* 31. *Riemer. decad.* 10. *quæst. illustr.* 10. *Bachovius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 20. th. 4. lit. D. & Petr. August. Morla part. 1. emporii jur. tit. 9. quæst. 5. n. 4. & seq.* Atque his quemadmodum accessi supra *in d. §. per traditionem* 40. *n.* 21. *& seq. de rer. divis. &c.* ita & nunc iisdem patrocinium meum polliceri non dubito, motus tum textibus expressis *in d. l. 2 §. 1. & d. l. 3. §. 1. ff. de actionib. empt. l. si pater.* 8. *C. eod. l. si stipulatus.* 4. *in prin. ff. de usur. l. cum fundo* 18. *ff. de vi & vi armat. l. si ager.* 50. *ff. de rei vindicat. l. traditio* 20. *in fin. ff. de acquir. rer. dom. l. fistulas.* 78. *§. 1. ff. de contrah. empt. l. non videtur.* 22. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. cùm res.* 11. *C. de probationib. l. qui prædium.* 13. *C. de distract. pignor. & d. l. 2. C. de acquir. & retin.*
310 *possess.* Tum quòd quispiam tunc in potestatem domini rediisse dicendum est, cum possessionem ejus nactus sit justè, ut avelli non possit. *l. 6 sequitur. 4. §. tunc in potestate* 12. *ff. de usurpat. & usucap. l. mulieris.* 13. *§. 1. ff. de verb. signif.*
311 Tum quòd contractus rei, & asinina (*quam vocant*) detentio ad acquirendum dominium nihil valet, *tradente Contio*
312 *loco antè designato.* Tum denique quòd ex naturali possessione dominium cœpit. *l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Proindeque illa præstanda est ei, in quem domini-
313 um transferri debet. At verò illam, nisi vacua sit, præstari non posse, perspicuè constat: cùm duo in solidum ejusdem rei veri possessores & domini esse nequeant. *l. possideri.* 3. *§. ex plurimis.* 4. *cum §. seq. ff. d. tit. l. si, ut certo.* 5. *§. si duobus.* 15. *ff. commodat. l. duo in solidum.* 19. *ff. de precario.* Eaque de re pulchrè *Cujac. libr. 9. observat. cap.* 32. *&* 33. *Borcholt. in Comment. de acquir. vel amitt. poss. c. 6. n.* 18. *cum seq. Bronchorst. d. cent. 3. assert.* 82. *edit.* 2. *& Pet. Frid. Mindan. in tract. de causa & materiâ poss. c.* 10.

314 Nec obstat huic sententiæ *l. traditionibus.* 20. *C. de pactis. & d. §. per traditionem* 40. *supra de rer. divis.* ubi per traditionem dominium rei acquiri dicitur: nec præter traditionem & voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, quidquam exigitur. Traditur autem res, cujus corpus alteri apprehendendum & tenendum sine cujusquam impedimento datur, etiamsi in accipientem possessio vacua & plena non transferatur. Hoc, *inquam*, nihil obstat. Etsi enim *in d. §.* 40. Imperator Justinianus simpliciter asserit, per traditionem jure naturali dominium acquiri: propterea tamen non negat, quin plura (quorum omnium ipse non meminit) concurrere necesse sit, ut per illam dominium validè transferatur. Nam non solùm requiritur, ut tradens sit rei corporalis dominus, voluntasque domini ex justâ causâ transferendi adsit, *de quibus diversè in d. §* 40. *agitur*: verùm etiam necessarium est, ut vacua rei possessio tradatur, *per. d. l. qui prædium,* 13. *C. de distract. pignor. d. l. cùm res.* 12. *C. de probationib. d. l. si pater.* 8. *C. de actionib. empt. cum concordantibus præallegatis.* 315
Ideoque quod uni juris loco deest, id ex aliis, rem pleniùs definientibus supplendum est, *arg. l. non est novum.* 26. *& l. seq. ff. de legibus.* Incivile quippe est, *monente Celso*: nisi 316
toto juris volumine (quod pro unâ lege habetur) inspecto, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere. *l. incivile.* 24. *ff. d. tit.*

Similiter non obstat *l. si, cùm fundum.* 68. *§. ult. ff. de con-* 317
trah. empt. ubi Proculus claris verbis respondit, esse ex empto actionem, non ut venditor vacuam possessionem tradat: cùm multis modis accidere poterit, ne tradere possit: sed ut, si quod dolo malo fecit, aut facit, dolus malus ejus æstimaretur. Ex quibus verbis haud difficulter colligitur: absque inductione in possessionem vacuam, dominium transferri in emptorem. Non, *dico*, lex ista obstat. Quia ex præmissis certo certius est; venditorem actione ex empto cogi ad tradendam emptori vacuam possessionem: proindeque dicendum, in casu illius legis venditorem jam tradidisse emptori vacuam possessionem rei venditæ: atq; adeò satisfecisse actioni & obligationi, quâ tenebatur: posteà verò possessionem ab emptore amissam ad eum, qui vendiderat, rursus pervenisse: ac idcirco nō potuisse agi actione ex empto ad hoc, ut possessio vacua, semel emptori tradita, iterū traderetur. *Huncque communem esse textûs illius intellectum, testatur Morla d. part. 1. emporii jur. t. 9. q. 5 n. 5.*

Non obstat præterea *l. si fundum.* 16. *ff. de fundo dotal.* 318
ubi Tryphonius JC. docet, fundum à muliere viro in dotem datum, quem alius bonâ fide possidebat, dotalem esse. Prædium autem dotale illud duntaxat dicitur, cujus dominium marito quæsitum est. *l. dotale* 13. *§. 2. ff. d. tit.* Ergo in specie istius textus viro quæsitum fuit dominium fundi, absq; traditione vacuæ possessionis. Non obstat, *ajo*, lex isthæc. Nam respondetur: illi mulierem fundum, à Titio bonâ fide possessum, ut suum in dotem marito dedisse, id est, doti destinasse, vel instrumento dotali professam esse, se eum fundū in dotē dare: non autē corporaliter tradidisse. Nec etenim corporaliter tradere illū marito poterat: quippe cùm ab alio, nimirū Titio detineretur. Ac quòd mulier dicatur rem in dotem dare, quando destinat, se doti daturam, licèt nec dum tradiderit, luculenter apparet *ex l. si rem æstimatam.* 14. *& l. seq. ff. de jure dot.* Quamvis igitur domini- 319
um fundi dotalis in maritum per traditionem non sit translatum: tamen actio ad illud vindicandum translata intelligitur. Atqui actionem habet ad rem recuperandam; rem ipsam habere videtur. *l. is qui actionem.* 15. *ff. de reg. jur.* Nec moverit, quòd is actionem habere nequeat, cui eadem cessa non proponatur. Tametsi enim *in d. l. si fundum.* 16. *ff. de fundo dotal.* de actionibus cessis ne unus quidem apex extat: attamen dotis dationem, cujus responsum istud nominatim meminit, habere vim cessionis actionum, credibile est: cùm solenne & assiduum sit, ut mulier actionem vel nomen det in dotem: quod tunc facere intelligenda est, cum rem dare aut tradere non potest. *l. nuptura.* 57. *l. cum post.* 69. *§. 1. & l. mulier bona.* 72. *ff. de jur. dot.* Atq; hanc in- 320
terpretationem cùm vitio careat, legibusq; pro nostrâ sententia superius cumulatis bellè conveniat, in dubio admittendam, planè existimo. *l. in ambigua.* 19. *ff. de legib. c. cùm expediat.* 29. *ext. de elect. in* 6. Reliqua argumenta, quæ assertioni nostræ opponi solent, pleraq; ita sunt comparata, ut responsione vix digna sint. Sed & eadem sufficienter refellunt Contius, Hotomanus & Bachovius, *locis supra notatis*: & iisdem etiam aliquâ ex parte responsum est supra *ad pr. tit. de rer. divis. n.* 17. *& seq.* Vide quoq; de isthac quæstione noviter copiosè dissertantem Georgium Frantzkium *exercitat. jurid.* 11. *q. 2. pag.* 345. *& seqq.*

Porrò si res vitiosa à venditore emptori tradatur: siqui- 321
dem de vitio certior factus, non fuisset empturus, agit ad redhibendum hoc quoque empti judicio: sin alius emisset, & uterque rei vitium ignorârit, quanto minoris emisset, vitio rei cognito, petet. Quòd si verò vitium sciens venditor astutè celavit & reticuit: quicquid damni ejus fraude accidit, præstare emptori cogetur, *l. 1. §. 1. d. l. ex empto.* 11. *§. redhibitionem.* 3. *l. Julianus* 13. *in princip. l. si sterilis.* 21. *§. 1. & l. quæro.* 39. *ff. de actionib. empt. l. 1. & tot. tit. ff. de ædilit. edict. &c. Mynsing. cent. 1. obs.* 56.

Digitized by Google

Donellus lib. 13. *Commentar. de jure civ. c.* 3. *Cabotius*
322 *lib.*2. *disp. c.*25. Cæterùm si res non vitiosa, sed falsâ
commendatione pluris justo vendita sit: in id agetur,
ut quanto pluris res empta est, reddatur, *d.l.Julianus.*13.
§. si venditor. 4. *ff. de actionib. empt. Paul. lib.*2. *sentent.*
*tit.*17. *§. si ut servum, ibique Cujacius.* Nam & ea, quæ
commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam
non appareant, venditorem obligant: veluti si dicat hominem
literatum & artificem. Quod si palam fuerint: ut
si dicat venditor, servum speciosum, aut domum bene
ædificatam: licèt hoc ipso pluris vendiderint: non tamen
obligatur. *l. ea, quæ* 43. *ff. de contrah. empt. l. si in l. nec*
*supina.*6. *ad verbum, supina. ff. de mal.is & facti ignorant.*
323 Quid autem venditor in venditione equi præstare debeat,
& quibus ex causis equus venditus redhiberi possit, tam
de jure civili, quàm Saxonico, exponit Eberhardus Speck-
han *cent.* 1. *qu.* 18. & D. Collega Besold. *in thesauro pract.*
*lit. B. n.*46. *pag.*7[illegible]3. Eadem de re videatur *Celsus Bargal.*
in tract. de dolo lib. 4. *c.*4. *n.*21. *ubi allegat Alex. in l. si*
*quis cum aliter. n.*23. *ff. de verb. obligat. & Caballin. in*
324 *tract. de edilit. actionib. c.* 2. *num.*24. *cum seq.* Denique
quidquid pactis comprehensum, in hoc empti judicium
venit. *l. pacta.* 72. *ff. de contrah. empt. l. tenetur.*6. *§.* 1.
cum seqq. & d. l. ex empto. 11. *§.* 1. *ff. de actionib. empt.*
*ibique in paratit. Wesenbec. n.*6.
325 Econtrario actio venditi datur venditori, ad ea con-
sequenda, quæ ipsi emptor ex æquo & bono præstare te-
netur. *l.Julianus.*13.*§. ex empto.* 19.*ff.de actionib.empt.*
*l.*2.*§.ult. ff. de obligat. & actionib.* Veniunt autem in hoc
judicium illa: imprimis pretium, quanti res venit: item
usuræ pretii post diem traditionis. Nam cùm re emptor
fruatur: æquissimum est, eum usuras pretii pendere. *d.l.*
*Julianus.*13.*§. veniunt.* 20. *ff. de actionib. empt. l. curab.*
326 5. *Cod. l. mutuis.*18. *in fine. ff. de usuris.* Sed controver-
titur inter Doctores: an emptor usuras pretii venditori
solvere sit compellendus, quando nullus fructus ex re
vendita, utpote sterili, percepit? Et compellendum esse,
docuerunt *Baldus ad l.*2. *C. de usur. Paul. Castrens. in d.*
l. curabit. 5. *C. de actionib. empt. Joan. Andr. in c. con-*
questus. 8. *ext. de usur. Parisius consil.*60. *num.*28. *lib.* 1.
Gozadin. cons. 55. *Joan. Cephalus consil.* 756. *num.* 26.
lib. 5. *Joan. Petrus Surd. cons.* 101. *& alii ab his relati.*
Contrarium verò probarunt *Cynus & Salicetus in l. in*
minorum. 3. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non*
*est. Corneus cons.*59.*lib.*3. *Cagnol. ad d.l. curabit.*5. *num.*
26. *C. de act.empt. Joan. Bapt. Lupus ibidem num.* 141.
*Petrus Beninte ndius decis. Bononiens.*29. *Natta cons.*417.
& 494. *Controv. lib.*3. *variar. resolut. c.* 4. *n.*3. *& alii,*
quos refert & sequitur Fachinæus lib. 2. *controvers. jur. c.*
31. Atque horum sententiæ & ipse subscribo: cujus veri-
327 tas tum ex verbis, tum ex ratione *d. l. curabit.* 5. *Cod. de*
actionib.empt. conspicua redditur. Ait enim lex expressè:
emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit:
partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restitue-
re oportere. Ergo aliud dicendum est, cum fructus per-
cipere non potuit. Ratio autem legis hæc est: quia cùm
fructus percipiat emptor: æquum est, eum usuras pretii
pendere. *d.l.Julian.*13.*§.veniunt.*20. *ff. de act.empt.* Unde
& alibi decretum legitur: iniquum esse, usuras ab eo
exigi, qui fructus non percepisset. *l. liberalitatis.*16. *in*
fine.ff. de usur. Neque enim satis est, emptorem rem ha-
bere: sed illud solum spectare debemus, an habeat fa-
cultatem fructus percipiendi, *ut monet Ulpianus in d. l.*
Julianus. 13. *§. possessionem.* 21. *ff. de actionib. empt.*
328 Nec hanc sententiam oppugnat textus *in l.*2. *C. de u-*
suris. ubi ab Impp. Severo & Antonino simpliciter re-
scriptum est: emptorem, cui possessio rei tradita est,
usuras æquitatis ratione præstare cogendum, si pretium
venditori non obtulerit. *Etenim* quod ibi simpliciter re-
scribitur; emptorem ad usuras præstandas teneri: ex aliis
legibus declarandum & supplendum est: nempe ut verum
sit, ubi fructus percepit ex re empta, cujus possessionem
nactus est, *argum. l. non est novum.*26. *cum seq. ff. de*
leg. &c.
329 At quid, si venditor non tradidit emptori rem liberam,
ut tenebatur: vel fidejussorem, quem promisit, evictio-
nis nomine non dedit: num usurarum præstationi locus
erit? Et locum esse (utut reclamant *Baldus ad l.* 1. *C. de*
bonis matern. Socin. sen. in consil. 88. *num.* 17. *libr.* 3.
*Parisius in c. cum venerabilis.*6. *colum.* 8. *ext. de exce-*
*ptionib. & Afflictus decis.*20. *ad finem*) rectè deciderunt
Alexand. consil. 174. *num.* 4. *lib.*5. *Decius consil.* 119.
*col.*3. *Castrens. in l.*2. *C. de usur. Cagnol. ad d.l. curabit.*
5. *C. de actionib.empt. n.*31. *Joan. Baptista Lupus ibidem*
*n.*142. *Cephalus consil.* 609. *lib.* 4. *Covarruv. d. lib.* 3.
*var. resol. c.*4. *n.*6. *vers. duodecimò hinc deducitur, &c.*
*eosque citans Fachinæus d.lib.*2. *controvers.jur.c.*31. *vers.*
altera est controversia, &c. Cujus decisionis fundamentum 330
haud infirmum positum est *in d.l. Julianus* 13. *§. possessio-*
nem 21. *ff. de action. empt.* ubi hæc leguntur verba: *Pos-*
sessionem traditam accipere debemus, etsi precaria sit pos-
sessio. Hoc enim solum spectare debemus. an habeat facul-
tatem fructus percipiendi. Quibus verbis conclusio ist-
hæc satis manifestè comprobatur. Tum quia precaria
possessio, non est libera possessio: & tamen emptor usu-
ras præstare cogitur. Tum quia emptor in propositâ quæ-
stione facultatem fructus percipiendi habet. Ergo usuras
solvere tenetur; tametsi venditor pro suâ parte contra-
ctum non adimpleverit. Atque ita hoc casu usurarum
præstatio non ex morâ emptoris procedit: sed potiùs ex
æquitate illâ; ne re & pretio quis fruatur: proindeque si
emptor fructus perceperit, usuras pro fructuum perce-
ptorum ratione pendere necesse habet *d.l. Julianus.*13.*§.*
veniunt. 20. *ff. de actionib. empt. d. l. curabit.* 5. *C. eodem.*
Dubitatur quoq; valde de isti quæstione: ecquid justè, 331
& absque labe sive crimine usuræ, venditor convenire
cum emptore possit: ut, donec pretium rei venditæ, pu-
ta prædii, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid
certi annuatim pendatur? Et licèt hanc conventionem,
tanquam fœneratitiam, damnent *Decius cons.* 116. 119.
& 183. *Socin. sen. cons.* 130. *libr.*4. *Cravetta consil.* 189.
*vers. tertius est casus. Cephalus consil.*200. *lib.*2. *Francis.*
*Marcus decis.*891. *& nonnulli alii:* attamen probabilior
eorum videtur sententia, qui ejusmodi conventionem &
pactum sine usuræ crimine fieri posse statuunt; si modò 332
usuræ taxatæ quantitas quantitatem fructuum, qui veri-
similiter ex re venditâ percipi possunt, nō excedat. Ejus-
que ratio est perspicua: quoniam si nullâ dilatione ad
solvendum datâ, emptor usuras præstare tenetur ex æ-
quitate, *d. l. curabit.* 5. *C. de actionib. empt.* nihil profe-
ctò impedire debet, quin id ipsum, quod lex probat &
constituit, in conventionem pactumque deduci queat.
Ita sentiunt, post plures alios, quos citant, Covarruv. d.l.
3. *variar. resolut. c.*4. *n.*5. *& Fachinæus d.l.*2. *controvers.*
jur. cap. 31. *vers. verum istis non obstantibus, &c.*
Huic traditioni non refragatur; quod, ubi ad solven- 333
dam sortem debitam concessa est debitori dilatio, is non
teneatur ad usuras præstandas: cum in nulla, neque regu-
lari, neq; irregulari (*uti loquuntur*) mora constituatur, *per*
*text. in l. lecta.*40. *vers. sed cum sortis. ff. de reb.cred. si certū*
pet. ac proinde injusta videatur ea conventio, quæ illum
ad usurarum præstationem obligat, cùm ipso jure non
teneatur. *Nam* breviter respondetur: usuras in præsenti 334
themate deberi ac præstandas esse non ex morâ, sed ex
conventione: quæ non pugnat cum lege, sed cum eadem
concordat. Sic nihil ad rem facit, quòd nemo absque u-
suræ labe possit rem cariore pretio vendere, ob conces-
sam dilationem ad solvendum pretium. *c. in civitate.* 6.
ext. de usuris. In nostro autem casu venditor, exigendo
annuum censum seu pensionem, cariùs vendere videatur.
Etenim dicendum: venditorem in proposita specie ca-
riùs rem nequaquam vendere: sed usuras, pro ratione fru-
ctuum ab emptore perceptorum, consequi, Id quod æ-
quitas justitiæ commutativæ omnino suadet ac postu-
lat, *docente Fachinæo dicto loco, ubi & quibusdam aliis*
objectionibus satisfacit.
Tandem agit venditor, ut merces sive res emptas a 335
emptor tollat, aut id, quod interest, præstet *l.*1.*§. licet.*
ff. de peric. & commod. rei vendit. item ut, quicquid
ex naturâ contractus debetur, aut nominatim dictum
constitumque fuit, expleat. *l. sed Celsus.* 6.*§.*1. *l. pacta.*
72.*ff. de contrah.empt. l. tenetur.* 6. *§.*1. *& sæpe alii.*

Digitized by Google

l. Julianus 13. §. ex vendito 19. & aliquot §§. seqq. ff. de actionib. empt. & ibidem in Paratitl. Wesenbecius n.8. & 9. ubi qua ratione & formâ utraque tam empti, quàm venditi actio proponenda sit, eleganter declarat. Atque de istis etiam, similibusque actionibus, putà redhibitoria, & quanto minoris, & æstimatoriâ, ex professo agit Johannes Oldendorpius *class. 4. act. 1. & seqq.* nec non Molinæus *ad tit. Cod. de ædilitiis actionib. pag. 207. cum seqq.*

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE,

TITULUS XXV.

Principium Tit.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de precio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit: & competit locatori quidem locati actio; conductori verò conducti.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis & [illegible] tituli.*
2 *Locare quid, & [illegible].*
3 *Locationis & conductionis definitio.*
4 *Ejusdem definitionis explicatio.*
5 *Obligationes ex jure gentium introductæ.*
6 *Locatio cur dicatur contractus bonæ fidei.*
7 *Quæ ad locationis & conductionis perfectionem necessaria: & n. 12.*
8 *Quæ res locari possint: & n. 29.*
9 *Merces unde, & quid dicatur.*
10 *Locatio quomodo differat à commodato & [illegible].*
11 *Merces in locatione, an in futurum contrahentium arbitrium conferri possit.*
12 *Locationis substantialia quæ.*
13 *Locatio & conductio quotuplex.*
14 *Res locatio & conductio quæ: & in eâ quis locator, quis item conductor perhibeatur.*
15 *Facti locatio & conductio quid sit.*
16 *In eâ quis locator & conductor censeatur.*
17 *Locatio & conductio quomodo perficiatur.*
18 *Quatenus eadem tacitè renovata intelligatur, tam in urbanis, quàm rusticis prædiis.*
19 *Ratio differentiæ inter prædia rustica & urbana.*
20 *Locationis renovatio præsumitur facta cum omnibus qualitatibus præcedentis contractus.*
21 *Si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & eum ad illud tempus conduxerit; deinde finito tempore, in conductione manserit, ad tempus redimendi prorogatum esse videatur.*
22 *Quoties obligationi certum tempus præfinitum, si post tempus agatur, exceptio obstat.*
23 *Intellectus l. item quæritur. 13. §. ult. ff. locati.*
24 *Sententia l. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt.*
25 *Consideratio l. lecta 40. ff. de reb. credit. si cert. pet.*
26 *Locare & conducere qui valeant.*
27 *Milites cur locare prohibeantur.*
28 *Quatenus curiales conducere vetentur.*
29 *Res omnes, in commercio existentes, locari possunt.*
30 *Quæ servitutes locari queant.*
31 *Personalia personam non egrediuntur.*
32 *Majoratûs possessor quatenus rem majoratûs locare possit.*
33 *Vasallo an liceat locare fundum feudalem.*
34 *Locatoris jure perempto, perimitur & jus conductoris.*
35 *Jus patronatûs per se locari nequit.*
36 *Operæ an & quatenus locentur.*
37 *Nunquid liber homo suas operas in perpetuum possit locare.*
38 *Conventio, aliquem servum faciens, non valet.*
39 *Conducentes Medicum, Advocatum, Notarium, & similes, tenentur eis ad victum, etiam in eundo & redeundo.*
40 *Locationis & conductionis appellatio promiscuè usurpatur pro toto contractu.*
41 *Emptio & conductio sunt similes.*
42 *Merces sæpe appellatur precium.*
43 *Locati actio cui, adversus quem & ad quid competat.*
44 *Num equus conductus præsumatur mortuus conductoris culpâ, an morte naturali.*
45 *Dolum allegans, eum probare tenetur.*
46 *An & quatenus conductor aliquem de incendio teneatur.*
47 *Merces quando solvenda.*
48 *Conductor ante tempus deserens habitationem aut fundum, an & quatenus mercedis nomine conveniri possit.*
49 *Si pluribus Studiosis habitatio sit locata, & unus eorum, non solutâ mercedis parte, illam deserat, reliqui integram pensionem solvere non tenentur.*
50 *Operas suas locans, quatenus totius temporis mercedem accipere debeat.*
51 *Doctor seu Professor, justam ob causam non legens, nihilominus totum salarium petere potest.*
52 *Professore vel Advocato in exordio anni locationis moriente, integrum salarium heredibus ejus debetur.*
53 *Famulus, justâ causâ impeditus, quò minùs officium suum fecerit, integram mercedem petere potest.*
54 *Quatenus id, quod ob causam datum est, eâ causâ non secutâ, repeti possit.*
55 *Cui damus actionem ad repetendum, ei multò faciliùs damus exceptionem ad retinendum.*
56 *Quo tempore artifex mercedem promissam petere queat, distinctione declaratur.*
57 *Emptor quando precium venditori dare teneatur.*
58 *Quis non censeatur fecisse opus.*
59 *Stipulatio, opus fieri, individua.*
60 *Famuli, ancillæ, operarii, &c. ante finitum locationis tempus sine justa causa discedentes, puniendi.*
61 *Merces quando ante perfectum opus solvenda.*
62 *Quo casu artifex locatori interesse præstare cogatur.*
63 *Si plures opus faciendum conduxerint, quatenus locatori sint obligati.*
64 *Quibus casibus locator possit expellere conductorem, etiam ante finitum locationis tempus.*
65 *Mens & explicatio l. si duo. 3. §. 3. ff. uti possidetis.*
66 *Conductor usque ad tempus, integram pensionem locatori præstare compellitur.*
67 *Sententia auth. qui rem. C. de SS. Eccles.*
68 *Locator non debet rem reparari cum damno conductoris.*
69 *Damnum, quod quis suâ culpâ sentit, sentire non videtur.*
70 *Locator damna sibi data quibus actionibus persequi possit.*
71 *An conductor, ob non solutam unius anni pensionem, statim expelli possit.*
72 *Sermo simpliciter prolatus de primo actu intelligitur.*
73 *Pactum, de conductore non expellendo, quomodo intelligendum.*
74 *Consideratio l. quæro. 54. §. 1. ff. locati.*
75 *Verba enunciativa nihil disponunt.*
76 *Sensus l. cum domini. 56. ff. locati.*
77 *Hoc genus rei alienat. durum & inhumanum est.*
78 *Colonus vel inquilinus probans, se solvisse pensionem tribus proximis annis, fundatam intentionem habet, quod & retrò solvisse præsumatur.*
79 *Conducti actio cui, contra quem, & ad quid detur.*
80 *An & quatenus conductori merces ob rei locatæ interitum vel sterilitatem, & similes causas remittenda.*
81 *Si immodica ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur: etiam pro anno sterili integra pensio exigi potest.*
82 *An & quatenus Inquilinus ob pestem grassantem, emigrare possit.*
83 *Merces pro rei usu dari solet.*
84 *Ecquid conductor, propter spectra & illusiones nocturnas, justam emigrandi causam habeat.*
85 *Conductor istis casibus emigrare volens, quid facere teneatur.*
86 *Impensæ, in rem locatam factæ, an conductori restituendæ.*
87 *Num conductor sumptus, in rem conductam fructuum colligendorum causa factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei utilitatem sunt facti.*
88 *Respondetur ad objectionem.*
89 *Conductor ad quæ facienda obligetur.*
90 *Ad aliam objectionem respondetur.*
91 *Num conductor collectas & tributa solvere teneatur.*
92 *Quis pedagium solvere debeat: conductor, an locator.*

RAtio ordinis ex principio hujus tituli (*cui respondet titulus ff. locati-conducti: & tit. C. de locato. & conducto. item titulus ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur. & tit. C. de jure emphyteutico*) elucescit & constat. In eo autem Justinianus Imp. duas contractûs species, Locationem & Emphyteusin, ob maximam sui inter se similitudinem ac familiaritatem, simul proponit. Et hoc quidem loco de illâ sermonem instituit: hanc verò infra in §. *adeò autem* 3. persequitur. Cæterùm antequam ad hujus principii explicationem propius accedam: breviter definitionem & divisionem locationis & conductionis, nec non alia quædam, ad pleniorem hujus materiæ cognitionem spectantia, præmittam locationis vocabulum, à loco sic est dictum, quasi Locare propriè sit, 1 2

ali-

aliquid in loco ponere: locus, ubi quid locatum esse potest; & locarium, quod datur in stabulo & tabernâ, ubi consistatur. Atque inde videtur locatio fundorum & ædium dicta: quòd in iis certâ mercede datur facultas consistendi & habitandi tanquam in suo, ut ex Varrone *lib. 4. de ling. Lat.* & Connano *lib. 7. Comment. jur. civ. c. 11. n. 1. fol. 750.* docet Petrus Augustinus Morla, Valent. *in Emporio utriusq; juris part. 1. tit. 10. de locato in præmissis n. 2.*

8 Locatio autem & conductio est contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de rei alicujus usu, vel fructu, vel hominis operis, pro mercede certâ, confestim definitâ, alteri ab altero concedendis. *Hanc definitionem haud obscurè approbat Phi-*
4 *lippus Knipschildt. exercitat. Acad. 9. th. 3. p. 306.* Hujus definitionis membra paucis confirmanda atque explicanda sunt. Dico, *locatio & conductio est contractus ju-*
5 *ris gentium.* Quia Hermogenianus Jurisconsultus, *in l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.* disertè scribit; emptiones, venditiones, locationes, conductiones, & cæteras obligationes (quibusdam exceptis) ex jure gentium esse introductas. Cui adstipulatur Paulus *in l. 1. ff. locati conducti* qui in hæc verba respondit. *Locatio & conductio, cum naturalis sit, & omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur.* Ajo, *nominatus*: quoniam certum & proprium nomen habet, *l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l.*
6 *1. §. item emptio 2. in fin. ff. de rerum permutat.* Addo, *bonæ fidei*, motus argumento *§. action. autem 28. infr. de actionib. & l. cum venderem 21. ff. locati.* Ideò verò bonæ fidei appellatur: quia alter alteri non in id solùm est condemnandus, quod in contractum nominatim deductum est, & in libello conventionis expressè petitum; sed etiam in omne id, quod insuper præstari æquum & bonum est, *§. in bonæ fidei 30. infr. de actionib.* Sanè rursus Domino Collegæ Bocero hic *nu. 14. p. 403.* displicent in propositâ definitione hæc verba: *Juris gentium, nominatus, bonæ fidei*: eaque ceu superflua averruncanda censet. Verùm quoniam ad hasce ineptias jam supra aliquoties responsum est: actum agere nolo. Appono, *solo consensu initus.* Etenim locatio & conductio ad sui perfectionem & constitutionem, neque continuò rei traditionem, neque verba, neque literas desiderat: sed solo nudoque consensu de aliqua re contracta est, *dict. l. 1. & l. qui ad certum 14. ff. eod. l. 2. ff. de obligation. & action. tot. tit. Inst. de obligationibus ex consensu l. contractus 24. Cod. de locato & conduct.* Adjicio, *de rei alicujus usu,*
8 *vel fructu, vel hominis operis.* Nam hæc omnia locari possunt: & usus quidem in domo, *l. si tibi habitationem 5. l. si quis domum 9. in princ. l. si merces 25. §. 1. ibi, fundum fruendum, vel habitation. ff. locati*; fructus in fundo, *l. ex conducto 15. §. cum quid de fructuum 5. l. si in lege 24. §. colon. 4. l. si fundus 33. ibi, ut mihi frui liceat ff. eod. l. nemo 6. C. de locat. l. 1. in princ. ibi, fruendum alicui legavit, & §. 1. ibi, qui id fruendum conduxit ff. de loco publ. fruendo l. 1. in princip. ff. de superficieb.* operæ in homine locantur, *l. item quæritur 13. §. 1. & seqq. l. in operis 26. l. qui operas 38. ff. locati.* Subdo,
9 *pro mercede certâ.* Quandoquidem sine certâ mercede (quæ dicitur à merendo & ære, *teste M. Terentio Varrone d. libr. 4. & 7. de ling. Latina*, estque merces id, quod datur pro usu aut operâ rei vel personæ: proinde ad pecuniam & res mobiles tantùm refertur, *l. mercis 66. ff. de verb. signif. Wesenbec. hic nu. 2.*) locatio non contrahitur, *l. si vir uxori 52. in princ. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. si convenerit 23. ff. commun. divid. l. sicut emptio 20. §. 1. l. & hæc distinctio 35. §. 1. ibi, certo precio ff. locat. l. licet 8. ibi, certis annuis quantitatibus C. de*
10 *locato.* Et propter certam mercedem differt locatio à commodato, & precario: in quibus, nullâ mercede certa interveniente, res gratuitò alicui utenda concedi solet. *§. item is cui 3. J. quib. modis re contrah. obligat. lib. 1. ff. de precario.* Cæterùm Dn. Collega Bocerus hic *nu. 20. p. 404.* ineptum esse dicit, & minimè logicum; verbis hisce, *certâ mercede*, distinguere locationem-conductionem à commodato, & precario. At valde inconsideratè hoc dicit & scribit: nec animadvertit, ipsum Ulpianum Jurisconsultum ita distinguere locationem-conductionem à commodato, *l. si, ut certo 5. §. rem tibi dedi. 12. ff. commodat.* Neque obstat, quod toto genere hi contractus à se invicem differant. Nam etiam depositum toto genere differt à locatione-conductione: & tamen Ulpianus ait, si balneatori vestimenta servanda sint data; mercede quidem interveniente, locationem-conductionem, nullâ verò interveniente, depositum esse, *l. 1. §. si vestimenta 8. ff. depositi.* Proinde cum ipse Ulpianus Jureconsultus mercedis interventu distinguat locationem-conductionem à commodato, itemque à deposito: ineptum utiq; oportet esse eum, qui hanc differentiam ineptam vocare audet. Denique subjungo, *confestim definitâ.* Cùm e- 11
nim in futurum contrahentium arbitrium merces confertur: non est locatio & conductio, sed contractus innominatus; unde præscriptis verbis actio nascitur, *l. si tibi 22. ibi, protinus aut data, aut constituta sit merces ff. de præscript. verb. §. 1. ibi, nullâ statim mercede constitutâ infr. hoc tit. Dn. Collega Bocer. in hoc tit. nu. 29. p. 405. & in Commentar. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 92. edit. 2. Augustinus Morla in d. Emporio jur. part. 1. tit. 10. in præmissis n. 7.* Porrò ex hac definitione, ita suc- 12
cinctè expositâ, colligere promptum est: tria ad hujus contractus substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur. Quod tamen cum grano salis accipiendum est; nempe ad substantiam locationis-conductionis etiam mercedem & rem sive operam desiderari, non ut mercedem solvi, rem tradi, operamvè præstari necessum sit, quò substantiam capiat locatio: sed quòd de his præstandis convenire & consentire sufficiat, *arg. d. l. 2. ff. de oblig. & act. & d. tit. Inst. de oblig. ex consens.* Præstatio igitur horum non ad perfectionem, sed ad consummationem locationis spectat: nec requiritur ad ejus substantiam, sed ad vim potius & effectum. Videantur *Eguinarius Baro hic, Schneidew. n. 4. Hegius nu. 6. Vincent. Carocius in tract. locati & conduct. part. 1. tit. 2. n. 1. Mozzius in tr. de locat. & conduct. tit. de substantialib. locat. & conduct.*

Locatio & conductio est duplex: alia rei, alia facti, rei 13
locatio & conductio est: si res, veluti fundus, domus, jumentum, vestimentum, alicui fruendum vel utendum detur. Quo casu locator is perhibetur, qui rem dat: conductor autem, qui rem utendam fruendamve accipit. *l. si quis 9. in princ. & §. 1. cum l. seq. l. ex conducto 15. in princ. l. sed addes 19. §. si dominus l. si in lege 24. §. 1. ff. locati §. adeò autem 3. infr. hoc tit.* Quòd si res soli est: 14
in agro quidem colonus, in ædibus inquilinus vocatur, *l. res pignoris 37. ff. de acquir. vel amitt. poss. d. l. ex conducto 15. §. 2. d. l. sed addes 19. §. 2. & §. si inquilinus 4. d. l. si in lege 24. §. 1. & 4. l. si merces 25. §. conduct. l. si fundus 35. ff. locati l. 2. in fin. & l. 4. ff. de usu & habitat.* Facti locatio & conductio est; quæ agitur, ut unus 15
operam suam alteri in re, vel personâ ejus præstet. In re quidem illius: veluti ut ipsius ... ut in area ejus insulam ædificet, ut ex auro plus ... annulum conficiat, *l. Sabinus ... l. convenit 65. ff. de contrah. empt. l. 2. in fin. ff. locati l. natural. 5. §. 2. ff. de præscript. verb. §. item quæritur 4. infr. h. t.* in personâ verò ejus; 16
ut si nautæ vel aurigæ se det vehendum, ... *l. sed addes 19. §. si quis mulieri ... 7 ff. locati.* Hoc casu quis locator, quis conductor censeatur, controvertitur? Ego, non attentis aliorum altercationibus (de quibus videantur *Cujacius libr. 2. observation. c. 28. Robert. lib. 1. animadvers. jur. civil. c. 10. & in Notis ad Mercat. libr. 1. c. 10. Borchol. in Commentar. de pact. c. ult. n. 18. & seq. Vultejus hic n. 6. & 7. Donell. libr. 13. Commentar. de jure civil. c. 6. p. 151. ad fin. Timæus Faber disp. anniversf. 24. ad Instit. Imperiales th. 5. sub lit. e. Olemannus ad lib. 3. disp. jur. civ. Instit. Giph. Disp. 29. n. 6. & 7. & novissimè Frantzkius exercit. jurid. 11. q. 4. p. 354.*) putaverim, eum esse locatorem, qui inchoat contractum, seque alii priùs ultrò obtulit: conductorem, cui quid faciendum aliquis ultrò obtulit, & qui placitum offerentis suscepit, *arg. Inscript. hujus tit. de loc. & conduct. & Rubr. ff. & C. loc. conduct.* ubi locati & locationis nomina præponuntur: conducti verò & conductionis, postponuntur; *& arg. l. item quær. 13. §. 1. & seq. d. l. si merces 25. §. qui columnam 7. l. opus 36. & l. qui*

Digitized by Google

operas.38.ff. locati. Proinde si artifex primò offerat operas suas; dicitur locator, & operas suas locare: alter verò conductor, & artificis operas conducere dicitur. Sin alter artificem adeat, & ab eo quid fieri sibi pro mercede petat; dicitur locare operas, artifex autem conducere. Idque uberius declarant *Dn.Collega Bocer. in hoc tit. n.34. pag.406. item in præallegato Commentar. ad l. contractus. 23. c.4. n.94.ff. de regul. jur. & class. 2. Disput. 4. thes. 6. ad lit. H.edit.2. Hunnius lib.3. variar.resolut. jur.civ. tract.7. part.2.q.1. Jacob. Schegk. in delibat. jur. Disput. 18. thes.47.lit. B. & Matthias Stephani cent.3. quæst.72.* Adde Richterum *in tract. de contractibus disp.10. thes.2. sub litt.f.p.*308.nec non D.Besoldum *in delibatis juris ex lib.19. ff. q. 2. p. 29. ubi subjicit, simpliciter & planè in praxi conductorem haberi, qui pecuniam dat: locatorem, cui datur.*

17 Perficitur hic contractus non solùm consensu expresso, sed etiam tacito. Expresso quidem, ut si tractatus nominatim de re, vel opera locandâ, inter partes habeatur: tacito verò, si sine tractatu habito conductor in re sibi locatâ, tempore conductionis impleto sive elapso, domino non reluctante, persistat *l. item quæritur. 13. §. qui impleto. 11. cum l. seq. ff. locati, & l. legem. 16. ubi Gothofr.ed. C. de locato. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 17. von verleihung und bestandt der Gütter. §. Wann einer pag.*297. Quod idem de Officialibus & famulis pronunciandum esse, testatur Petrus Franciscus Linglois *ad quinquaginta decisiones Justiniani. fol. 57. huncque laudans D.Besold. in dd. delibat. jur. ex lib*
18 *19.ff.q 6. in fine. p.35.* Et tacitè censetur renovata locatio & conductio, in prædiis urbanis, prout conductor antè habitavit; hoc est, si annum vel mensem habitavit: tantùm pro eo tempore reconductio facta præsumitur: in rusticis autem prædiis annalis duntaxat reconductio indulgeri conductori creditur, tametsi prima conductio majoris temporis fuerit: putà, si prius quis agrum vel horreum conduxisset in quinquennium; non videtur ex patientiâ renovata conductio in aliud quinquennium, sed in eum solummodo annum, qui sequitur; *dict.l. item quæritur.13.§.ult. ff. locati. Vultejus hic n.12. & Heigius in §. conductor.5.n.2. infr. hoc tit. Ruinus consil.107. n.6. vol.4. & consil.62.n.9.vol.1. Surdus decis.33.n.11. huncque citans Joan. Baptista Costa centur.1. distinct. 2. n. 11.*
19 *fol.303.* Ratio differentiæ hæc redditur: quia fructus rustici prædii certâ tantum anni parte, adeòque uno tempore; urbani verò, qualibet anni parte percipiuntur. *Gloss. & Bartol. n.10. in d.§.ult. & Baldus in d. l. legem. 16. C. de locato. Alexand. consil. 28. in fin. vol. 4 Socin. cons.17. num.1. vol.3. Berojus cons.152. num. 12. vol. 1. & cons.193. num.26. Surd. decis.33. num.11. hosque referens Acacius Ant. de Ripoll. variar. juris resolution.c.12. num.153. & seqq. fol.394.* Hinc inter cætera infert Bartolus citato loco: quòd si esset prædium rusticum, ex quo non perciperentur fructus, nisi de quinquennio; in quinquennium censeretur facta reconductio. Item si esset prædium rusticum, ex quo bis in anno perciperentur fructus: sicuti contingit in prædiis Ægypti, *auctore Plinio lib.3. natural. histor. cap.20.* tunc solum in sex men-
20 ses reconductio facta præsumeretur. Hancque sententiam recenset & probat Menochius *in tractat. de præsumptionib.lib.3.præsumpt.85. n.8. & 9.* Ac sanè locationis renovatio impleto tempore conductionis, conductore adhuc in possessione permanente, præsumitur facta cum omnibus qualitatibus & conditionibus præcedentis contractûs, & consequenter cum eisdem pignoribus, (non tamen iisdem fidejussoribus) pœnis, renunciationibus, & clausulis *d. l. item quæritur.13. §. ult. ibi, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur, durare obligata. ff. locati. & d.l. legem.16. ibique Bald. C. de locato. Barbat. consil. 14. num. 7. vers. capio nunc ultimum. vol.2. Ruinus consil. 78. n. 5. vol.1. Alciat. in tr. de præsumpt. reg.2. præsumpt.17. n. 5. Boër. decis.284.n. 14. Cravetta consil.87. num.3. lib. 1. Bursat. consil. 220. n.21. & 31. vol.2. Masc. de probationib. vol.2. concl.992. n.3. & 6. ubi plures adducit.* Adde Doctorem Martam *to. 3. Digestorum novissimor. tit. locatio.c.28. & seqq. fol.215.* & Petrum Franciscum Linglois *decis.5.quæst.4. fol.57.*

Unde dubitatur: si quis vendiderit agrum cum pacto 21
redimendi intra quinquennium, & ad id tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manserit; utrùm tempus redimendi prorogatum esse censeatur? Et verius est, in propositâ specie locationem quidem renovatam videri: sed non pactum redimendi ad longius tempus prorogatum censeri. Quoties enim obligatio- 22
ni certum tempus est constitutum, si post tempus agatur, exceptio obstat. *l.cum, qui ita stipulatur.56.§. qui ita 4.ff. de verb.obl.* Igitur cùm venditor stipulatus fuerit, sibi jus ac potestatem redimendi intra quinquennium concedi; elapso quinquennio, redimere volenti exceptio obstabit.

Nec refragatur *sæpe allegata l. item quæritur.13. §.ult.* 23
ibi, sed etiam pignora videntur durare obligata. ff. locati. Nam loquitur de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus: ita ut renovatâ locatione, renovatæ etiam intelligantur cæteræ obligationis, quæ ipsam locationem comitantur.

Nec item quicquam movet, quòd istiusmodi pactum 24
videatur esse pars precii, *leg. fundi partem.79.ff. de contrah. empt.* Quia censetur esse pars precii, secundùm tempus conventioni adjectum. Ideoque tempore conventionis elapso; ille, qui vendidit, meritò redimendi facultate privatur.

Similiter nihil obest *l. lecta. 40. ff. de reb. credit. si* 25
cert.pet. ex quâ colligitur, quòd temporis prorogatio censeatur facta cum iisdem qualitatibus. *Hoc siquidem* conceditur de qualitatibus locationis: sed pactum redimendi non est hujusmodi qualitas, ad locationem pertinens. *Et hanc sententiam respondendo tenuit Alexand. (sibi contrarius in consil. 28. in fin. vol. 4.) in cons.76. vol.5. Gozadin. ad l.2. de resc. vend. q. 31. Cagnol. ibidem. q.58. hosq; referens Fachin. lib.1. controvers. jur.c.83. & horum nominibus suppressis D.Hunnius in suis resol. ad Treutler. vol.1. disp.29. th.4. lit.f.q.13.p.1767.* Porrò quando conductor reconduxisse præsumatur rem conductam, pluribus ampliationibus & limitationibus diligenter & egregiè declarant Menochius *d.l.3.præsumpt. 85.* Mascardus *d.conclus.992.vol.1. & Vincent. Caroc. in tr.loc. & conduct.part.2. tit. de renovat. loc.p.207. & seq.*

Locare autem & conducere, adeòque consensum inter- 26
ponere possunt omnes, qui non prohibentur. Prohiben- 27
tur verò imprimis milites: ne, omisso armorum usu, ad opus rurestre se conferant, & vicinis graves præsumptione cinguli militaris existant. Armis siquidem, non privatis negociis, occupari debent, numeris & signis suis jugiter inhærentes, Remque publicam, à quâ aluntur, ab omni bellorum necessitate defendentes. *l. milites.31. & l. fin. Cod. de locato & cond. ibique in sua summâ Azo num.4.* Quamvis stabulum pro equis, ut & alia sui usus gratiâ, conducere non vetentur, ut tradit Mozzius in *tractat.de locat. & conduct. tit. de his, qui possunt locare & conduc. num.3. allegans gloss. in d. l. milites. 31. & in d.l. fin. C. eod. itemque Salicet. in summâ ejusdem tit.* Præterea Cu- 28
riales si res alienas conduxerint: nulla obligatio ex hujusmodi contractu competit. *l. curialis. 30. C. de locato. l. decurio. 4. ff. de decurionib.* nisi fortè domum, cùm propriam non habeant, conduxerint. *Bald. in d.l. curialis.30.C.de locato.* vel alicui in conductione successerint. Tunc enim in eâ illos remanere, Marcianus respondit, *d.l. 4.ff.de dec.* Et idem generaliter dici posse videtur de omnibus, quos vel lex, vel statutum, vel pactio à côtractibus celebrandis removet. *arg.l.fin.C. de reb.alienis non alienand. Mozz.d.tit.n.8.* Porrò de personis, locare valentibus, vel non, latiùs tractat Vincentius Caroc. *d.tr.loc. & cond.part. 1.tit. de tut. & curat. & tit. seqq. p.45. cum seqq.* nec non Thomas Maulius *in tract. de locat. conduct. tit.2.*

Planè res omnes, quæ hominũ commercio non sunt ex- 29
emptæ, locari possunt. *arg.l.1.si in empt.34.§.1.ff.de contr. empt.* nec refert, mobiles sint, an immobiles: corporales, vel incorporales: propriæ, an alienæ, quia dominium transferri necesse non est. *l. si tibi alienam.7. l. si quis.9. §. fin. l. non solet 39. ff. locati. ibique in Paratit. Wesenbec. num. 5.* Et si dominus postea prohibeat eum uti, qui conduxit: locator conductori ad interesse tenetur. *d. l.*

Digitized by Google

d.l.7.cum l.seq.ff.eod. Verùm id copiosè, & quidem variè, explicant Anton. Faber lib.2. conjectur.ar. c.5. Cujac. tract. 8. ad African. in explicatione l. & hæc distinctio 35.ff.locati, & Arumæus Exercitat. Justin.14. th.11. Sa-
30 ne servitutes prædiorum per se, id est, sine prædiis, locari nequeunt: quippe quæ solo cohærent, & ad ejus utilitatem constitutæ sunt: sine quo etiam consistere non possunt, l. locare 44. ff. eod.l. si is, qui 11.§.ultim.ff.de pignorib.& hypoth. Nicol.Reusner.lib.3. disput.jur.civil.disp. 9. th. 22. At personarum servitutes, veluti ususfructus & habitatio, rectè locari queunt, §. 1. vers. cum is, qui usumfructum f.de usu & habitat. d. l. si quis 9 §. 1. ff. locati l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. ff. de usufruct. l. cùm antiquitas 13. Cod. de usufruct. & habitat. Giphanio lib. 3. disput. 29. th. 13. & ibidem Olemannus nu. 15. &
31 seqq. Neque obstat, quòd usus fructus sit jus personale, l. 3. in fine ff. quib. mod. usufruct. amitt. Personalia verò personam non egrediantur: cùm inseparabiliter eidem adhæreant, l. usus aquæ 21. ff. de usu & habitat. l. privil. 196. ff. de reg. jur. Etenim respondetur: quòd ususfructus cum locatur, non transferatur, sed per conductorem retineatur, l. non utitur 38. & ll. seqq. ff. de usufructu. Quinimò & jura, quæ solo cohærent, ad personæ tamen utilitatem pertinent, locari possunt l. ult. in fin. C. de vectigalib.& commissis ubi jus vectigalis atque pedagii quod tamen jus est reale, ad utilitatem duntaxat personæ spectans, locari potest. hāq; de re videatur Hunnius in resolut.ad Treutler.vol.1. disp. 29. th.2. quæst. 4. p. 1751. &
32 seqq. Majoratûs quoque possessorem posse rem majoratûs ad modicum tempus locare, cùm hæc locatio nullam alienationis speciem contineat, communiter receptum est: ita tamen, ut si ipse moriatur, successor stare locationi non teneatur: sed possit rem majoratûs denuò locare. Cùm enim majoratûs possessor non habeat dominium perpetuum, sed temporale non poterit locare liberè, sed cum suâ qualitate temporali, ut dixit Bald. in l. fin.§. sed quia nu. 7. C. communia de legat. quem refert & sequitur Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogenits cap. 21. ubi hac de re, & aliis, eò pertinentibus, amplissimè disputat. De eadem re videatur Vincent. Ca-
33 roc. d.part.1.tit.de possessore majoratus p.44.& leq. Sed & vasallum locare ali posse fundum feudalem, si fraus absit, probabilius est. tit.9. qualiter olim pot. feud. alien. §. donare lib. 2. Feudor. Jac. Francisc. Curt. Junior in tract. feudor. quarta part. nu. 92. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 8. nu. 36. Treutler. d. Disput. 29. thes. 2. ad lit. f. volum.1. aliique per hunc allegati. & ibidem Hunnius q.6.
34 Enimverò locatoris jure resoluto sive perempto, resolvitur quoque & perimitur jus conductoris. d.l. si quis 9. §. 1. ff. locati l. peto 69. §. 1. ff.de legat.2. l.fundum 7. ff. de actionibus empt. l. si usus fructus 66. ff. de jure dot. tit. 13. §. ult. lib. 1. feud. l.nemo potest 70. ubi Dd. ff. de reg. jur. &c. nemo potest 79. eod. in 6. Cujac. lib. 23. observ. c. 38. Bocer.d class.2. disp.4.th.18. lit. e. cast.2. Henning. Wez-
35 ner. Disput. 12. th. 3. ad lit.b. At quid de jure patronatûs dicendum: poteritne per se locari? Et non posse, breviter respondetur, c. de jure verò patronatus 16. ext. de jure patronat. junctâ l. 1. & 2. ff. locati, D. Bocer. in hoc tit. n. 69. p.410. Videatur Lambert. in tract. de jure patronat. q. 8. secund. part. qu. principal. lib. 1. cum seq. artic. quem refert Mozzius in d. tract. de locat. & cond. tit. de reb. quæ locari poss. nu. 9.
36 Ad operas diurnas, menstruas, vel annuas, quod attinet. eas locari posse, extra controversiam est. l. item si precio 22.§.cùm insulam l. si merces 25. §. qui columnam. 7. l. qui insulam 30. §. qui ædem 3. l. qui operas 38. & passim ff. locati. Ubi tamen non ignorandum: toties locationem & conductionem intelligi, quoties operæ locantur exercendæ in re & materia nostrâ: alioqui si suâ in re quis operas nobis præstet; non locatio & conductio, sed emptio & venditio, vel innominatus contractus dicitur, l. Sabinus. 20. l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. l. naturalis 5. §. at cùm do, ut facias & leg. si tibi decem 7. ff.de præscript. verb. Consule Donellum l. 13. Comment. de jur.civ. cap. 6. ibique Hilligerum in suis not. ad lit.g. & l. itemque Hunnium in resolut. ad Treutler. vol.1. disput. 29.q.7.p.1755.& Althusium lib.1.dicæolog.c.76.n.29.& seqq.p.264. Sed valde ambiguum est: an liber homo suas 37
operas in perpetuum locare possit, ut ipsemet eas præstet? Et negantium opinio juri magis consentanea videtur, argumento l. Titio centum 71. §. 1. ff. de condit. & demonstrationib. l. conventio 37. ff. de liberali caus. l. nec si volens 6. & l. interrogatam 24 C. eod. Quibus ex locis manifestum evadit: nullam conventionem, nullumque pactum valere, quo aliquis se faciat servum. At si quis in perpe- 38
tuum se obliget: isthæc obligatio instar servitutis se habet, l. 2. ff. de homine libero exhibend. ubi Vennl. ... non multum à specie servientium differre, quibus in ultas non datur recedendi. Atque ita sentiunt I verius Glossator, Petrus de Bella pert. Dynus. Cynus, Jacobus de Arena, & Albericus de Rosat. quos refert & approbat Sichardus ad rubr. C. de locato n. 6. & 9. item noviter Boxerus d. class.2.disp.4. th.21. nec non Schegk in delibatis jur. disput. 18. th. 50. Quanquam contrarium commun Dd. calculo receptum fateantur Christophorus Porc. in princ. f. de usufruct. Angel. Aretin. in §. ususfructus nu. 1. eod. tit. Didac. Covarruvias in tract. de sponsalib. 2. part. c. 7. n.5. Emanuel Soarez in thesauro receptar. sentent. lit. o. n. 16.& Matthias Colerus in tract. de processib. execut. part. 1. c.9. n. 27. Sanè & hoc plerisque placuit: locantem o- 39
peras suas debere operari suis sumptibus: & conducentē Officialem, Medicum, Advocatum, Procuratorem, Notarium & similes, teneri eis ad victum. etiam in eundo & redeundo. item pro equis & famulis. Bartol. Jason & Angel. in l. si non sortem 26. § libertus 12. ff. de condict. indebit. Vincent. Caroc. in tract. locat. & conduct. part.2. tit. de sumptib. in operando n.1. & 2. p. 117. Cæterum an & quatenus nobilis operas rusticorum, quibus ipse non indiget, aliis locare & delegare possit, eleganter, post alios, explicat Matthias Berlichius decis. aur. 67.p.222. & seqq. Illud quoque hic obiter admonendum: quòd appella- 40
tione locationis & conductionis, veluti emptionis & venditionis, promiscuè juris auctores utantur, adeòque unus verbi appellatione totum contractum comprehendant, propter relationem, l. & ideo 23. ff. locati l. multum interest. 19. ff. de hered. vel act. vend. Eginar. Baro & Heigius hi. n. 5. Connan. lib.7. Commentar. juris civil. c. 6. n. 2. & c. 11. n. 1. Pinel. in l. 2. de rescin l. vendit. part. 1. cap. 2. n. 3. Petrus Augustinus Morla in Emporio utriusque jur. part. 1. tit.10. de locato & conducto in præmissis nu. 3.

His ita præmissis & expositis, nunc ad enarrationem 41
hujus principii est transeundum: in quo Justinianus locationem & conductionem proximam esse emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistere, ex Cajo Jurisconsulto ostendit, l.2. in princ. ff. locati. Quemadmo- 42
dum enim emptio & venditio conventione precii contrahitur: ita etiam locatio & conductio conventione mercedis (quæ subinde precium quoque appellatur, l. ult. §. ult. ff ad leg. Rhod. de jact. l.quod si 28. §. idem jur. l. eâ lege 51. §.1. l. insulam 58. in princ. ff. locati l. si quis ante 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess.) perficitur: adeò quidem, ut locator actione locati, conductor verò conducti agere possit. Locati igitur actio locatori, ejusque heredi, 43
adversus conductorem, ejusque heredem competit, hic & l. viam veritatis 10. l. si hi, qui 14. l. cum conductorem 29. C. de locato, ad hoc maximè; tum ut merces, unà cum usuris post moram, solvatur, l. 2. ff. in quib. caus. pig. vel hypothec. tacit. contrah. l. quæro 54. ff. locati l. præses 17. C.eod. l. mora 32. §. in bonæ fidei 2. & l. videamus 38. §. 1. ff. de usur. tum ut, exacto locationis tempore, res conducta non deterior reddatur, l. videamus 11.§. 2.ff. locati. vel deterior facta reficiatur, d.l.cùm conductorem 29. C. d. t. atque adeò omnia damna, quæ conductoris culpâ rei locatæ obtigère, refundantur, l. si quis domum 9. §. si colonis 3. d. l.videamus §. 1. l. si merces 25. §. conductor. 3. cum §. seq. l. si vulneraveris 43. & l. cùm in plures 60. §. servum 7. ff. locati.

Quæstio hoc loco quotidiana moveri potest: Num e- 44
quus conductus præsumatur in dubio esse mortuus conductoris culpâ, an verò morte naturali, sicque casu fortuito? Et communis Dd. conclusio est: semper præsumendum

versatus est, bonamque fidem fregit, præter restitutionem damni, puniri debet. Ac sanè eum hoc casu per ipsum conductorem steterit, quò minus conditio contractûs fuerit adimpleta, perinde habetur, ac si adimpleta fuisset, *arg. l. si pec. 5. ff. de condict. causa dat. causa non sec.* Atque ita tradunt *Cynus, Baldus, Salicet. & Sichard. in d. l. æde. 3. C. de locato. Fürstl. Würtemb. alt Landrecht, p. 214. §. Es ist auch im ersten, &c. erneuert Landrecht, d. part. 2. tit. 17. pag. 298. §. So begibts sich. ad finem. Dn. Bocer. d. class. 2. Disput. 4. th. 38. Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 5. lit. A. & ibi Bachovius in suis not. pag. 1115. itemque Hunnius quæst. 14. pag. 1768.*

71 Sed & conductorem, ob non solutam etiam unius anni pensionem, statim ex domo conducta expelli posse, probabiliter comprobatur *per d. l. æde. 3. C. de locato.* ubi habetur, conductorem durante locatione expelli non posse æde conducta, si domino pensionem in solidum solvit. Ergo argumento à contrario sensu sumpto, si pen-
72 sionem etiam unius anni non solvit, expelli potest. Sermo namque simpliciter prolatus, de primo actu intelligitur, id est, unico actu perficitur, consumitur, atque finitur, *arg. l. boves 89. §. 1. ff. de verb. sign. Jason in l. duobus* [illegible]. *§. si ei, qui ff. de jurejur. Felin. in c. 2. ext. de treuga & pace. Tiraquell. in peculiari repetitione dicti §. 1. quam inscripsit Tractatum in l. boves §. hoc sermone ff. de verb. sign. eosque referens D. Gæddeus ad d. l. boves 89. §.*
73 *1. ff. eod. tit.* Idque adeò procedit; ut, licèt pactum de conductore non expellendo, in locationis contractu adjectum sit: nihilominus tamen, si pensioni non satisfaciat: expelli possit: quia semper hæc conditio, in pacto isthoc locationi adjecto, tacitè subintelligitur: si pensioni conductor debito tempore paruerit, *l. 2. ff. si ager vectigalis, &c. d. l. quæro 54. §. 1. ibique Gothofred. ff. locat.*
74 Quæ lex nostræ opinioni non repugnat, dum statuere videtur, tum demum conductorem beitè expelli posse, si biennio continuo pensionem non solverit. Quod enim de biennii tempore illic asseritur, non ad legis decisionem, sed ad facti narrationem pertinet, ex quâ nihil concludi posse, notissimum est. *Accurs. in l. un. ad verb. quotiens in vers. vel dic tertiò &c. C. quando non petentium*
75 *partes petentib. accrescunt.* Siquidem & aliàs dici solet; enunciativa verba neutiquam disponere, *arg. l. ex his verbis 7. C. de testamento militis Coras. ad l. 2. n. 2. C. de jure emphyteut.*

76 Sic quoque non refragatur *prædicta l. cùm domini 56. ff. locati.* ubi traditur; quòd, si biennii spacio conductor non satisfaciat pensionibus; tunc possit dominus pro securitate pensionis domum conductam aperire, & per Notarios describere, quæ ibi reperiuntur. Nam istic non fit post biennium expulsio; sed bona absentis, & per biennium non apparentis conductoris, per publi-
77 cas personas sive Notarios describuntur. Quod utique non citò, nec temerè fieri debet: cùm detegere res alienas & secreta patrimonii alterius pandere, valde durum, inhumanum & odiosum sit, *l. 2. vers. quid enim tam durum, &c. C. quando & quib. quarta pars debetur, &c. l. ibi, ne secreta patrimonii, &c. C. de aliment. pupillo præstand. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controversiar. assert. 73.*

78 Tandem & illud hic subjiciendum; quòd colonus vel inquilinus, qui rem habet conductam per multos annos, etiamsi dubitetur an ipse solverit pensionem elapso tempori debitam, si ipse ostenderit, se solvisse tribus proximis annis, habeat suam intentionem fundatam, quòd scilicet retrò solvisse præsumatur: dummodo solutio facta fuerit tribus annis continuis, ac tribus solutionibus distinctis, unoquoque anno factis, *l. quicunque 3. ubi Bald. C. de apochis publicis, &c. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 139. Mascardus de probationib. conclus. 603. vol. 2. Augustinus Morla in d. Emporio juris part. 1. tit. 20. de locato, in præmissis num. 36. & alii, ab iis magno numero designati.* Sed & illud addendum: quòd conductori liceat res, quas ipse conduxit, alteri locare: modò alter non fuerit deductum in pactum cum primo locatore: & modò primus locator non patiatur damnum, *l. nemo. 6. C. de locato.* Enim verò secundus conductor tenetur pensionem solvere non primo, sed secundo locatori, cum quo contractum iniit. Idque fusius, *post Carocium, part. 2. quæst. 15. Tuscum tom. 5. concl. 413. Hectorem Felicium de societat. C. 28. & alios,* explicat Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & restitut. disp. 3. quæst. 7. punct. 1. n. 4. p. 556.*

Conducti actio datur conductori, *l. ex conducto 15. in* 79
princip. ff. locati. ejusque heredi, *l. sed addes 19. §. ex conducto 8. ff. eod.* adversus locatorem, ad hoc potissimùm; ut sibi re conductâ uti frui licere præstet, aut interesse solvat, *l. si tibi alienam 7. cum 2. ll. seqq. d. l. ex conducto 15. §. 1. l. si in lege 24. §. colonus 4. l. si fundus 33. & passim. ff. locati. Jul. Pac. cent. 3. ἐναντιοφανῶν. q. 16. Mynsinger. hic nu. 5.* ut domum locis necessariis reficiat, vel mercedem pro ratâ temporis, quo ædibus commodè uti conductor nequit, remittat, *d. l. ex conducto 15. §. 1. & l. habitatores 27. ff. locat. ibique in paratit. Wesenbec. num. 26.* ut damna locatæ rei vitio contracta refundat: si modò vitium illud sciri potuerit, vel res tanquam ab artifice locata sit (ut si vas vitiosum à viatore locetur) atque ita sciri vitium debuerit. Secus est, si lateat vitium, ita ut prudentissimum fallat: nec in illâ locandâ artificium suum quasi rei bonæ & integræ locator profiteatur: ut si ager conductus herbas noxias ferat, *l. sed addes 19. §. 1. ff. locati. l. in judicio 28. Cod. eod. Wesenbec. d. loco, Treutler. Disput. 29. vol. 1. th. 7. lit. c. Oldendorp. class. 4. actionum forens. act. 9.* Item experitur conductor hac 80
actione adversus locatorem: ut ob rei locatæ interitum, sterilitatem, vimque majorem, mercedem vel in totum; vel pro parte remittat. Et sane, si, locatione & conductione ritè perfectâ, res conducta tota fortè incendio vel terræ motu perierit, aut publicata sit, ut eâ frui vel uti conductor non potuerit: pro ratâ temporis, quo rei fructus ususve cessavit, merces conductori remitti, & si fuerit soluta; restitui debet. Sin rei duntaxat pars sit amissa: & pro ratâ temporis, & pro illâ tantum parte amissâ, quâ frui vel uti conductor non potuit, mercedis remissio & exoneratio fieri debet, *l. si quis domum 9. §. 1. in fin. d. l. ex conducto 15. §. cùm quidam 3. d. l. si fundus 33. & l. Marcius 59. ff. locati. Gail. lib. 2. obs. 23. n. 23. & seq.* Similiter si non ipsa res conducta casum adversum passa sit: sed sterilitas, vel aliud damnum haud modicum in fructibus contigerit: ut si vis fluminum, graculorum, sturnorum, hostium, vel quid simile acciderit: damnum domini est, non coloni: ne suprà damnum seminis amissi, mercedes fundi præstare cogatur, *d. l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis 2. & §. ubicunque 7. l. si merces 25. §. vis major 6. ff. locati l. licet 8. C. eod. c. propter sterilitatem 3. ext. h. tit.* Et eâ de re abundantius agunt *Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c. 3. num. 23. Didac. Covarruv. tom. 2. practicar. quæst. c. 30. nu. 1. Menoch. lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 1. cas. 76. & 77. Mozz. in tractat. de locat. & conduct. cap. de accidentalibus locat. num. 8. cum seqq. Pansckmann. in suis quæst. circa materiam locat. quæst. 1. & seqq. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 71. Josephus Ludovicus lib. 1. conclusionum. concl. 12. Vincent. Caroc. d. tract. locati & conduct. part. 3. tit. de remissione mercedis. p. 330. cum seqq. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 76. nu. 14. cum seqq. pag. 262. Johan. Garsia in tr. de expens. & meliorat. cap. 15. Anton. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 18. Sebastian. Medic. in tr. de casib. fortuit. 2. part. qu. 10. num. 39. Petr. Augustin. Morla in d. Emporio jur. part. 1. titul. 10. qu. 1. n. 6. & seqq. Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disput. 29. qu. 23. p. 1780. & seqq. novissimè Breitschwerdt in tr. de casibus fortuit. cap. 8. sect. 5. & seqq.* Etsi verò propter 81
causas prædictas, & similes, mercedis remissionem, & exonerationem locator conductori præstare tenetur: attamen si alio quodam sequente anno, immodica & solito major ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur: etiam pro eo anno, qui sterilis fuit, integra pensio exigi poterit, *d. l. ex conducto 15. §. si uno anno 4. ff. locati. d. l. licet 8. & l. excepto 18. C. eod. ibique Azo in sua summa num. 33. d. cap. propter sterilitatem ext. d. tit.*

Bocer.

Digitized by Google

Bocer. d. class.2. disp. 4. th. 70. Gomez. loco paulò ante notato. Doctor Marta tom. 3. digestorum novissimorum tit.
82 *remissio mercedis cap. 1. fol.* 289. De eo (quod & suprà
leviter attigi *num.* 48.) sæpiusculè dubitatum memini:
an inquilinus ob pestem grassantem emigrare possit, ita
ut pensionem integram solvere non teneatur? Et Andreas Gail. *dicto lib. 2. observ. 23. nu. 7.* (relatis atque
rejectis aliorum diversis opinionibus, *Baldi in d. l. licet 8. n. 5. C. de locato, Panormitani in d. c. propter sterilitatem 3. nu. 8. ext. eod. Socini Senioris cons. 44. n. 4. vol. 1. & Bertachini in tract. gabellarum part.2. n. 25.*) hoc modo
distinguendum existimat: Aut pestis in loco contractûs
brevi tempore durat, putà per aliquot tantùm menses:
aut est diuturna unius vel plurium annorum, & in vici-
83 niâ domûs conductæ pestilentium grassatur. Primo casu
non datur remissio pensionis, si colonus sive inquilinus
emigrâris: altero verò datur. Hujusque ratio est: quia
merces datur pro rei usu. Si igitur inquilinus re conductâ, tanto tempore, absque suâ culpâ uti non potest: iniquum foret, cum & rei usu carere, & integram persolvere pensionem debere. Eâdem de re consulantur quoque
Joan. Francisc. à Ripa in tract. de privileg. contract. caus. pest. num. 22. Alex. cons. 107. vol.3. Arnold. Ferronus in consuet. Burdegalensib. c.8. §.3. Petrus Nicol. Moz. d. tr. de locat. c.de accidentalib. locat. num. 6. Covarr. d. tom. 2. pract. quæst. c. 30. Antonius de Gamma decis. Lusit. 73. fol. 68. Valascus d. tract. de jur. emphyt. qu. 27. nu. 2. & alii, ab illis allegati. Cæterum de illhoc, & similibus
casibus jus nostrum renovatum Würtembergicum ita
disponit, *d. part. 2. tit. 17. p. 298. Hingegen, i. e. Ex adverso, quanquam nemo facile à conductione recedere priùs queat, quàm exierit dies; tamen conductori ante diem recedere tum licebit, ubi periculum erit ne ædes conductæ ruant; aut cùm aliud quid periculi imminebit, veluti cum ingruente pestilentiâ, bello, calamitate, quæ conductor ab initio ignoraverit, ei prædium deserere necesse fuerit. Si id, aut simile quid eveniat (de quo judicis arbitrium esto) tum liceat inquilino ex ædibus ante diem recedere; nec tenetur pensionem ultra id tempus præstare, per quod ædibus usus est.*

84 Sed & eo casu conductor, quo in domo conductâ teтris imaginibus, nocturnis illusionibus & tumultibus inquietatur justam emigrandi causam habet; ita ut ex eo
tempore, quo hujusmodi tumultus excitati & spectra visa sunt, à præstatione pensionis liberetur. Hujusque ratio manifesta est: quia cùm sine conductoris culpa non
liceat ipsi ædibus conductis tutò uti: æquitati haud consonum esset, ab ipso integram pensionem exigi: cùm pro
85 usu rei præstari pensio soleat. Ita decidit Didacus Covarruv. *lib. 4. variar. resol. c.6.* cumque laudans Treutler. *d. vol. 1. disput. 29. th. 5. lit. B.* ibique Hunnius *in suis resolut. p.* 1769. Porrò, prædictis casibus advenientibus, conductor emigrare volens, necesse habet domino id denunciare, domum evacuare, claves restituere,
vel ritè deponere & protestari: ut *post alios*, tradidit
Vincent. Carocius *d. tract. locati & conduct. part. 3. t. de*
86 *remission. mercedis num. 47. & 51. p. 309.* Denique agit
conductor contra locatorem, ad hoc, ut impensas tum
necessarias, tum utiles, in rem locatam factas restituat;
aut conductorem, (ne ipsi suum officium sit detrimentosum) tollere eas patiatur, *dict. l. si quis domum 9. §. 1. vers. idem quærit. dict. l. sed addes 19. §. si inquilinus 5. l. dominus horreorum 55. §. 1. l. cùm in plures 60. §. vehiculum 8. cum l. seq. in pr. ff. locati Cujac. lib. 10. observ. c. 4. in fine. Cancerius part. 3. var. resolut. jur. cap.*
87 *6. nu. 80. fol.* 151. Hinc vehementer controvertitur:
annè conductor sumptus, in rem conductam fructuum
colligendorum causa factos, repetere à locatore possit,
quando ad perpetuam rei utilitatem facti sunt? Et (nil
remorante negativâ opinatione Pauli de Castro, *in consil. 270. lib.2.*) affirmantium sententia verissima videtur.
Etenim conductor repetere potest sumptus, qui cedunt in
perpetuam utilitatem rei conductæ. *d.l. dominus horreorum.55.§.1. & l. colonus.61. in princ.ff. locati.* Atqui tales sunt sumptus, de quibus hic agitur. Igitur conductor
eos repetere poterit. Et ita docent *Ruinus consil.135.l.3. Rolandus à Valle consil 28.lib.1. hosque referens Fachinæus lib. 1. controversiar. jur. cap. 85. & noviter Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 7. qu. 22. p.1779.*

Non infringit hanc sententiam, quòd sumptus illi, de 88
quibus nunc quæritur, facti sint colligendorum fructuum
gratiâ: & ideò conductori restitui non debeant, *arg. l. sumptus 48. ff. de rei vindicat. & l. fructus 7. (aliàs l. divortio) §. impendia 16. ff. soluto matrimon.* Hoc quippe
intelligendum est de iis sumptibus, qui solummodo fiunt in fructuum perceptionem, veluti in arandum, serendum, & similia: non verò de illis sumptibus, qui
simul spectant ad perpetuam rei utilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque ita sunt necessarii.

Sic quoque non obstat, quòd conductor sit obligatus 89
ad omnia ea facienda, quæ pertinent ad utilitatem &
culturam agri *l. si merces 25.§. conductor. 3.ff. locati. Falsum* namque est, conductorem obligatum esse ad ejusmodi sumptus faciendos. Licèt enim agrum colere te- 90
neatur: non tamen ad sumptus ingentes faciendos, quibus ille longè melior & pretiosior reddatur, adstringitur.

Similiter non adversatur, quòd conductor ipse uberiores fructus percipiat, si istiusmodi sumptus, qui ad perpetuam rei locatæ utilitatem pertinent, in rem conductam faciat, *arg. l. 1. §. ult. ff. de aquâ, & aqua pluv. arcenda.* Nam ratio habenda non est ejus utilitatis &
commodi, quod conductor percipit occasione sumptuum, ad perpetuam utilitatem rei conductæ factorum:
quia hoc commodum temporaneum est, & non perpetuum. Et si ratio ejus habenda esset: nunquam ejusmodi sumptus repeterentur, quia nunquam ferè accidere potest, ut res locata melior & pretiosior reddita,
majora commoda & emolumenta non afferat: & tamen
certum est, hujuscemodi sumptus repeti posse: quoniam ipsa æquitas suadet, ut locator, qui ex illis perpetuam utilitatem percepturus est, locupletior non efficiatur cum detrimento & jacturâ conductoris: & consequenter onus illud refundendorum sumptuum ipsi
conductori, sustineat, *l. secundùm naturam 10. ff. de reg. jur. Fachin. & Hunn. locis prææallegatis.*

Pro complemento hujus loci quæri poterit: quis col- 91
lectas & tributa solvere teneatur, locatorнè, an verò
conductor? Et cùm certum sit, tributa, census & collectas ab iis solvi debere, qui rem jure proprio possident:
rectè concluditur; locatorem qui solus possidet, teneri,
& obligatum esse ad solvendas collectas & tributa, non
autem conductorem, *arg. l. 2. C. de annonis & tribut. l. Imperatores 7. ff. de publicanis & vectigal. l. hi, penes quos 4. ibique Bart. C. de agricol. & censit. Alex. consil. 35. n. 1. vol. 4. Jason in l. fructus 7. n. 14. ff. soluto matrim. & in l. 1. nu. 30. & 32. C. de jur. emphyt. Natt. consil. 409. numero 3. & seq. Bolog. consil. 54. Bellon. consil. 27. n. 9. & 10. Paris. consil. 25. nu. 10. vol. 1. quos citat, & sequitur Augustinus Morla prædicta part. 1. Emporii jur. t. 10. in præmissis nu. 37. Quibus adjiciendus est Acacius Antonius de Ripoll. var. jur. resol. d. cap. 12. n. 255. fol. 400. ubi plures refert.* Tametsi conductorem ad longum
tempus, ad collectas & tributa (ad instar emphyteutæ,
de quo infrà § 3. num. 392. & seqq.) teneri, post alios,
quos citat, existimet Alvarus Valascus *in tract. de jur. emphyt. quæst. 17. nu. 26. & seq.* item Vincent. Caroc.
in tr. locati & conduct. part. 2. tit. de collectis nu. 7. pag. 134. & Caspar Klock *in tract. nomico-polit. de contribut. c. 11. num. 164. cum seqq. fol. 238. & seqq. ubi pluribus id declarat.* Vide quoque aliter sentientem D. Besoldum
& Coburgerum *in disput. inaugurali, de expensis conclus. 75. ubi pro se allegans Gars. de expens. & melior. c. 14. n. 18. & Pinel. in l. 1. C de bonis matern. part. 2. n. 72. in ampliat. 10.* Vide item Doctorem Martam *tom. 4. digest. novissimor. tit. collect. c.14. & seq.* Vide denique Dn.
Bocerum, qui relatis & refutatis variis Interpretum opinionibus, rationibus non contemnendis concludit:
nullum regulariter conductorem, ad contributionum
sive collectarum onus sustinendum, jure cogi posse, *in tract. de jure collectarum cap. 10. nu. 18. & seqq. p. 139. cum multis seqq.* Addenda quoque illa est quotidiana &
utilis quæstio: Quis pedagium solvere debeat; conductor,

Digitized by Google

ctor, vel locator? Et ita quidam distinguunt: Aut ex capitulis publicanorum sunt distincta pedagia, quae imponuntur animalibus portantibus, & rebus portatis: & tunc dominus muli vel navis solvet pro navi vel mulo, & dominus de rebus portatis. Aut verò non sunt distincta pedagia; sed vectigal solvendum est pro summâ portata super animali: & tunc dominus rei in solidum tenetur, *l. cùm in plures 60. §. vehiculum 8. ff. locati conducti Bald. in l. acceptam 19. in quaest. 15. C. de usur. Imol. in c. indicante 4. col. 3. de testament. eosque referens Cavocius d. part. 2. tit. de vectigalibus p. 136.*

§. Et quae suprà diximus. 1.

Et quae suprà diximus, si alieno arbitrio precium permissum fuerit: eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quâ de causa si fulloni polienda, curandave, ac sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constitutâ, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio praescriptis verbis datur.

SUMMARIA.

1 *Ut in emptione certum precium, ita in locatione certa merces constitui debet.*
2 *Actio praescriptis verbis ex quo contractu detur.*
3 *Quatuor contractuum innominatorum genera.*
4 *Plura sunt negocia, quàm vocabula.*
5 *Actiones, ex innominatis contractibus nascentes, quibus nominibus designentur.*
6 *Cur illae appellentur utiles in factum, & praescriptis verbis.*
7 *Actiones ordinariae sive directae olim non integris verbis, sed notis tantùm in albo Praetoris proponebantur: actiones verò praescriptis verbis plenis & integris verbis à Praetore dabantur.*
8 *Hujus diversitatis ratio.*
9 *Locatio nunquid uno nummo fieri possit.*
10 *Unus nummus precio opponitur.*
11 *Explicatur. l. si usufructus 66. ff. de jure dot.*
12 *Perfecto locationis contractu, merces remitti potest.*

1 UT in emptione & venditione precium debet esse certum: nec subsistit emptio & venditio hoc modo facta, quanti Titius rem aestimaverit sive arbitratus fuerit, Titio precium non definiente: ita in locatione & conductione certa merces debet constitui; nec valet locatio & conductio, mercede in arbitrium Titii collatâ, Titio mercedem non statuente, §. *sed & certum 1. s. titul. proximo l. si merces 25. in princ. ff. locat. l. ult. C. de contrah. empt. & hoc §. nostro.* Quare si fulloni polienda vestimenta, vel sarcinatori sarcienda, nullâ certâ mercede statim constituta, dedero: locatio & conductio non e-
2 rit. Verùm quia negocium civile inter nos gestum est, re traditâ, acceptaque poliendâ, pro pactione nudâ non habetur, sed est contractus, qui proprio nomine caret, ex quo datur actio in factum seu praescriptis verbis, *l. juris gentium 7. §. 2. ff. de pact. l. si tibi polienda 22. ff. de praescriptis verbis.* Ubi eleganter Cajus sic distinguit: ut, si gratis vestimenta polienda dederim, contractus
3 sit mandati: si mercede, si quidem protinus datâ, aut constitutâ, sit locatio: si vero postea constituendâ mercede, sit contractus innominatus; hoc est, talis contractus, qui proprium & legitimum nomen non habet. Et hujusmodi innominati contractus ad quatuor tantùm rediguntur genera: do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, *l. natur. 5. ff. de praescriptis*
4 *verb. &c. & expositum est s. in §. 1. tit. de obl.* Cur autem hi contractus proprium ac certum nomen non habeant, sed circumscribantur, haec est ratio: quia naturâ rerum conditum est, & inductum; ut plura sint negocia, quàm vocabula, auctore Ulpiano *in l. natu-*
5 *ra 4. ff. de praescriptis verb. &c.* Sanè actiones quoque, quae ex innominatis sive incertis his contractibus nascuntur, nomine proprio vacant: & communi omnes vocabulo trifariam appellantur: actiones utiles, *l. cùm mata 6. in fin. C. de transact. l. 1. C. de pact. conventis l. quoties 3. C. de donation. quae sub modo, &c.* in factum *l. 1. §. 1. & §. ult. l. si tibi rem 13. in princ. l. duo 23. ff. de praescript. verb. l. 1. §. 1. ff. de rer. permutat.* & praescriptis verbis *l. 2. d. l. 5. §. 2. l. 7. l. 8. & passim ff. de praescriptis*
verbis, & in factum actionib. Et utiles quidem ideo nun- 6
cupantur: quia ad exemplum directarum, id est, nominatarum & usitatarum actionum comparatae sunt *l. 1. C. de rerum permut. D. Bocer. class. 1. Disp. 14. th. 29. ad lit. b. ed. 1. idque latiùs explicabitur ad §. ult. infr. de lege Aquil.* In factum verò dicuntur: quia ex facto ipso, & pro ratione novae conventionis verba concipiebantur: & denique factum ipsum Praetori exponebatur. *Hotoman. hîc enunciat 4. Cujac. ad d. l. juris gent. 7. ff. de pact.* Ra- 7
tio porrò, cur eaedem actiones etiam vocitentur praescriptis verbis, haec probabiliter reddi poterit: quòd actori per integra verba, non ut directae per notas, à Praetore praescriberentur. Explotatum enim est, olim actiones ordinarias sive directas, id est, ex contractibus nominatis seu certis, in albo Praetoris non integris verbis, sed notis tantum fuisse propositas. Verbi gratiâ: A. T. M. D. O. hoc est: ajo, te mihi dare oportere: quae est formula actionis in personam. Contrà igitur actiones, quae non notis, sed plenis & integris verbis à Praetore dabantur & praescribebantur, actiones praescriptis verbis sunt
nominatae. Caeterùm rationem, cur hae integris verbis, 8
illae notis praescriberentur, hanc fuisse non ineptè forsan quis existimaverit: quod illae, utpote pervulgatae, usitatae, solennes & ordinariae, ex litera sive notâ statim cognitae essent: hae verò, ut incertae, non nisi ex facto, & apertâ atque dilucida verborum praescriptione cognosci possent. *Illarum notarum reliquias videre est apud Valerium Probum & Petrum Diaconum in libell. de notis Romanor.* Eadem de re videatur Gothofred. *ad Rubr. tit. ff. de praescript. verbis, &c. & Ritterhusius hîc p. 479.*
Cùm autem ex hoc §. indubitatè constet; sine certa mer- 9
cede locationem & conductionem non contrahi: manifestum inde fit, eandem uno nummo factam, locationem non esse: sed imaginem tantùm quandam locationis habere, & donationis instar inducere, *l. si quis conduxerit*
46. locati. Unus siquidem nummus mercedi sive precio 10
opponitur, *l. si quis ante 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt.*
possess. Nec refragatur *l. si usufructus 66. ff. de jure dot.* 11
ubi dicitur, usumfructum mulieri uno nummo locari vel vendi posse à marito. Nam actus illi imaginarii tùnc admittuntur, cùm id hominum utilitas exigit; ad quam omnia referenda sunt, quaecunque jure & legibus continentur. Atqui *in d. l. 66.* summa utilitas versatur. In ea enim quaeritur de usufructu restituendo, qui datus est in dotem marito ab extraneo. Difficilis est ratio hujus restitutionis: quoniam nec domino proprietatis, nec mulieri cedi potest. Non domino: propterea quòd marito usumfructum in dotem dedit; atque ideò & jus doti tributum, ut videlicet soluto matrimonio mulieri illa restituatur, intervertere nequit. Non mulieri; quia proprietaria non est: atque hinc petere non potest restitutionem ususfructûs: quippe qui simul ac finitus est, non nisi ad dominum proprietatis revertitur, §. *ult. s. de usufruct.* Ne itaque regulae sibi invicem hoc casu obstent: necessitate ad hanc imaginariam locationem sive venditionem recursum est. Siquidem interventus nummi facit; ut maritus magis commoditatem fructuum percipiendorum, quàm istum usumfructum transtulisse videatur: & sic ususfructus non secus reputatur, ac si eum maritus post divortium retineret, *l. arborib. 12. §. usufructuarius ff. de usufruct. Duarenus ad d. l. si quis ante 10. ff. de acquir. vel amitt. possess. propè finem Arumaeus Exercitat. Justin. 14. thes. 1. Paulus Berens. disput. 11. ad Institut. them. 2. quaest. 1. Hunn. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 3. p. 1078. pluresque alii, relati ad princip. tit. supr. de empt. & vendit. nu. 64.* Verùm quatenus in locatione merces uno nummo constituatur, uberiùs explanabimus
in §. adeò 3. inf. hoc tit. n. 246. Porrò nihil impedit, quò 12
minus, perfecto hoc locationis contractu, merces mox remitti possit: nec ob id contractus vitiatur, *l. si tibi habitationem 5. ff. locati conducti.*

§. Prae-

§. *Præterea.* 2.

Præterea ſicut vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur: ita quæri ſolebat de locatione & conductione, ſi fortè rem aliquam utendam ſive fruendam tibi aliquis dederit: & invicem à te utendam ſive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non eſſe locationem & conductionem, ſed proprium genus contractus: veluti, ſi cùm unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unum, placuerit inter eos; ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit: neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio quia non fuit commodatum gratuitum: verùm præſcriptis verbis agendum eſt.

SUMMARIA.

1 *Quemadmodum emptio non [illegible] contrahitur, ſic nec locatio.*
2 *Commodatum debet eſſe gratuitum.*
3 *Utrum merces in locatione duntaxat in pecunia numerata, an verò in quavis re fungibili [illegible] poſſit.*
4 *Examinatur & [illegible] l. ſi olei. [illegible] C. de locato.*
5 *Pœnitentia in contractu innom[illegible] locum habet.*
6 *Emptio & locatio quatenus [illegible] regulis definiantur.*
7 *In quibus emptio & locatio differant.*
8 *In locatione an & quatenus dominium tranſeat ad conductorem.*
9 *Periculum rei venditæ [illegible] ad emptorem ſpectat: rei locatæ periculum ad conductorem non item.*
10 *Quatenus venditor rem venditam [illegible] emptori tradere teneatur.*
11 *Quædam locari, non autem [illegible]: & contra.*
12 *Conſideratio l. [illegible] ſi quis ſervum [illegible] depoſiti.*
13 *Pecuniæ appellatione quid contineatur.*
14 *Senſus & [illegible] l. [illegible] ff. de præſcript. verbis.*
15 *Conſideratio l. [illegible] ff. de præſcript. verb.*
16 *Inſtantia occurritur.*
17 *An, ſi aliquis mulierem vehendam navi conduxiſſet, deinde in navi infans ex eâ natus ſit [illegible], pro [illegible] illius pueri, ſpeciatim [illegible].*

1 Sicut emptio non rebus ſive rerum permutatione contrahitur, ſic nec locatio: & velut ibi aliud merx eſt, aliud precium; ita hic aliud rem locatam, aliud mercedem eſſe convenit, *l. 1. ff. de rer. permutat.* In facti autem contingentia, cujus Juſtinianus hic meminit, locati actio ideo non competit: quia certa merces non eſt conſtituta, ſed permutatus rerum uſus: neque etiam commodati agi poteſt; quoniam commodatum gratuitum eſſe debet. *§. item is, cui res aliqua 2. in [illegible] f. 4. [illegible] re contrah. oblig.*
2 At propoſitum negocium non eſt gratuitum. Neque enim ego tibi gratis meum commodavi bovem per decem dies, ſed eâ lege, ut tuum mihi bovem decem dies viciſſim commodares. Tu ſi ſimiliter non commodaſti mihi tuum bovem gratis: ſed propterea id feciſti, quòd ego jam ante tibi meum bovem eâ lege commodavi, ut mihi tuum viciſſim commodares. Cum ergò deficiant hic vulgaria & uſitata actionum nomina: ſi bos apud alterum culpâ alterius perierit, præſcriptis verbis experiendum erit, *l. 1. 2. 3. & l. ſi gratuitam 17. §. ſi cùm unum 3. ff. de præſcriptis verbis, &c.*

3 Etſi verò mercedem in locatione plerique Doctores in pecuniâ tantùm numeratâ, ut precium in emptione, conſiſtere debere opinantur: *Accurſius, Bartol. & alii in l. 1. §. ſi quis ſervum. ff. depoſiti. & in l. naturalis 5. §. [illegible] do. ff. de præſcript. verb. & in l. ſi olei 21. C. de locato. Gomez. tom. 2. var. reſol. c. 3. n. 3. Mozzius in tr. de loc. & conduct. tit. de ſubſtantial. loc. & conduct. nu. 13. Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad facti præſtat. & rei relax. verb. florenos. n. 2. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 6. p. 152. n. 50. & de præſcript. verb. c. [illegible] Fachin. lib. 1. controverſ. jur. c. 82. Balduinus Kling. Schneidew. Mynſinger. Equinarius Baro, Giphanius, Schilbock, Marcilius. Thadæus Piſo, Wolfius, & alii in hoc §. noſtro. Oldendorp. in progymnaſmat. act. forenſ. claſſ. 4. act. 11. Timæus Faber diſp. anniverſar 24. ad Inſtit. Imper. th. 6. D. Beſold. in delibat. jur. ex lib. 19. ff. q. 3. p. 29. Maulius in tract. de loc. conduct. tit. 3. n. 6. Juſtin. Schütz exercit. jur. diſp. 16. th. 12. lit. C. p. 251. cum ſeq. Arumæus Exercitat. Juſtin. 14. th. 10. Forſterus lib. 3. Diſp. 18. th. 8. Locamer, quæſt. juridic. faſcic. 39. quæſt. 2. Schroterus decad. 8. diatrib. domeſticar. q. 4. Bachovius hic nu. 1. p. 807. & in fine not. ad vol. 1. Treutler. diſput. 29. theſ. 5. lit. g. p. 1109. & mi[illegible] nius quæſt. 12. pag. 1761. cum ſeqq. itemque lib. [illegible] reſolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæſt. 2. p. 1119. cum ſeqq. & in hoc §. noſtro:* ego tamen cum Neotericis nonnullis putarim verius eſſe: mercedem non ſolum in numeratâ pecuniâ, ſed in quavis etiam re aliâ fungibili (quæ ſcilicet pondere, numero, menſurave conſtat) conſiſtere poſſe. Hæcque ſententia primò probatur *ex l. & hæc diſtinctio [illegible] locati.* Ex cujus legis finalibus verbis apertè colligitur, etiam conductionem eſſe, quando fructus mercedis causâ præſtentur. Deinde *ex l. licèt. 8. C. de locato*, ubi verba illa, *certis annuis quantitatibus*, in plurali numero poſita perſpicuè oſtendunt: mercedem non ſolum in pecuniâ numeratâ, ſed aliâ qualibet quantitate conſtitui poſſe. Tum *ex d. l. ſi olei. 21. C. eod.* ubi 4
certa menſura olei pro mercede eſt conſtituta, & nihilo tamen minùs locatio contracta eſſe dicitur. Idque neceſſariò ex illis evincitur verbis, quibus affirmatur, conventionem iſtam bonæ fidei eſſe. Non poteſt autem eſſe bonæ fidei, ſi eſt contractus innominatus, do ut des: ut Dd. vulgò, ſed malè, ſentiunt. Sequitur ergo, nominatum eſſe contractum; adeòque id genus conventionis ad locationem referendum eſſe. Quod evidenter etiam arguunt illa legis verba, *ſi locaſti*: ut taceam, id omnino [illegible] titulum, ſub quo lex eſt collocata, qui *de locato* inſcribitur. Sed & in eadem lege reſcribitur: non poſſe ampliùs ab eo contractu recedi. Quod rurſus argumentum præbet certiſſimum; conventionem illam contractum nominatum, & conſequenter veram locationem eſſe. Si enim contractus eſſet innominatus: pœniten- 5
tia locum haberet, re adhuc integra, *juxta l. ſi pecuniam 5. ff. de condict. cauſa dat. cauſi non ſec.* Denique eòdem non parum faciunt *l. ſed addes 19. §. ſi dominus 3. l. ſi merces 25. §. vis major. 6. ff. loc. & l. ſi paſcenda 8. C. de pactis.*

Non obſtat huic ſententiæ, quòd dicitur *in princ. hujus* 6
tit. [illegible] locati, emptionem & locationem iiſdem juris regulis conſiſtere ſive definiri. Jam verò in emptione precium tantùm in pecuniâ numeratâ conſtituendum eſt, *§. [illegible] precium 2. ſ. tit. proximo l. 1. §. 1. ff. de contrah. empt.* Idem igitur in locatione dicendum: ut videlicet, non in re alia, quàm pecuniâ numerata merces conſtitui poſſit. Non obſtat, [illegible]. Nam confertur ibi emptio cum locatione ſecundùm quid, non ſimpliciter; omnium duntaxat quoad modum perficiendi. Ut enim emptio & venditio perfecta cenſetur, quam primùm de precio convenerit: ita etiam locatio & conductio perfecta intelligitur, ſi merces conſtituta ſit. Et ut rem pleniùs exponam; locatio & venditio iiſdem quidem regulis in genere definiuntur, ſed non in omnibus individuis. Alias etenim, ſi per omnia idem jus in locatione eſſet, quod in venditione; unus idemque contractus eſſet locatio & venditio: quia quæ nihil differunt, unum ac idem ſunt. Emptio itaque & locatio iiſdem juris regulis conſiſtunt, quatenus ſcilicet id utriuſque contractus par ratio & natura patitur. Multæ ſiquidem ſunt juris regulæ, quæ utrique pariter convenire nullo modo poſſunt. I. 7
in emptione precium; in locatione merces intervenit, *ut patet ex d. l. 2. ff. locati, & principio hujus tituli.* II. In emptione tranſit poſſeſſio; & ſi venditor eſt dominus, etiam dominium: ſi non eſt dominus, jus & poteſtas habendi, aut conditio uſucapiendi, *l. 1. ff. de rer. permutat. l. cum manu. 80. §. ult. ff. de contrah. empt. l. ex empto 11. §. & in primis 2. l. ſervus 30. §. ſi ſciens 1. ff. de actionib.* 8
empti. l. 3. & tot. tit. ff. pro emptore. In locatione tantùm uſus tranſit ad conductorem; non verò poſſeſſio, & multò minùs dominium *l. non ſolet. 39. & l. [illegible] res 6 [illegible] ff. locati l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. l. non ſolum 33. §. quod vulgo 1. ff. de uſurpat. & uſuc. & fuſius explicam. ad §. 3. infr. hoc tit. n. 97. & ſeq.* Quamvis

Digitized by Google

vis ex accidenti (non ex naturâ locationis) quandoque
fiat, ut & in locatione dominium mutetur : veluti cùm
agitur, ut non eadem, fed ejufdem generis, res addatur,
*l. in navem Saufeij.31.ff.locati. quam legem egregiè expli-
cuit Cujac.lib.7.obfervat.cap.39.& Vultejus in princ. hujus*
9 *tituli. nu.* 15. III. Periculum rei venditæ ftatim ad em-
ptorem pertinet, §. *cùm autem emptio 3. f. tit. præcedente,
l. id, quod poft 7. l. neceffario 8. l. fi vendita 11. ff. de peric.
& commod. rei vendit. l. quod fæpe 35. §. fi res ff. de con-
trah. empt. l. 1. 4. & 5. Cod. de peric. & commod. rei ven-
dit.* At non æquè rei locatæ periculum ad conductorem
fpectat, *l. fi quis domum 9. §. fi colonis 3. cum §. feq. l. ex
conducto 15. §. 2. l. fi merces 25. §. vis major. 6. ff. loca-*
10 *ti.* IV. Venditor rem ipfam venditam præcisè tenetur
emptori tradere, fi ejus tradendæ facultatem habet, *l.
ex empto 11. §. 2. ff. de actionib. empti. §. alia autem 2.
verf. & ad exemplum f. de donationib. l. non eft probabilis
6. C. de refcind. vend. Pinelus in l. 1. C. de bon. matern.
part. 3. n. 25. Bocer. in tract. de inveftitura feud. cap. 2.
nu. 27. & feqq. pluresque alii, quos citavimus ad princip.
tit. n. 98. fupr. de empt. & vend. item in parte pofter. Dif-
putationum noftrarum difput. 9. de empt. & vend. thef.* 8.
Locator autem non raro à præftatione rei liberatur, *l.
ædem 3. C. de locato.* V. Emptioni fit fatis, fi res femel tra-
datur : nec amplius ex empto eo nomine agi poteft, *l.
qui pendentem 25. in fine. ff. de actionib. empt. l. ab em-
ptione 58. ff. de pact.* Aft ex conducto fæpius poteft agi,
ut res tradatur, nempè quoties ea frui non licet *d. l. fi
quis domum 9. d. l. ex conducto 15. §. 1. ff. locati.* VI.
11 Quædam locari poffunt, non autem vendi : ut res alie-
nari prohibitæ. Et rurfus quædam vendi poffunt, non
item locari : ut fervitutis jus vendi poteft : locari verò
non poteft, *l. locare fervitutem 44. ff. eod. De his cæte-
risque inter emptionem & locationem differentiis Balduinus
& Myfinger. hic, num. 4. aliique Interpretes tractant.*
12 Præterea noftram affertionem non frangit *d. l. 1. §. fi
quis fervum 9. ff. depofiti.* ubi Ulpianus afferere videtur,
locationem non effe, quando pecunia non intervenit.
Pecuniæ namque verbum in illo textu non ftrictè pro
pecuniâ numeratâ, fed pro aliâ re quavis aut faltem pro
re fungibili, eft pofitum, *ut accipitur in l. 2. §. 1. juncto*
13 *§. creditum. verf. item mutuum. ff. de reb. cred.* Pecuniæ
enim verbum, non folùm numeratam pecuniam com-
plectitur : verùm omnem omnino pecuniam, hoc eft,
omnia corpora. Nam corpora quoque pecuniæ appel-
latione contineri, nemo eft, qui ambigat, *in jure IC. in l.
pecun. 178. & 222. ff. de verb. fignif.* Pecuniam igitur,
fic generaliter acceptam Ulpianus *in d. §. fi quis fervum*
ad mercedem locationis neceffariam effe dicit, & ex ad-
verfo haud obfcurè oftendit : ubi non pecunia, fed fa-
ctum aliquod præftatur, non poffe factum iftud pro
mercede haberi : & confequenter locationem non contra-
ctam cenferi. Hucque referantur annotata *ad §. præte-
rea 3. n. 86. fupr. quib. mod. re contrahit. obligat.*
14 Eandem quoque conclufionem non evertit *f. allegata
l. naturalis 5. §. at cùm do. 2. ff. de præfcriptis verbis.*
ubi Paulus apertis verbis in locatione pecuniam requi-
rit : & ne quis fortè priori refponfione utatur, & dicat,
pecuniam ibi in genere, pro quibufcunque rebus in
quantitate confiftentibus, accipi : fubdit JCtus, pecu-
niam requiri, ficut in venditione : in quâ pecuniam re-
quiri numeratam, nullum eft dubium, *d. §. item pretium
2. f. tit. proxime præcedente.* Etenim refpondetur : fimi-
litudinem illic inter locationem & emptionem non per
omnia inftitui : fed hunc effe ejus loci fenfum : ficut
conventione certæ mercis & pecuniæ, emptio contrahi-
tur : ita ex conventione pecuniæ dandæ pro facto, quod
locari folet, locatio refultat. Non autem ibidem dicitur,
quòd pecunia numerata fit de fubftantiâ locationis : fed
quòd uterque contractus folâ conventione contrahatur :
emptio fcilicet, fi de merce & pretio convenit ; locatio
verò, fi de pecuniâ dandâ pro facto, quod locari con-
fuevit, convenit. In hoc tantùm cafu hi duo contra-
ctus conferuntur, non in aliis : atque adeò utrùm
ficut in emptione eft pecunia numerata, ita etiam
in locatione effe debeat, ibi non explicatur. Idque
uberius explicat Vultejus *in principio hujus tit. num.*
21.
Dedique non officit huic decifioni *l. infulam 6. ff. de* 15
præfcript. verb. ubi Neratius in hæc verba fcribit : *Infu-
lam hoc modo, ut aliam infulam reficeres, vendidi : re-
fpondit, nullam effe venditionem : fed civili intentione in-
certi agendum eft.* Unde evinci poffe videtur, locatio-
nem ibi non fuiffe, eo quòd merces in pecuniâ nume-
ratâ non fuerit : maximè attentâ receptâ regulâ, quæ
ex eâ l. colligitur, ut nomen à partibus expreffum non
attendatur, fed qualitas conventionis. Non, *inquam*,
lex illa officit, *Tum* quia JC. ibi principaliter intendit,
non effe attendendum nomen conventionis, à partibus
expreffum. *Tum* quia forfan ex nomine venditionis, à
contrahentibus expreffo, perfpicitur : eos de locatione
non agere : & ideò in dubio cenfetur contractus inno-
minatus, *juxta l. 1. verfic. quotiens. ff. de æftimatoriâ act.*
Tum etiam quia in ifta lege non refultavit locatio, pro-
pterea quòd non conftabat, artificem effe eum, qui ad
refectionem infulæ obligatur. Si quifpiam dixerit, hoc
divinatorium effe : replicari poterit ; non minus divi-
natorium effe intelligere, quòd artifex effet : & multò
majorem effe numerum non artificum. Si inftet aliquis: 16
ad quid ergo obligaretur, fi artifex non effet? Ref-
pondetur: eum obligari ad reficiendum per artifices cu-
râ & expenfis propriis, *arg. l. fideicommiffa 11. §. ultim.
ff. de legat. 3.* Et hanc fententiam, utpote juris rationi-
bus magis confonam, contra communem probat & am-
plectitur, *poft Salicetum num. 2. in d. l. fi olei 21. C. de
locato.* Corafius *lib. 2. Mifcellan. jur. cap. 11.* Quam fe-
quuntur Arius Pinellus *in Commentar. ad l. 2. C. de ref-
cind. vendit. part. 2. Rubr. c. 3. num. 28. & feqq. We-
fenbec. in paratit. ff. locati. num. 7. Connan. lib. 7. Com-
mentar. jur. civil. c. 11. num. 1. Vultejus num. 18. Hei-
gius num. 16. & Anton. Matth. in princip. hujus tit. D.
Bocer. in Commentar. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c.
4. num. 90. edit. 2. pag. 173. cum feq. Pacius in Epitom.
jur. Difp. 14. th. 23. lit. b. Cujac. tract. 8. ad African.
in explicat. leg. & hæc diftinctio 35. §. 1. ff. locati. Paulus
Berens difput. 11. ad Inftit. them. 2. quæft. 2. Ungepaur.
exercit. Juftin. 12. quæft. 5. in not. p. 455. cum feq. edit.
ult. Bronchorft. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. affert. 94. edit. 1.
Menoch. remed. 3. adipifcend. poffeff. num. 93. Borcholt.
de pact. c. ult. n. 16. Treutler. d. difput. 29. vol. 1. thef.
3. lit. g. Hackelman. illuftr. quæft. Difp. 11. thef. 11. lit.
c. Matthias Stephani cent. 3. quæft. 73. Plebft. Difp. 2.
de jure topico Würtemb. thef. 51. lit. b. Schegkius in deli-
batis jur. Difput. 18. thef. 91. lit. b. Hanonius quæft. feu
controverf. juris illuftr. Difp. 16. controv. 16. Roberus
Difp. 17. thef. 7. Knipfchildt exercit. Acad. 9. quæft. 1.
pag. 321. cum feq. Petrus Auguftinus Morla in Emporio
juris utriufque part. 1. tit. 10. de locato & conducto. in
præmiffis. num. 5. aliique per hunc relati.* Vide iftam
controverfiam diftinctione inter locationem *fruendi &
faciendi* explicantem Gregorium Lopez. *lib. fing. ani-
madverf. jur. civil. c. 15. num. 4.* Halligerum *in
Donell. enucleat. lib. 13. cap. 6. fub lit. F. & H.* hofce
que laudantem Riemerum, *decad. 11. quæft. illuftr.
1. num. 3.*
Illud quafi παρέργως hîc quæritur : fi quifpiam mu- 17
lierem vehendam navi conduxiffet ; deinde in navi
infans ex eâ muliere natus fuiffet : an ille fit ob-
ftrictus nautæ, ut ipfi pro vecturâ iftius pueri fpe-
ciatim aliquid folvat? Quod negandum reor : Tum
quia & ante partum in ipfa navi fuit infans, ut ita
nihil novi oneris intuliffe, fed illatum quodammodo
tranfportaffe mulier exiftimetur. Tum quia neque
vectura infantis magna eft, neque his omnibus uti-
tur, quæ ad navigantium ufum parantur, *l. fed ad-
des 19. §. fi quis mulierem 7. ff. locati.* Idem dicendum
eft, fi è contrario in navi aliquis fit mortuus : fi-
quidem nec pro eo vectura debetur, *l. fin. in princ. ff.
ad l. Rhod. de jact. Gothofred. ad dict. l. 19. §. 7.
ff. locati. Matth. Stephani. dict. cent. 3. fub quæftion.
73. in fin. ubi allegat etiam Franzifcum Pful. cent.
1. refp. 55.*

§. Adeò

Digitized by Google

§. *Adeò autem.* 3.

Adeò autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio: ut in quibusdam causis quæri soleat, utrùm emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuivè conductor, heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractûs propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus. Sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum: tunc, siquidem totius rei interitus accesserit: ad dominum super hoc redundare periculum. Sin autem particularis: ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: quo jure utimur.

S U M M A R I A.

1 *Emphyteusis unde derivetur.*
2 *Emphyteusis in quibus rebus locum habeat: & n. 8. & 68. & 138. & seqq.*
3 *Emphyteuta quis, & ius, quod habet, quomodo appelletur: & num. 44.*
4 *Definitio emphyteuseos, ejusque accurata & diligens explicatio.*
5 *Proprium contractûs est, suâ vi ac virtute obligationem parere.*
6 *Olim Emphyteusis quibusdam Jurisconsultis emptio, aliis verò locatio videbatur.*
7 *Emphyteusis in quibus differat à locatione.*
8 *Locatio etiam in rebus mobilibus, emphyteusis tantùm in immobilibus constituitur: & num. 138.*
9 *Emphyteuta servitutem fundo emphyteutico imponere potest. non item conductor rei locatæ.*
10 *Conductor mercedem in compensationem usûs: emphyteuta verò canonem in recognitionem dominii solvit, & n. 113.*
11 *Quomodo emphyteusis differat & distinguatur ab emptione.*
12 *Quæ res in emptionem veniant, & per eam quid transferatur.*
13 *Pretium in emptione consistit solummodo in pecunia numeratâ: at pensio in emphyteusi etiam in quantitate consistere potest.*
14 *D. Boceri argumenta, negantis emphyteusin contractum esse, referuntur & confutantur.*
15 *Quibus modis emphyteusis constituatur.*
16 *Emphyteuseos nomine quid significetur.*
17 *Emphyteusin esse contractum juris gentium, demonstratur.*
18 *Ad appellationem juris gentium quid requiratur.*
19 *Jus gentium quid sit.*
20 *Apud quos populos contractus emphyteuticus in usu fuerit.*
21 *Contractus emphyteuticus Sibylla Cumanâ antiquior.*
22 *Emptio & locatio juri gentium annumerantur.*
23 *Contractus omnes quo jure introducti.*
24 *Regulæ standum, donec de exceptione doceatur.*
25 *Qui contractus sint juris civilis.*
26 *Zeno Imp. quid contractui emphyteutico tribuerit.*
27 *Nomen non dat esse rei; sed exprimit, quod jam in rerum naturâ existit.*
28 *Emptio & cæteri contractus nominati solo nomine concipiuntur & perficiuntur: contractus innominati non æquè.*
29 *Omnis dispositio juxta disponentis consuetudinem interpretanda.*
30 *Dispositio interpretans secundùm terminos interpretata intelligenda.*
31 *Num per vocabulum* Conceptionis *(in l. 1. C. de jur. emphyt.) scriptura significetur.*
32 *Quatenus emphyteusis (in d. l. 1. C. eod. t.) dicatur justus & validus contractus.*
33 *Declarans rem, cui assimiletur.*
34 *Verba hujus §. (ac si naturalis esset contractus) quomodo accipienda.*
35 *Pacta naturam contractibus tribuunt.*
36 *Quoties juri gentium quid additur, vel detrahitur; jus civile efficitur.*
37 *Substantia contractûs & cujusque rei in jure quid sit.*
38 *Natura contractûs quid.*
39 *Ut accidens est vel separabile, vel inseparabile; ita & in jure natura alicujus rei alia est separabilis, alia inseparabilis.*
40 *De substantia, itemque de natura emphyteuseos quæ sint.*
41 *Quæcunque contractui adjiciuntur, ejusdem naturæ & qualitatis censentur.*
42 *Qualitates sive accidentia substantiam rei non mutant, aut alterant.*
43 *A potentiori facienda denominatio.*
44 *Cur emphyteusis sit contractus nominatus.*
45 *Quattuor contractus innominati.*
46 *Ex contractibus nominatis propria & specialis competit actio.*
47 *Ex contractu emphyteutico competit actio emphyteuticaria.*
48 *Pœnitentia an & quatenus tum in nominatis, tum innominatis contractibus locum inveniat.*
49 *Quare emphyteusis sit contractus bonæ fidei.*
50 *Mixta sapiunt naturam suorum simplicium.*
51 *Pacta contractibus stricti juris apposita, tantùm ad excipiendum prosunt, non ad agendum.*
52 *Qui contractus bonæ fidei censeantur.*
53 *An & quatenus omnes bonæ fidei contractus contineantur in §. actionum. 28. Instit. de actionib.*
54 *Non verba tantùm, sed sententia legis spectanda.*
55 *Emphyteusis cur solo consensu perficiatur.*
56 *Nunquid ad contractûs emphyteutici substantiam traditio requiratur.*
57 *An scriptura ad ejusdem contractûs substantiam præcisè sit necessaria.*
58 *Scriptura ad rei gestæ fidem necessariò non exigitur.*
59 *Regulæ adhærendum, donec exceptio probetur.*
60 *Argumentum à feudo ad emphyteusin validum.*
61 *In feudali contractu scriptura non omninò desideratur.*
62 *Inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationemque magna similitudo & familiaritas.*
63 *Pacta servari cujusdamque debent.*
64 *In perpetua rei Ecclesiasticæ emphyteusi scriptura necessaria: in temporanea non item.*
65 *Consideratio & sententia Nov. 7. in præfat.*
66 *Reprehenditur Cacheranus.*
67 *Scriptura frequenter in contractu emphyteutico adhibetur.*
68 *Refutatur D. Bocerus, existimans; per* monumentorum gesta *tantùm significari publicam scripturam.*
69 *Generali monumenti appellatione quid comprehendatur.*
70 *Consideratio l. census. 10. ff. de probationib.*
71 *Consuetudo optima legum interpres.*
72 *Opinioni à consuetudine approbatæ standum.*
73 *Ablativorum absolutorum natura & proprietas.*
74 *Conditio ad unguem servanda est, nec per æquipollens adimpleri debet.*
75 *Dos pacto nudo constituitur.*
76 *Pactorum conventio absque scriptura subsistit.*
77 *Absurditas vitanda.*
78 *Ablativi absoluti positi non semper conditionem inducunt.*
79 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
80 *Scriptura cur fiant.*
81 *Contractus emphyteuticus quomodo probetur.*
82 *Ex præstatione canonis iste contractus præsumitur: ibique quænam in re, differentia specifica & forma contractûs emphyteutici consistat, demonstratur.*
83 *Utrùm in distractu, per quem ab emphyteusi constituta receditur, scriptura desideretur.*
84 *Quæ solennitas requiritur in contrahendo, requiritur etiam in dissolvendo.*
85 *Emphyteusis à domino constituitur.*
86 *Nemo plus juris in alterum transferre potest, quàm ipse habet.*
87 *Dominus quis hic intelligatur.*
88 *Contractus emphyteuticus tantùm locum habet in prædiis.*
89 *Ususfructus etiam in rebus mobilibus consistit.*
90 *Agri vectigales, & agri emphyteuticarii qui dicantur.*
91 *Quorum definitiones eædem sunt: ea quoque inter se esse eadem oportet.*
92 *Primæva contractûs emphyteutici natura.*
93 *Emphyteusis in dubio perpetua judicatur.*
94 *Jus emphyteuticum quibus nominibus designetur.*
95 *Emphyteusis etiam ad tempus concedi potest.*
96 *Naturalibus alicujus contractûs mutatis, substantia ipsius non subvertitur.*
97 *Ecquid locatio ad longum tempus facta, in emphyteusin degeneret.*
98 *Propriâ conventionis formâ contractus ab invicem distinguuntur.*
99 *Locationis naturâ quæ.*
100 *Consideratio l. qui rem propriam. 10. C. de locat.*
101 *Sententia l. 1. §. quod ait. 3. ff. de superficiebus.*
102 *Utiles in rem actiones cur ita dicantur.*
103 *Cur ex locatione, ad longum tempus factâ, detur in rem utilis actio.*
104 *Pensio emphyteuticaria quomodo appellitur.*

105 *Annuá pensione contractus emphyteuticus ab aliis discernitur.*
106 *Num pensio emphyteutica in solá numeratá pecuniá, an etiam in re alia, consistat.*
107 *In emptione - venditione precium in sola pecunia numerata solvendum.*
108 *Explanatio l. penult. C. de diversis prædiis urban. & rusticis temp[illegible].*
109 *Pecunia nervus belli.*
110 *An dominus, si ei emphyteuta pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, eam recipere cogatur.*
111 *Pensio emphyteutica in fine cujusque anni integrá solvenda.*
112 *An & quatenus emphyteuta canonem suis sumptibus ad ædes domini portare teneatur.*
113 *Emphyteuta principaliter, in dominii recognitionem, canonem præstat.*
114 *Finis emphyteuseos.*
115 *Emphyteusis quare dicatur melioratio.*
116 *Conductor, mala in re conducta versans, expelli potest.*
117 *Emphyteuta similis est fructuario.*
118 *Ad constitutionem emphyteuseos quid requiratur.*
119 *Emphyteusis quotuplex.*
120 *Emphyteusis civilis seu secularis quid.*
121 *Ecclesiastica emphyteusis quæ.*
122 *Emphyteusis nova quæ: quæ item antiqua.*
123 *Qui emphyteusin constituere possint.*
124 *Quilibet rerum suarum moderator & arbiter: & num. 210.*
125 *Cui licet, quod majus est; ei etiam minus licebit.*
126 *An pupillus & minor prædia sua in emphyteusin alicui dare possint.*
127 *Fundo pupilli seu minoris servitus imponi nequit.*
128 *An minor 25. annis, curatorem habens, sine ejus consensu emphyteusin promittendo efficaciter obligetur.*
129 *Adolescentes prædia sua nullo modo, sine decreto, alienare possunt.*
130 *Minor, curatorem habens, non absimilis est prodigo.*
131 *Stipulatio omnibus contractibus adhibetur.*
132 *Interpretatio, leges desuetas reddens, fugienda est.*
133 *Declaratio l. pubes. 101. ff. de verb. obligat.*
134 *Num pupillus & minor, sine auctoritate tutoris & curatoris, prædium aliquod in emphyteusin accipere valeant.*
135 *Contractus emphyteuticus an & quatenus sit causa lucrativa.*
136 *Præstatio annua inter immobilia computatur.*
137 *Quando minor contractum approbare queat.*
138 *Quá in re emphyteusis constituatur.*
139 *Ecquid agri steriles & culti in emphyteusin concedantur.*
140 *An etiam prædia urbana in emphyteusin reduci possint.*
141 *Ædes vectigales quæ appellentur.*
142 *Hunnii opinio [illegible] D. Bocer.*
143 *Res non solùm immobiles, sed & solo cohærentes, unà cum solo in emphyteusin dantur.*
144 *Quæ res [illegible] dicantur.*
145 *Multa accessoriè permittuntur, quæ principaliter prohibentur.*
146 *Utrùm arbores in emphyteusin concedi possint.*
147 *Aliud est jus emphyteuticum, aliud jus superficiarium.*
148 *Oliveto vel vineá in emphyteusin dato, ipsum quoque solum datum putatur.*
149 *Num fundo simpliciter, pro dimidiá parte in emphyteusin dato, arbores etiam partis dimidiæ contineantur.*
150 *Arbores pars soli censentur.*
151 *Nunquid feudi in emphyteusin concessio valeat.*
152 *Concessio in emphyteusin est alienatio.*
153 *Omnis feudi alienatio prohibita.*
154 *Feudum improprium in quibus naturam feudi proprii sequatur.*
155 *Cur subinfeudatio sine consensu domini sit licita: non verò datio in emphyteusin.*
156 *Cur vasallus res feudales in emphyteusin tradere queat.*
157 *An concessio emphyteutica teneat, si vasallus rem feudalem eá lege in emphyteusin concedat, ut dominium utile in recipientem non transeat.*
158 *Venditio, quá agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit.*
159 *Commoditas fructuum, quæ ad longum tempus transfertur, pro verá alienatione in materia prohibitivá habetur.*
160 *Ecquid bona majoratús in emphyteusin rectè concedantur.*
161 *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis: & n. 371.*
162 *Bonorum majoratús in perpetuam emphyteusin facta concessio, an & quatenus valeat.*
163 *Utile per inutile in separabilibus non vitiatur.*
164 *Res Ecclesiæ, sine legitimis solennitatibus, in perpetuam emphyteusin, etiam bene de Ecclesiá merito, concedi nequeunt.*
165 *Idque procedit, etiamsi fundus sterilis, vel sumptuosus: secus, si exiguus, vel ultra hominum memoriam incultus fuerit.*
166 *Utrùm rei Ecclesiasticæ in emphyteusin datio, sine debitis solennitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesiæ utilitate conjuncta sit.*
167 *Pupillus sine tutoris auctoritate hereditatem, quantumvis lucrosam, adire nequit.*
168 *Sensus & intellectus l. non eò minùs. 14. C. de procuratoribus.*
169 *Acceptiatio, cum pupillo sine auctoritate tutoris facta, valet.*
170 *Enodatio l. cùm hi, quibus. 8. §. cum transactionem. 6. ff. de transact.*
171 *Si constitutio emphyteuseos, ob defectum consensus Capituli sive Papæ irrita dicatur, ratihabitione ipsius convalescit.*
172 *An Pontifex sua ratificatione emphyteuticam concessionem corroborare queat, ut emphyteuta invitus emphyteusin habere cogatur.*
173 *Usufructuarius, invito domino, usumfructum relinquere potest.*
174 *Vasallus sine domini voluntate, rectè feudum refutat.*
175 *Favori suo renunciare cuilibet permittitur.*
176 *Solennitatibus legitimis adhibitis, res Ecclesiæ in emphyteusin ita dari possunt, ut etiam ad extraneos ipsius emphyteutæ heredes emphyteusis illa transeat.*
177 *Consideratio Novell. 7. c. 3. in princ. & n. 186.*
178 *Emphyteusis Ecclesiastica ad extraneos heredes transit, si data sit Titio, & quibuscunque ejus heredibus.*
179 *Particula, quibuscunque, omnes omninò complectitur.*
180 *Nunquid emphyteusis Ecclesiastica Titio, ejusque heredibus simpliciter concessa, etiam ad extraneos Titii heredes descendat.*
181 *Heredis nomen generale, extraneos quoque heredes continet.*
182 *Paciscens, quibuscunque heredibus suis pacisci intelligitur.*
183 *Servatis debitis solennitatibus, res Ecclesiastica justè alienatur.*
184 *Genuina emphyteuseos Ecclesiasticæ natura.*
185 *Quare is emphyteusis sui naturâ sit perpetua.*
186 *Explicatur Novell. 7. c. 3.*
187 *Naturalia cujusque rei, per se insunt [illegible].*
188 *Emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum alicui tribui potest.*
189 *Emphyteusis Ecclesiastica, absque mentione heredum data, an ad tertiam duntaxat generationem concessa præsumatur.*
190 *Heres una persona cum defuncto reputatur.*
191 *An & quatenus Prælatus rem Ecclesiasticam in emphyteusin dari solitam, ad Ecclesiam reversam, sine legitimis solennitatibus, alicui in emphyteusin dare possit.*
192 *Emphyteusis primò singulari personæ data: postea civitati vel potentiori dari nequit.*
193 *Civitas aut Collegium nunquam mori intelligitur.*
194 *Difficilius est potentiori, quam homini plebejo intenditur.*
195 *Si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem: illam Prælatus in perpetuum alicui concedere non poterit.*
196 *Num Prælatus rem emphyteuticam ad Ecclesiam reversam, consanguineis suis denuo in emphyteusin tradere valeat.*
197 *Redarguitur [illegible].*
198 *Consideratur [illegible] testament.*
199 *Prælatus rerum Ecclesiasticarum usufructuarius censetur.*
200 *Consuetudo stricti juris est, nec de casu ad casum extenditur.*
201 *Exponitur c. dilecto fili. 25. in princ. de præbend.*
202 *Præbenda [illegible].*
203 *Prima liberalitas, circa proximos operari debet.*
204 *Enarratur c. 1. de investiturá vet. & novi benef. vers. tit. tit. 91. l. 2. F.*
205 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
206 *Identitas rationis potior est argumento à contrario sensu.*
207 *Alienatio bonorum Ecclesiæ, à Prælato in consanguineum facta: an & quatenus ad fraudandam Ecclesiam interposita videatur.*
208 *Utrùm dominus emphyteusin, ad certam generationem datam, et finita, proximis emphyteutæ cognatis deferre & renovare teneatur.*
209 *Nemo compelli potest, ut certo alicui locet vel vendat.*
210 *Suæ quisque rei moderator & arbiter.*
211 *Explanatur l. 1. C. de metallariis, & metallis.*
212 *Consideratur l. si in emptionem. 35. ff. de minorib.*
213 *Enodatur l. congruit. 4. C. de locat. prædior. civil. & c.*
214 *Conductores rerum fiscalium quando post finitam conductionem, de novo conducere compellantur.*
215 *Discutitur l. 1. §. permittitur 41. ff. de aq. quotid. & æst.*
216 *Intellectus l. 1. ff. de privileg. credit. & l. Imperator. 60. ff. de pactis.*
217 *Sensus l. jubemus. 3. §. & filius advocatorum. C. de advocat. div. vers. judi. um.*
218 *Utrùm rei Ecclesiasticæ in emphyteusin concedi solitæ concessio, lege planè consuetâ multò intempestiva, omnimodo censeatur inutilis, an verò valeat, quatenus fieri potuit.*
219 *Quatenus utile per inutile non vitietur: & num. 227.*
220 *Tot putantur esse concessiones, quot sunt generationes.*
221 *An vasallus, si feudum, quod possidet, alia lege, quam ipse habet, alii concesserit, illud amittat.*
222 *Opinio, ultimo loco relata, approbata intelligitur.*
223 *Sententia c. un. in extravagantib. commun. tit. de rebus Eccles. non alienand.*
224 *Examinatur Novell. 7. c. 3. in fin princ. & c. 7.*
225 *Mens Clement. 2. vers. si quis autem, de reb. Eccles. non alienand.*
226 *Interpretatio l. si non sortem. 26. §. si centum. ff. de condict. indeb.*
227 *Limitatio præcedentis conclusionis.*
228 *Quibus modis emphyteusis constituatur.*
229 *Quomodo constituantur rectè ultima voluntate.*
230 *Pater uni ex filiis emphyteusin suam testamento relinquere potest.*
231 *Quæ actione emphyteusis testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis.*
232 *Præscriptione quomodo emphyteusis acquiratur.*

233 *Fundum*

233 [illegible] 30. annis præscribitur.
234 [illegible] quomodo constituatur jus emphyteuticum.
235 An de substantia contractus emphyteutici sit, ut ultra pensionem certa quantitas, pro introitu contractus, ab emphyteuta domino solvatur.
236 Non plus ad formam alicujus actus exigendum est, quam lex ipsa exigit.
237 Nulla emptio sine precio consistit.
238 In quo potissimum emphyteusis & venditio inter se conveniant.
239 Verus intellectus l. ult. vers. penult. C. de jure emphyteut.
240 Consideratio Auth. qui res. C. de SS. Eccles.
241 Sententia l. privata. 10. Cod. de excusationib. muner.
242 De substantia contractus emphyteutici est, de pensione in recognitionem dominii solvenda conventio.
243 Pacta contra substantiam contractus inita, ipso jure nulla.
244 Ex post facto pensionis remissio fieri potest: utque D. [illegible] conventionem de præstanda pensione, esse de forma & substantia emphyteuseos negans, late confutatur.
245 Nunquid pensio, quotannis ab emphyteuta præstanda, in uno nummo, vel quavis re alia minima consistere possit.
246 In emptione & locatione an & quatenus precium, sive merces uno nummo consistere queat.
247 Canon emphyteuticus ad dominium solummodo recognoscendum requiritur.
248 Genuinus sensus l. 10. §. [illegible] ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 20. §. 1. & l. 46. ff. locati. & [illegible] ff. de contrah. empt.
249 An contractus emphyteuticus ita contrahi possit, ut pensionis nomine tantum emphyteuta præstet, quantum ipsi placuerit, vel justum fuerit.
250 In emptione certum ac determinatum exigitur precium.
251 Quo casu canon emphyteuticus certus esse debeat; & in arbitrium certi hominis conferri possit.
252 De commodis & incrementis, ad emphyteutam pertinentibus.
253 Emphyteuta fundi dominus impropriè dicitur: & num. 277.
254 Num emphyteuta civiliter, an naturaliter tantum possideat.
255 Possessio naturalis quæ.
256 Civilis possessio quæ.
257 Creditor naturaliter rem pignori acceptam possidet.
258 Ut & is, qui precario rem rogavit.
259 Emphyteuta jus utendi fruendi re competit.
260 Contractus ex conventione legem accipiunt: & num. 321.
261 Emphyteuta auri, argenti, plumbi, &c. fodinis, in fundo emphyteutico inventis, uti frui potest.
262 Argenti & auri fodinæ, &c. an & quatenus fructus prædiorum censeantur.
263 An & illæ res, quæ separatæ à solo non renascuntur, emphyteutæ cedant.
264 Enodatio & sensus l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. soluto matrimon.
265 Intellectus l. ult. ff. de fundo dotali.
266 Montibus ex lapidicinis. 32. ff. d. jur. dot.
267 Declaratio & sententia tit. 56. quæ sint regalia. lib. 2. F.
268 Leges posteriores ex prioribus.
269 Quicquid nova lege specialiter expressum est, id veterum legum regulis relictum intelligatur: & num. 303.
270 Constitutio nova [illegible] derogare censeatur.
271 Quo casu lapides ex fundo cæsi emphyteutæ non acquirantur.
272 Eequid thesaurus, in fundo emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad proprietatis dominum spectet.
273 Thesaurus [illegible], casu fortuito repertus, cui cedat.
274 Thesaurus, in fundo fructuario inventus, in fructu non computatur.
275 Actus agentium ultra eorum intentionem nihil operatur.
276 Conventio in una re facta, in reliquis non nocet.
277 Varius intellectus l. possessores. 12. C. de fund. patrimonialib.
278 Emphyteusis regulariter ad heredes transit: ususfructus non item.
279 Jus thesauri à jure veri dominii pendet.
280 Usufructuario in quibusdam plenius jus competit, quam emphyteutæ.
281 Emphyteuta quot annis canonem præstare cogitur.
282 Quatenus emphyteutæ in fundo emphyteutico venari liceat.
283 Quatenus item eidem piscari permittatur.
284 An & quatenus [illegible] pars fundi esse censeantur.
285 Mediante surrogatione, res semper eadem dicitur.
286 Quatenus emphyteutæ liceat ex sylva cædua arbores & ligna excidere.
287 Eequid emphyteuta sylvam illam cædere possit, quæ longo temporis intervallo succisa renascitur.
288 Pullulare & renasci [illegible] annorum multitudinem exigit.
289 Sylva cædua quæ sit.
290 Lapides quando in fructu fundi existimentur.
291 Sententia l. aut penult. ff. famil. ercisc.
292 Omne indistinctè incrementum ad emphyteutam pertinet.
293 Ut & omne damnum, nisi funditus rem ipsam absumat.
294 An & quatenus [illegible] omne incrementum respiciat.
295 Natura vocis universalis, omnis.
296 Argumentum de feudo ad emphyteusin validum.
297 Sensus l. [illegible] si fundi. 9. §. huic vicinus. ff. de usufruct.

298 Quæ juris remedia & actiones emphyteutæ ad jus suum tuendum, competant.
299 Superficiarius & emphyteuta sunt similes.
300 Emphyteuta rem emphyteuticam deteriorem facere, ejusque formam mutare non potest.
301 Nunquid emphyteuta sylvam extirpare, eamque in pratum seu agrum, aut hortum quasi convertere; vel aliter rem emphyteuticam transmutare queat.
302 Emphyteuta in area ædificium extruere licet.
303 Usufructuarius areæ ædificium imponere nequit.
302 Emphyteutæ in area ædificium extruere licet.
303 Usufructuarius areæ ædificium imponere nequit.
304 Emphyteutæ meliorationes suas, & ipsum jus emphyteuticum vendendi facultas an & quatenus sit concessa.
305 Laudemium quid, & quibus nominibus intelligitur.
306 Quo casu laudemium usufructuario [illegible].
307 Num emphyteuta socio suo, eadem de re integram partem suam libere, & domino irrequisito, vendere valeat.
308 Socius, licet consanguineus, rem pro precio, quod ab extraneo offertur, libere retrahere non potest.
309 Explicatio l. voluntas. 4. C. de fideicommissis.
310 Feudum dividi potest inter consortes.
311 Communio parit discordiam.
312 Alienatione prohibita, non censetur prohibita alienatio necessaria.
313 Necessitas legem non habet.
314 Feudum absque domini consensu infeudatione investitum, vel agnatum, licite alienatur.
315 Cur feudum, inconsulto domino, alienari nequeat.
316 Quare jus emphyteuticum, irrequisito domino, alienari prohibeatur.
317 An & quatenus jus patronatus recte alienetur.
318 Utrum emphyteuta, absque denunciatione præcedente, jus emphyteuticum vendere possit, si in instrumento emphyteutico disertè expressum, quod emphyteuta licentiam alienandi, in quemcunque voluerit, habere debeat.
319 Pacta & conventiones non semper interpretationem recipiunt, ut aliquid operentur.
320 Quando creditor, non prius interpellato debitore, pignus vendere queat.
321 Contractus ex partium conventione legem accipiunt.
322 Enucleatur l. si quando. 35. C. de inoffic. testam.
323 Exponitur l. quero 54. §. inter locatorem. ff. locati.
324 Num heres emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, emphyteusin absque prævia denunciatione vendere possit.
325 Consideratio l. Lucius. 93. ff. de legat. 3.
326 Sententia l. cum quis. 55. ff. de verb. obligat.
327 Eequid dominus, qui alienandi facultatem emphyteutæ concessit, ante alienationem [illegible] istam revocare valeat.
328 Pactiones emphyteuticæ firmæ illibatæque modis omnibus sunt custodiendæ.
329 Mens & sententia l. si non. 8. §. si voluntate. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solv.
330 Doctrina l. quis [illegible] ff. de donationib.
331 Quando ex simplici consensu [illegible] permissu obligatio non inducatur.
332 An ex permissu simplici pactum [illegible].
333 In pacto nudo, seu contractu innominato, pœnitentiæ (re [illegible]) non est locus.
334 Pactum est consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus.
335 Utrum alienandi potestas emphyteutæ data, [illegible] Prælato, qui [illegible] concessit, censeatur extincta.
336 Episcopi & Præsules Ecclesiarum habent administrationem rerum tantum præsentium, non etiam post mortem suam gerendarum.
337 Num emphyteuta, domino non consentiente, jus suum donare possit.
338 Emphyteuta, inconsulto domino, jus suum alteri legare permittitur.
339 Cur emphyteutæ permissa sit donatio, inscio domino; venditio non item.
340 Expenditur l. 3. vers. minime. Cod. de jure emphyteut.
341 Quatenus procedat regula: eidem vendendi jus est, cui donandi.
342 Decurio prædia sua, sine judicis decreto donare, non verò vendere, potest.
343 Facilius homines vendunt, quàm donant.
344 Mulierum genus avarissimum.
345 Sensus l. universas. 2. C. ne rei dominicæ vel templ. vindicatio, &c.
346 Invito creditori alius debitor obtrudi nequit.
347 Contrahentes præsumuntur contraxisse secundùm subjectam materiam.
348 Quomodo domino contra novum emphyteutam consulatur.
349 Quid emphyteuta vetus à domino testatò desiderare debeat.
350 An emphyteuta, absque domini consensu prædium emphyteuticum possit oppignorare.
351 Erroris arguitur, & refutatur Sarmentus.
352 Accurata explanatio l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus.
353 Prohibito uno, omnia simul, quibus ad illud pervenitur, prohibita censentur.

dum esse, equum morte naturali interiisse, atque ita loca-
torem probare debere; equum quem locavit, conductoris
culpâ fuisse mortuum: vel quia majus pondus, quàm e-
quus sustinere posset, ipsi impofuerit; vel quia ad alium
usum, quàm ad quem conduxerat, equum applicuerit; vel
quòd in itinere illum fatigaverit; & plus, quàm par, & justa
ratio postulat, illum laborare compulerit, *Gloss. Bartol. Sa-
licet. Fulgos. & Bald. in l. qui insulam. 30. §. qui mulas. 2. per
illum textum. ff. locati-conducti. Idem Bald. in l. si pecuniam.
5. §. sed ubi accepit. 4. per illum textum. ff. de condict. causa
data, & c. late Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. n. 22. & Vincent.
Caroc. in tract. locati & conduct. tit. de dolo & culpa. part. 2. n.
5. cum seq. pag. 157. Quibus adjungatur Do[illegible] Marta tom. 3.
Digestorum novissimor. tit. Locator, conductor. cap. 9. 10. 11.
12 fol. 220. & Iosephus Ludovic. decis. Lucens.* 10. Cujus
45 conclusionis ratio est perspicua: quia is, qui dolum vel cul-
pam allegat, eandem docere & probare tenetur. *l. quotiens.
18. §. qui dolo. ff. de probationib. l. dolum. 6. Cod. de dolo malo
cum similibus.* Ubi tamen probè observandum: quòd, si
contingat, equum in itinere in morbum incidere, condu-
ctor illum debeat hospiti tradere aut alicui homini perito,
qui equum ægrotantem curet: ut, si hac adhibitâ diligen-
tia, postmodum moriatur, ejus obitus nequaquam con-
ductori imputetur. Sed si casu quodam equus in medio
itinere perierit: necessarium & consultum est, ut ibi testes
ad futuram rei memoriam adsciscantur, qui mortui equi
testimonium præbeant, ostendendo ipsius equi signa &
qualitates. Nam hujusmodi testimonium eo in loco, ubi
equus obiit, factum, etiam absque ullâ partium citatione
fidem facit coram judice competenti. *ut post Paulum de
Castro in l. cum hi 8. § transactiones. 19. ff. de transactionib.
& Lud. Romanum in l. si verò. 64. § de viro. in 54. fallent. ff.
solut. matrimon.* tradidit Petrus Augustinus Morla *part.
1. Empori juris. tit. 10. in præmissis n. 53. in. fine.* & Dn.
Christophorus Besold. *vol. 3. consil. 120. fol. 155. itemque in
delibatis jur. ex lib. 19. ff. quæst. 4. p. 52.* ubi addit, teneri
conductorem actione furti vel condictione furtivâ, si
equum conduxit pro eundo ad unum locum, & eum ad
alium ducat, *l. qui furtum 16. in princ. ff. de condict. furt. l. si,
ut certo. 5. § quinimo. 8. ff. commodati.*

46 Est & illa quæstio quotidiana: num conductor ædium
de incendio teneatur? Etsi evidenter appareat, incendi-
um aliunde quàm ex domo provenisse, conductor nullo
modo tenetur, sed fortuitò evenisse dicitur: puta si ex
fulgure provenerit ignis, vel si ex domo vicini scintilla
ignis evolaverit, & incendium excitaverit in alterius do-
mo *l. in rebus. 18. ff. commodati. l. contractus. 23. in fin. ff. de
reg. jur. cum similib.* Si verò non constet, quis incen-
dium immiserit: tunc culpâ inhabitantium exortum præ-
sumitur. *l. 3. §. 1. & § ut curam. 4. ff de offic. præfect. vigil.
cum concordantibus. Alexand. consil. 50. num. 2. lib. 1.
Bald. consil. 441. in fin. lib. 1. Thom. Ferret. consil. 36.
Bursat. consil. 53. num. 34. vol. 1. Vincent. Caroc. d. tract.
locati & conduct. part. 2. tit. de incendio, &c. num. 2. &
seqq. pag. 166. ubi id pluribus conclusionibus declarat.*
Hucque referantur, quæ annotavimus *ad §. supr. de ob-
ligationib. num. 87. & subseqq.* Adde Thomam Grammat.
decis. 3. & Acacium Antonium de Ripoll *d. cap. 12. va-
riar. jur. resolut. num. 345. & seqq. item n. 290. & seqq.
fol. 400. & 404.* nec non Manlium *in tract. de locat. con-
duct. tit. 6. num. 23.*

47 Merces porrò, expleto demùm locationis tempore,
solvenda est: nisi aliud specialiter inter contrahentes
convenerit; vel loci consuetudo aliud suaserit. *l. 1.
§. si pensio. 4. ff. de migrando. juncta l. semper in ob-
scuris. 9. & l. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. l.
excepto. 18. Cod. de locato. Sichard. in l. 3. num. 5. C. eod.
Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. cap. 9. pag. 162. n.
20. Vincent. Carocius d. tract. locat. & conduct. part. 2. tit.
48 de tempore pensionis. pag. 95.* Ac licèt conductor ante
tempus deserat habitationem aut fundum: nihilominus
tamen statim locator cum mercedis nomine convenire,
& quidem integram exigere mercedem potest. *l. si in lege.
24 §. si domus, 2. l. dominus. 55. §. ult. ff. locati.* nisi justâ
ex causâ, veluti ex timore ruinæ, vel ignis, vel exercitûs,
vel pestis diuturnioris, vel spectrorum, &c. domum fun-
dumvè deseruerit. Tunc enim solùm pro ratâ temporis
merces debetur. *l. si quis. 9. §. 1. l. item quæritur. 13. §.
exercitus. 7. l. ex conducto 15. §. ubicunque 7. l. habitatores.
27. §. 1. l. qui insulam. 30. §. 1. & l. si fundus. 33. ff. eod.
l. in hac stipulatione. 28. ff. de dam. infect. l. si quis. 49. §.
1. ff. ad leg. Aquil. Gomez. d. tom. 2. var. resol. cap. 3.
num. 3. Gail. lib. 2. observ. 23. nu. 6. & 7. Joan. Baptista
Costa tom. 2. tract. de ratione ratæ. q. 38. fol. 39. Plebst.
disput. 2. de jure topico Würtemberg. th. 55. Matthias Ste-
phani cent. 3. quæst. 76. Hieronymus Pauschman. in decla-
ratione præcipuar. quæst. circa mater. loc. conduct. &c.
quæst. 13.* Idque fusius explicatur infra *num. 82. & seqq.*
Quòd si etiam pluribus Studiosis habitatio sit locata; & 49
unus eorum, non solutâ ratâ mercedis parte, illam de-
serat: cæteri integram pensionem solvere non tenentur.
Angel. *in l. duo fratres. 78. num. 2. ff. de acquir. vel omitt.
hered.* & Jason *in l. 1. n. 28. C. qui testam. fac. poss.* quos
refert ac sequitur D. Becerus *d. class. 2. disput. 4. thes. 28.
& in hoc tit. nu. 77. p. 411.* Cæterum is, qui operas suas 50
locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per
eum non stetit, quò minùs operas suas præstaret, *l. qui o-
peras. 38. ff. locati.* nec eodem locationis tempore ab alio
mercedem accepit. *l. sed addes. 19. §. cum quidam exce-
ptor. 9. & §. seq. ff. eod. l. item functio. 4. ff. de offic. adsessor.
Gravellus decis. Senatus Delphi 84. num. 1. cum seqq. fol.
228. & seq.* Hinc licèt Doctor seu Professor, propter pe- 51
stem in loco grassantem, vel similem causam adversam,
non per totum annum legat, sed tantum in principio: ta-
men nihilominus integrum totius anni salarium petere
potest. *Natta consil. 452. cum [illegible] laudans Mozz. in aict.
tract. de locat. & conduct. [illegible] accidentalib. locat. num.
43. p. 424. Gail. lib. 1. observ. 44. num. 13.* Similiter si 52
Professor, Advocatus, vel Medicus in exordio anni lo-
cationis moriatur: integrum salarium totius anni heredi-
bus ejus debetur. *l. 1. § Divus Severus. 13. ff. de var. & ex-
traord. cognit. d. l. qui operas. 38. in princ. & §. 1. d. l. sed
addes. 19. §. cum quidam. 9. & §. seq. ff. locati. d. l. 4. ff. de
offic. assessor. l. penult. C. de condict. ob caus. dator. l. post
duos. 15. §. 1. C. de advocat. divers. judicior. Gail. d. ob-
serv. 44. num. 12. Dec. consil. 70. Knichen. cent. 5. com-
mun. opin. concl. 85. Cephal. consil. 70. & 71. lib. 1. Man-
telli. consil. 91. incip. quod Rolli [illegible] num. 1. & 2. Sebastian.
Medices in tract. Mors omnia [illegible] part. 3. num. 26. Co-
rasius d. part. 2. tit. de officio [illegible] num. 3. pag. 151.
Rivez. d. loco. nu. 44. Bonus in tract. singulari. de privileg.
ICtorum. part. 1. cap. 22. Dn. Collega Besold. in delibat. jur.
ex lib. 19. ff. quæst. 5. pag. 33. & in thesauro pract. verb.
Besoldung, & in dissertat. de Studiosis, Magistris, &
cap. 9. p. 105.* Doctor pariter, qui propter supervenien-
tem senectutem, vel aliam infirmitatem, professuræ am-
plius sufficere nequit, minimè propterea removeri, aut
salario privari debet. Spectat enim ad Principis curam,
ne is, qui consenuerit in officio aliquo digniori, indigeat
in senectute, *arg. l. Lucius. 11. in princ. ibi, veteranis in
præmia assignatis. ff. de evictionibus. Speckhan. cent. 2.
class. 1. quæst. 10. hancque laudans Dn. Besold. d. cap. 9. pag.
107. & Joh. Limnæus tom. 3. de jur. publ. Imp. Rom. lib. 8.
cap. 3. num. 37. & seq. & David Mevquart. apud Aru-
mæum de jure public. vol. 3. discurs. 18 [illegible] p. 301.*
Hinc quoque famulus, famulave aut nutrix, licet mor- 53
bo, aliave justâ causâ impeditus, vel impotens fuerit, quo
minùs officium suum fecerit: integram tamen mercedem
petere poterit. *l. cum heres. 4. §. Stichus. 5. ff. de statu-
liber. l. ult. §. 1. ad [illegible] ff. ad leg. Rhod. de jact. & le-
gibus antè allegatis.*

Nec obstat *l. ex conducto. 15. § item cum quidam. 6. ff.* 54
*locati. & l. si pecuniam. 5. in princ. ff. de condict. causa
data, caus. non secut. cum similib.* ex quibus colligitur,
quòd, etsi quis casu fortuito, veluti adversâ valetudine,
vel aliâ justâ causâ impeditus fuerit, quo minus præstet
id, ob quod præstandum aliquid accepit; ab eo tamen,
quod datum est, repeti queat. Quòd si datum repetere 55
potest, qui dedit; multò magis nondum datum retinere
poterit. Cui enim damus actionem ad repetendum; ei
multò faciliùs damus exceptionem ad retinendum *l. in-
vitus. 156. §. 1. ff. de reg. jur. cap. qui ad agendum. 71.* eo-

dem

dem tit. in 6. Illud, *inquam,* non obstat. Regula namque ista (quòd, quotiens quid ob causam datum est; eâ causa, etiam fortuito casu non secutâ, datum repeti possit) procedit in illis, qui operas suas non ad certum aliquod tempus sed indefinitè locarunt. *d. l.* 15. §. 6. *ff. locati & similibus:* fallit verò in illis, qui certum ad tempus locârunt suas operas: quales sunt advocati, & alii artifices, de quibus in legibus suprà pro nostrâ assertione adductis. Atq; ita docuerunt *Speculat. in tit. de locato. §. postquam. n.* 20. *Ioan. Vaud. lib.* 1. *quæst. var. q.* 7. *Bocer. d. class.* 2. *disp.* 4. *th. f.* 29. *cum seqq. & in hoc tit. num.* 81. *& seqq. p.* 412. *Hackelman. disp.* 11. *th.* 12. *lit. b. & d. Mathias Stephani cent.* 3. *quæst.* 75. *& noviter Hunnius lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 2. *quæst.* 8. *& in resolut. ad Treutler. volum.* 1. *disput.* 29. *quæst.* 8. *part.* 1756. Quamvis alii communiter dissentiant. *Bartol. in l. si uno (aliâs est d. l. ex conducto.* 15.) *§. cum quidam.* 5. *ff. locati. Jason num.* 48. *Curt. Sen. & Cagnol. num.* 215. *& Bolognet. num.* 72. *in d. l. diem functo.* 4. *ff. de offic. assessor. Panormitan. in cap.* 1. *num.* 6. *de cleric. ægrotant. Vivius lib.* 2. *opin.* 108. *Lunglois d. decis.* 5. *quæst.* 4. *num.* 7. *fol.* 58. *Gomez. d. tom.* 2. *var. resolut. cap.* 3. *num.* 3. *ubi & alios citat.*

56 Sed quo tempore artifex, qui operam suam ad opus aliquod faciendum locavit, mercedem promissam petere queat, ambigitur? Et cum nonnullis distinguendum videtur inter opus, quod brevi tempore, & sumptu exiguo perfici potest: & illud, quod sumptum ac victum magnum, longumque tempus requirit. Priore casu non, nisi perfecto opere, merces debetur: tum quia locatio & conductio similis est emptioni & venditioni, *per hunc* 57 *textum nostrum. & d. l.* 2. *ff. locati.* At emptor precium dare venditori non tenetur, priusquàm ab eo rem venditam acceperit. *l. qui pendentem.* 25. *ff. de act. empt. l. pure.* 5. *§. si servus.* 4. *ff. de dol. mali & met. except.* Proindeque regulariter nec artifici ex locatione & conductione merces debetur, antequàm is operam debitam 58 præstiterit. Tum quia merces hanc conditionem recipit, *si opus fecerit.* Fecisse autem is non [illegible], qui non propriam formam, quæ ex consummatione contingit, dederit *l. si is, qui* 80. *§.* 1. *versic. sed* [illegible] *ff. ad leg. Falcid. l. rei.* 5. *§.* [illegible] *l.* [illegible] 139. *in fin. ff. de verb. significat.* Est enim stipulatio, opus fieri, individua: cujus 59 divisio corrumpit stipulationem. *l. eadem* [illegible] 4. *§.* 1. *& l. stipulationes non dividuntur.* 72. *ff. de verb. obligat.* Unde si famuli, famulævè, operarii, aliive ante finitum 60 locationis-conductionis tempus ex famulitio discedant, neque justam habeant sui discessus causam; merces ipsis non debetur: & insuper quoque Magistratûs pœnæ subjacent, *arg. l. qui hoc anno.* 42. *& l. cum* [illegible] 138. *in princ. ff. de verb. oblig. Fürstl. Würtemberg. Alt-Landrecht,* 61 *pag.* 216. *tit. Von Ehehalten, Dienstleuten und gedingten Arbeitern, &c. erneuert Landrecht, d. part.* 2. *tit.* 17. *pag.* 300. *Item Landsordnung, pag.* 99. *in fin. Bald. in l.* 2. *num.* 2. *& ibid. Sichard. num.* 4. *C. de locato. Plebst. d. disput.* 2. *de jure top. Würtemberg. th.* 59. Posteriore verò casu (quo scilicet opus sumptum & victum magnum, longumque tempus desiderat) sicut operæ præstantur particulariter: ita & merces particulatim post cœptum opus, & antequàm perfectum fuerit, debetur, & solvenda est, etiam in futuram operam, *arg. l. Julianus.* 13. *§. inde quæritur.* 9. *ff. de actionib. empt.* dummodo satisdet artifex, in opus illud pecuniam impensum iri, *argum. l. insulam.* 58. *§. fin. ff. locati. D. Bocer. hic num.* 78. *pag.* 412. *& d. class.* 2. *disp.* 4. *th.* 32. *lit. c. ed.* 2. Illiusque ratio est perspicua: quia alias, nisi per particulas solveretur merces, plurima ædificia nunquam extruerentur: cùm victus artificibus defuturus esset: *ut rectè sentit Cynus* 62 *Bald. & Sichard. num.* 2. *&* 3. *in d. l.* 2. *C. de locato.* Planè, si artifex opus faciendum intra certum tempus conduxit, hocque non absolvit, aut ex sua negligentia tantum temporis labitur, quoniam perfici nequit: locatori omne interesse præstare cogitur. *l. si ita stipulatus.* 14. *d. l. stipulationes non dividuntur.* 72. *in princ. vers. Celsus & l. si insulam.* 84. *ff. de verbor. oblig. l. si quis ab alio.* 13. *ff. de re judicat. Fürstl. Würtemb. Alt-Landrecht. p.* 216. *tit. Werckmeister so sie Werck verdingen, &c. erneuert Landrecht, d. pag.* 300. *Wann auch, &c.* Porrò si plures 63 simul opus faciendum conduxerunt: singuli locatori in solidum sunt obligati, & quilibet potest conveniri. Si verò divisa conductio fuit; singuli pro partibus duntaxat conveniri debent: nisi ipse architectus locatori interesse solvere paratus sit: quo casu ad perficiendum opus cogi nequit, *l. si divisa.* 13. *ubi Sichard. C. de locato. Fürstl. Würtemb. Alt-Landrecht, pag.* 217. *tit. Wann zween, drey oder mehr ein Werck verdingen. & pag.* 218. *in princ. Ernewert Landrecht. part.* 2. *tit.* 17. *pag.* 301. *§. Begebe sich auch. cum §. seq. Plebst. d. disp.* 2. *thes.* 61. *edit.* 1.

Illud quoque hoc loci non prætereundum est: quòd 64 interdum locato, etiam ante exactum locationis vel conductionis tempus, possit expellere conductorem, eumque cogere, ut rem restituat: veluti, si conductor pensionem sive mercedem justo tempore non solvat: vel malè in re locata versetur: vel locator propriis usibus rem sive domum sibi necessariam esse doceat: aut rursum reficere & instaurare velit, *l. quæro.* 54. *§.* 11. *l. cum domini.* 56. *ff. locati. l. æde.* 3. *ubi pulchrè Bart. Odofred. Angel. Salicet. Fulgosius & Sichardus. C. de locato. ibique Azo in sua summâ. num.* 13. *c. pen. §.* 1. *ext. cod. Nov.* 120. [illegible] 8. *& Auth. qui rem. C. de SS. Eccl. Fürstl. Würtemberg. Alt-Landrecht. pag.* 213. *tit. Auss was Ursachen der Beständer mag vor dem Ziel, &c. & pag. seq. ernewert Landrecht, d. part.* 2. *tit.* 17. *pag.* 298. *in princ. Vincent. Caroc. in tract. locati & conduct. part.* 2. *tit. de reconsation. p.* 195. *Joan. Petr. de Ferrariis. in sua pract. in forma libelli, quo agitur ad facti præstationem & relaxat. num.* 6. *&* 7. *latè, post alios, Alvarus Valasc. in tr. de jure emphyt. q.* 21. *& seqq. Lunglois d. decis.* 5. *quæst.* 5. *n.* 2. *cum seqq. fol.* 59. *Magonius decis. Lucens.* 75. *n.* 6. *Manlius d. tract. de locat. conduct. tit.* 7. *nu.* 16. *item Petr. August. Morla in emporio juris utriusque part.* 1. *tit.* 10. *de locato. in præmiss. num.* 24. *& seqq. nec non Jacobus Cancerius part.* 1. *variar. resolut. jur. cap.* 14. *n.* 3. *cum seqq. fol.* 162. *cum seqq. & D. Besoldus in d. delibat. jur. ex lib.* 19. *ff. quæst.* 1. *pag.* 34.

Non adversatur *l. si duo.* 3. *§. cùm inquilinus.* 3. *ff. uti* 65 *possidetis.* Ibi dominus ædium voluit domum reficere: inquilinus dominum reficere volentem prohibuit: Ulpianus respondit, dari hoc casu interdictum uti possidetis. Igitur dicendum videtur, quòd locator sive dominus inquilinum expellere nequeat, ubi domum reficere cupit. Si, invito inquilino dominus ædium non potest ædes reficere: ergo multò minus poterit invitum inquilinum, ob refectionem, expellere. Non, *inquam,* illa lex adversatur. Nam in eâ refectio necessaria non fuit: ac propterea inquilinus, qui ob refectionem incommoda patitur, refectionem admittere noluit. Inde orta controversiâ, ne alter alteri vim inferat, datur interdictum uti possidetis: quo interdicto Prætor inquilinum in possessione, donec causa refectionis fuerit discussa, defendit. Atque ita illam legem exaudit Joannes Borcholt. *part.* 2. *disput. de locat. proposit.* 6. *pag.* 403. Tametsi aliter eandem legem accipiat Vultejus *hic num.* 35. Enimverò eo casu 66 quo expellitur conductor ideo, quòd malè in re versatur, ex communi DD. sententia integram pensionem locatori præstare tenetur: eò quòd conductor propter culpam suam, & in sui præjudicium perinde habeatur, ac si rem adhuc teneret. Et fundamentum hujus assertionis 67 quoque constituitur *in auth. qui rem hujusmodi. Cod. de SS. Eccles.* ubi rem conducens ab Ecclesiâ, si fecerit eam deteriorem, tenetur primò solvere integram pensionem deinde etiamsi aliquâ parte meliorem fecerit: illa melioramenta, hoc est, ea, quibus res melior effecta est, perdit.

Neque obstat, quòd hac ratione locator locupletetur 68 cum conductoris damno & jactura, *contra l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb. & l. jure naturæ.* 206. *ff. de reg. jur.* Quia damnum, quod quis sua culpa sentit, 69 sentire non intelligitur. *l. quod quis.* 203. *ff. d. tit.*

Sic non refragatur, quòd locator damna sibi data aliis 70 actionibus, puta locati & legis Aquiliæ, persequi possit. *Etenim* conductor propterea, quòd in re conducta malè

Digitized by Google

versatus est, bonamque fidem fregit, præter restitutionem damni, puniri debet. Ac sanè cum hoc casu per ipsum conductorem steterit, quò minus conditio contractûs fuerit adimpleta, perinde habetur, ac si adimpleta fuisset, *arg. l. si pec. 5. ff. de condict. causa dat. causa non sec.* Atque ita tradunt *Cynus, Baldus, Salicet. & Sichard. in d. l. æde. 3. C. de locato. Fürstl. Würtemb. alt Landrecht, p. 214. §. Es ist auch im ersten, &c. erneuert Landrecht, d. part. 2. tit. 17. pag. 298. §. So begibt sich. ad finem. Dn. Bocer. d. class. 2. Disput. 4. th. 38. Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 5. lit. d. & ibi Bachovius in suis not. pag. 1115. itemque Hunnius quæst. 14. pag. 1768.*

71 Sed & conductorem, ob non solutam etiam unius anni pensionem, statim ex domo conducta expelli posse, probabiliter comprobatur *per d. l. æde. 3. C. de locato.* ubi habetur, conductorem durante locatione expelli non posse æde conducta, si domino pensionem in solidum solvit. Ergo argumento à contrario sensu sumpto, si pen-
72 sionem etiam unius anni non solvit, expelli potest. Sermo namque simpliciter prolatus, de primo actu intelligitur, id est, unico actu perficitur, consumitur, atque finitur, *arg. l. boves 89. §. 1. ff. de verb. sign. Jason in l. duobus [illegible] §. si ei, qui ff. de jurejur. Felin. in c. 2. ext. de trenga & pace. Tiraquell. in peculiari repetitione dicti §. 1. quam inscripsit Tractatum in l. boves §. hoc sermone ff. de verb. sign. eosque referens D. Gæddeus ad d. l. boves 89. §.*
73 *1. ff. eod. tit.* Idque adeò procedit; ut, licèt pactum de conductore non expellendo, in locationis contractu adjectum sit: nihilominus tamen, si pensioni non satisfaciat: expelli possit: quia semper hæc conditio, in pacto isthoc locationi adjecto, tacitè subintelligitur: si pensionem conductor debito tempore paruerit, *l. 2. ff. si ager vectigalis. & c. d. l. quæro 5 4. §. 1. atque Gothof. eod. ff. locat.*
74 Quæ lex nostræ opinioni non repugnat, dum statuere videtur, tum demum conductorem rectè expelli posse, si biennio continuo pensionem non solverit. Quod enim de biennii tempore illic adfertur, non ad legis decisionem, sed ad facti narrationem pertinet, ex quâ nihil concludi posse, notissimum est. *Accurs. in l. un. ad verb. quotiens in vers. vel die tertio &c. C. quando non petentium*
75 *partes petentib. accrescunt.* Siquidem & aliàs dici solet; enunciativa verba neutiquam disponere; *arg. l. ex his verbis 7. C. de testamento militis Coras. ad l. 2. n. 2. C. de jure emphyteut.*

76 Sic quoque non refragatur *prædicta l. cum domini 56. ff. locati.* ubi traditur; quòd, si biennii spacio conductor non satisfaciat pensionibus; tunc possit dominus pro securitate pensionis domum conductam aperire, & per Notarios describere, quæ ibi reperiuntur. Nam istic non fit post biennium expulsio; sed bona absentis, & per biennium non apparentis conductoris, per publi-
77 cas personas sive Notarios describuntur. Quod utique non citò, nec temerè fieri debet: cùm detegere res alienas & secreta patrimonii alterius pandere, valde durum, inhumanum & odiosum sit, *l. 2. vers. quid enim tam durum, &c. C. quando & quib. quarta pars debetur, &c. l. ibi, ne secreta patrimonii, &c. C. de aliment. pupillo præstand. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controversiar. assert. 73.*

78 Tandem & illud hîc subjiciendum; quòd colonus vel inquilinus, qui rem habet conductam per multos annos, etiamsi dubitetur an ipse solverit pensionem elapso tempori debitam, si ipse ostenderit, se solvisse tribus proximis annis, habeat suam intentionem fundatam, quòd scilicet retrò solvisse præsumatur: dummodo solutio facta fuerit tribus annis continuis, ac tribus solutionibus distinctis, unoquoque anno factis, *l. quicunque 3. ubi Bald. C. de apochis publicis, &c. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 139. Mascardus de probationib. conclus. 603. vol. 2. Augustinus Morla in d. Emporio juris part. 1. tit. 30. de locato, in præmissis num. 36. & alii, ab iis magno numero designati.* Sed & illud addendum: quòd conductori liceat res, quas ipse conduxit, alteri locare: modò aliter non fuerit deductum in pactum cum primo locatore: & modò primus locator non patiatur damnum, *l. nemo. 6. C. de locato.* Enim verò secundus conductor tenetur pensionem solvere non primo, sed secundo locatori, cum quo contractum iniit. Idque fusius, *post Covarcium, part. 2. quæst. 15. Tuscum tom. 5. concl. 413. Hectorem Felicium de societat. C. 28. & alios,* explicat Martinus Bonacina *in tract. de contractib. & restitut. disp. 3. quæst. 7. punct. 1. n. 4. p. 556.*

Conducti actio datur conductori, *l. ex conducto 15. in* 79
princip. ff. locati. ejusque heredi, *l. sed addes 19. §. ex conducto 8. ff. eod.* adversus locatorem, ad hoc potissimum; ut sibi re conductâ uti frui licere præstet, aut interesse solvat, *l. si tibi alienam 7. cum 2. ll. seqq. d. l. ex conducto 15. §. 1. l. si in lege 24. §. colonus 4. l. si fundus 33. & passim ff. locati. Jul. Pac. cent. 3. [illegible] q. 16. Mynsinger. hic nu. 5.* ut domum locis necessariis reficiat, vel mercedem pro ratâ temporis, quo ædibus commodè uti conductor nequit, remittat, *d. l. ex conducto 15. §. 1. & l. habitatores 27. ff. locat. ibique in paratit. Wesenbec. num. 26.* ut damna locatæ rei vitio contracta refundat: si modò vitium illud sciri potuerit, vel res tanquam ab artifice locata sit (ut si vas vitiosum à viatore locetur) atque ita sciri vitium debuerit. Secus est, si lateat vitium, ita ut prudentissimum fallat: nec in illâ locandâ artificium suum quasi rei bonæ & integræ locator profiteatur: ut si ager conductus herbas noxias ferat, *l. sed addes 19. §. 1. ff. locati. l. in judicio 28. Cod. eod. Wesenbec. d. loco, Treutler. Disput. 29. vol. 1. th. 7. lit. c. Oldendorp. class. 4. actionum forens. act. 9.* Item experitur conductor hac 80
actione adversus locatorem: ut ob rei locatæ interitum, sterilitatem, vimque majorem, mercedem vel in totum; vel pro parte remittat. Et sane, si, locatione & conductione ritè perfectâ, res conducta tota fortè incendio vel terræ motu perierit, aut publicata sit, ut eâ frui vel uti conductor non potuerit: pro ratâ temporis, quo rei fructus ususve cessavit, merces conductori remittitur, & si fuerit soluta; restitui debet. Sin rei duntaxat pars sit amissa: & pro ratâ temporis, & pro illâ tantum parte amissâ, quâ frui vel uti conductor non potuit, mercedis remissio & exoneratio fieri debet, *l. si quis domum 9. §. 1. in fin. d. l. ex conducto 15. §. cum quidam 3. d. l. si fundus 33. & l. Marcius 59. ff. locati. Gail. lib. 2. obs. 23. n. 23. & seq.* Similiter si non ipsa res conducta casum adversum passa sit: sed sterilitas, vel aliud damnum haud modicum in fructibus contigerit: ut si vis fluminum, graculorum, sturnorum, hostium, vel quid simile acciderit: damnum domini est, non coloni: ne suprà damnum seminis amissi, mercedes fundi præstare cogatur, *d. l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis 2. & §. ubicunque 7. l. si merces 25. §. vis major 6. ff. locati l. licet 8. C. eod. c. propter sterilitatem 3. ext. h. tit.* Et eâ de re abundantius agunt *Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c. 3. num. 23. Didac. Covarruv. tom. 2. practicar. quæst. c. 30. nu. 1. Menoch. lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 1. cas. 76. & 77. Mozz. in tractat. de locat. & conduct. cap. de accidentalibus locat. num. 8. cum seqq. Panschmann. in suis quæst. circa materiam locat. quæst. 1. & seqq. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 71. Josephus Ludovicus lib. 1. conclusionum, concl. 12. Vincent. Caroc. d. tract. locati & conduct. part. 3. tit. de remissione mercedis. p. 330. cum seqq. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 76. nu. 14. cum seqq. pag. 262. Johan. Garsia in tr. de expens. & meliorat. cap. 15. Anton. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 18. Sebastian. Medic. in tr. de casib. fortuit. 2. part. qu. 10. num. 39. Petr. Augustin. Morla in d. Emporio jur. part. 1. tit. 10. qu. 1. n. 6. & seqq. Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disput. 29. qu. 23. p. 1780. & seqq. novissime Breitschwerdt in tr. de casibus fortuit. cap. 8. sect. 5. & seqq.* Etsi verò propter 81
causas prædictas, & similes, mercedis remissionem, & exonerationem locator conductori præstare tenetur: attamen si alio quodam sequente anno, immodica & solito major ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur: etiam pro eo anno, qui sterilis fuit, integra pensio exigi poterit, *d. l. ex conducto 15. §. si uno anno 4. ff. locati. d. l. licet 8. & l. excepto 18. C. eod. ibique Azo in sua summâ num. 33. d. cap. propter sterilitatem ext. d. tit.*

Bocer.

Digitized by Google

Bocer. d. class. 2. disp. 4. th. 70. Gomez. loco paulò ante notato. Doctor Marta tom. 3. digestorum novissimorum tit.
82 *remissio mercedis cap. 1. fol.* 289. De eo (quod & suprà
leviter attigi *num.* 48.) sæpiusculè dubitatum memini:
an inquilinus ob pestem grassantem emigrare possit, ita
ut pensionem integram solvere non teneatur? Et Andreas Gail. *dicto lib. 2. observ. 23. nu. 7.* (relatis atque
rejectis aliorum diversis opinionibus, *Baldi in d. l. licet 8.
n. 5. C. de locato, Panormitani in d. c. propter sterilitatem
3. nu. 8. ext. eod. Socini Senioris cons. 44. n. 4. vol. 1. &
Bertachini in tract. gabellarum part. 2. n. 25.*) hoc modo
distinguendum existimat: Aut pestis in loco contractûs
brevi tempore durat, putà per aliquot tantùm menses:
aut est diuturna unius vel plurium annorum, & in vici-
83 nia domûs conductæ potissimum grassatur. Primo casu
non datur remissio pensionis, si colonus sive inquilinus
emigrârit: altero verò datur. Hujusque ratio est: quia
merces datur pro rei usu. Si igitur inquilinus re conductâ, tanto tempore, absque suâ culpâ uti non potest: iniquum foret, cum & rei usu carere, & integram persolvere pensionem debere. Eâdem de re consulantur quoque
*Joan. Francisc. à Ripa in tract. de privileg. contract. caus.
pest. num. 22. Alex. cons. 107. vol. 3. Arnold. Ferronus in
consuet. Burdegalensib. c. 8. §. 3. Petrus Nicol. Moxx. d. tr.
de locat. c. de accidentalib. locat. num. 6. Covarr. d. tom.
2. pract. quæst. c. 30. Antonius de Gamma decis. Lusit. 73.
fol. 68. Valascus d. tract. de jur. emphyt. qu. 27. nu. 2.
& alii, ab illis allegati.* Cæterum de illhoc, & similibus
casibus jus nostrum renovatum Würtembergicum ita
disponit, *d. part. 2. tit. 17. p. 298. Hingegen*, i. e. *Ex
adverso, quanquam nemo facile à conductione recedere
priùs queat, quàm exierit dies; tamen conductori ante diem
recedere tùm licebit, ubi periculum erit ne ædes conductæ
ruant; aut cùm aliud quid periculi imminebit, veluti cum
ingruente pestilentiâ, bello, calamitate, quæ conductor ab
initio ignoraverit, ei prædium deserere necesse fuerit. Si
id, aut simile quid eveniat (de quo judicis arbitrium esto)
tum liceat inquilino ex ædibus ante diem recedere; nec tenetur pensionem ultra id tempus præstare, per quod ædibus usus est.*
84 Sed & eo casu conductor, quo in domo conductâ tetris imaginibus, nocturnis illusionibus & tumultibus inquietatur justam emigrandi causam habet; ita ut ex eo
tempore, quo hujusmodi tumultus excitati & spectra visa sunt, à præstatione pensionis liberetur. Hujusque ratio manifesta est: quia cum sine conductoris culpa non
liceat ipsi ædibus conductis tutò uti: æquitati haud consonum esset, ab ipso integram pensionem exigi: cum pro
85 usu rei præstari pensio soleat. Ita decidit Didacus Covarruv. *lib. 4. variar. resol. c. 6.* cumque laudans Treutler. *d. vol. 1. disput. 29. th. 5. lit. B.* ibique Hunnius *in
suis resolut. p.* 1769. Porrò, prædictis casibus advenientibus, conductor emigrare volens, necesse habet domino id denunciare, domum evacuare, claves restituere,
vel ritè deponere & protestari: ut *post alios*, tradidit
Vincent. Carocius *d. tract. locati & conduct. part. 3. t. de*
86 *remission. mercedis num.* 47. & 51. *p.* 309. Denique agit
conductor contra locatorem, ad hoc, ut impensas tum
necessarias, tum utiles, in rem locatam factas restituat;
aut conductorem, (ne ipsi suum officium sit detrimentosum) tollere eas patiatur, *dict. l. si quis domum 9. §.
1. vers. idem quærit. dict. l. sed addes 19. §. si inquilinus
5. l. dominus horreorum 55. §. 1. l. cùm in plures 60. §.
vehiculum 8. cum l. seq. in pr. ff. locati Cujac. lib. 10.
observ. c. 4. in fine. Cancerius part. 3. var. resolut. jur. cap.*
87 *6. nu. 80. fol.* 151. Hinc vehementer controvertitur:
annè conductor sumptus, in rem conductam fructuum
colligendorum causa factos, repetere à locatore possit,
quando ad perpetuam rei utilitatem facti sunt? Et (nil
remorante negativâ opinatione Pauli de Castro, *in consil. 270. lib. 2.*) affirmantium sententia verissima videtur.
Etenim conductor repetere potest sumptus, qui cedunt in
perpetuam utilitatem rei conductæ. *d. l. dominus horreorum. 55. §. 1. & l. colonus. 61. in princ. ff. locati.* Atqui tales sunt sumptus, de quibus hîc agitur. Igitur conductor
eos repetere poterit. Et ita docent *Ruinus consil. 135. l. 3.
Rolandus à Valle consil 28. lib. 1. hosque referens Fachineus
lib. 1. controversiar. jur. cap. 85. & noviter Hunnius in
resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 7. qu. 22. p.* 1779.
Non infringit hanc sententiam, quòd sumptus illi, de 88
quibus nunc quæritur, facti sint colligendorum fructuum
gratiâ: & ideò conductori restitui non debeant, *arg. l.
sumptus 48. ff. de rei vindicat. & l. fructus 7. (aliàs l. divortio) §. impendia 16. ff. soluto matrimon.* Hoc quippe
intelligendum est de iis sumptibus, qui solummodo fiunt in fructuum perceptionem, veluti in arandum, serendum, & similia: non verò de illis sumptibus, qui
simul spectant ad perpetuam rei utilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque ita sunt necessarii.
Sic quoque non obstat, quòd conductor sit obligatus 89
ad omnia ea facienda, quæ pertinent ad utilitatem &
culturam agri *l. si merces 25. §. conductor. 3. ff. locati. Falsum* namque est, conductorem obligatum esse ad ejusmodi sumptus faciendos. Licèt enim agrum colere te- 90
neatur: non tamen ad sumptus ingentes faciendos, quibus ille longè melior & pretiosior reddatur, adstringitur.
Similiter non adversatur, quòd conductor ipse uberiores fructus percipiat, si istiusmodi sumptus, qui ad perpetuam rei locatæ utilitatem pertinent, in rem conductam faciat, *arg. l. 1. §. ult. ff. de aquâ, & aqua pluv.
arcenda.* Nam ratio habenda non est ejus utilitatis &
commodi, quod conductor percipit occasione sumptuum, ad perpetuam utilitatem rei conductæ factorum:
quia hoc commodum temporaneum est, & non perpetuum. Et si ratio ejus habenda esset: nunquam ejusmodi sumptus repeterentur, quia nunquam ferè accidere potest, ut res locata melior & pretiosior reddita,
majora commoda & emolumenta non afferat: & tamen
certum est, hujusmodi sumptus repeti posse: quoniam ipsa æquitas suadet, ut locator, qui ex illis perpetuam utilitatem percepturus est, locupletior non efficiatur cum detrimento & jacturâ conductoris: & consequenter onus illud refundendorum sumptuum ipsi
conductori, sustineat, *l. secundùm naturam 10. ff. de
reg. jur. Fachin. & Hunn. locis præallegatis.*
Pro complemento hujus loci quæri poterit: quis col- 91
lectas & tributa solvere teneatur, locatorné, an verò
conductor? Et cùm certum sit, tributa, census & collectas ab iis solvi debere, qui rem jure proprio possident:
rectè concluditur; locatorem qui solus possidet, teneri,
& obligatum esse ad solvendas collectas & tributa, non
autem conductorem, *arg. l. 2. C. de annonis & tribut. l.
Imperatores 7. ff. de publicanis & vectigal. l. hi, penes quos
4. ibique Bart. C. de agricol. & censit. Alex. consil. 35. n.
1. vol. 4. Jason in l. fructus 7. n. 14. ff. soluto matrim. &
in l. 1. nu. 30. & 32. C. de jur. emphyt. Natt. consil. 409.
numero 3. & seq. Bolog. consil. 54. Bellon. consil. 27. n. 9.
& 10. Paris. consil. 25. nu. 10. vol. 1. quos citat, & sequitur Augustinus Morla prædicta part. 1. Emporii jur. t.
10. in præmissis nu. 37. Quibus adjiciendus est Acacius
Antonius de Ripoll. var. jur. resol. d. cap. 12. n. 255. fol.
400. ubi plures refert.* Tametsi conductorem ad longum
tempus, ad collectas & tributa (ad instar emphyteutæ,
de quo infrà § 3. num. 392. & seqq.) teneri, post alios,
quos citat, existimet Alvarus Valascus *in tract. de jur.
emphyt. quæst. 17. nu. 26. & seq.* item Vincent. Caroc.
in tr. locati & conduct. part. 2. tit. de collectis nu. 7. pag.
134. & Caspar Klock *in tract. nomico-polit. de contribut.
c. 11. num. 164. cum seqq. fol. 238. & seqq. ubi pluribus
id declarat.* Vide quoque aliter sentientem D. Besoldum
& Coburgerum *in disput. inaugurali, de expensis conclus.
75. ubi pro se allegans Gars. de expens. & melior. c. 14.
n. 18. & Pinel. in l. 1. C. de bonis matern. part. 2. n. 72.
in ampliat.* 10. Vide item Doctorem Martam *tom. 4. digest. novissimor. tit. collect. c. 14. & seq.* Vide denique Dn.
Bocerum, qui relatis & refutatis variis Interpretum opinionibus, rationibus non contemnendis concludit:
nullum regulariter conductorem, ad contributionum
sive collectarum onus sustinendum, jure cogi posse, *in
tract. de jure collectarum cap. 10. nu. 18. & seqq. p. 139.
cum multis seqq.* Addenda quoque illa est quotidiana &
utilis quæstio: Quis pedagium solvere debeat; conductor,

ctor, vel locator? Et ita quidam distinguunt: Aut ex capitulis publicanorum sunt distincta pedagia, quæ imponuntur animalibus portantibus, & rebus portatis: & tunc dominus muli vel navis solvet pro navi vel mulo, & dominus de rebus portatis. Aut verò non sunt distincta pedagia; sed vectigal solvendum est pro summâ portata super animali: & tunc dominus rei in solidum tenetur, *l. cùm in plures 60. §. vehiculum 8. ff. locati conducti. Bald. in l. acceptam 19. in quæst. 15. C. de usur. Imol. in c. indicante 4. col. 3. de testament. eosque referens Carocius d. part. 2. tit. de vectigalibus p. 136.*

§. Et quæ suprà diximus. 1.

Et quæ suprà diximus, si alieno arbitrio precium permissum fuerit: eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quâ de causâ si fulloni polienda, curandave, ac sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constitutâ, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.

SUMMARIA.

1 *Ut in emptione certum precium, ita in locatione certa merces constitui debet.*
2 *Actio præscriptis verbis ex quo contractu detur.*
3 *Quatuor contractuum innominatorum genera.*
4 *Plura sunt negocia, quam vocabula.*
5 *Actiones, ex innominatis contractibus nascentes, quibus nominibus designentur.*
6 *Cur illæ appellentur utiles in factum, & præscriptis verbis.*
7 *Actiones ordinariæ sive directæ olim non integris verbis, sed notis tantùm in albo Prætoris proponebantur: actiones verò præscriptis verbis plenis & integris verbis a Prætore dabantur.*
8 *Hujus diversitatis ratio.*
9 *Locatio nunquid uno nummo fieri possit.*
10 *Unus nummus precio opponitur.*
11 *Explicatur l. si ususfructus 66. ff. de jure dot.*
12 *Perfecto locationis contractu, merces remitti potest.*

1 UT in emptione & venditione precium debet esse certum: nec subsistit emptio & venditio hoc modo facta, quanti Titius rem æstimaverit sive arbitratus fuerit, Titio precium non definiente: ita in locatione & conductione certa merces debet constitui; nec valet locatio & conductio, mercede in arbitrium Titii collatâ, Titio mercedem non statuente, *§. sed & certum 1. s. titul. proximo l. si merces 25. in princ. ff. locat. l. ult. C. de contrah. empt. & hoc §. nostro.* Quare si fulloni polienda vestimenta, vel sarcinatori sarcienda, nullâ certâ mercede statim constituta, dedero: locatio & conductio non e-
2 rit. Verùm quia negocium civile inter nos gestum est, re traditâ, acceptaque poliendâ, pro pactione nudâ non habetur, sed est contractus, qui proprio nomine caret, ex quo datur actio in factum seu præscriptis verbis, *l. juris gentium 7. §. 2. ff. de pact. l. si tibi polienda 22. ff. de præscriptis verbis.* Ubi eleganter Cajus sic distinguit: ut, si gratis vestimenta polienda dederim, contractus
3 sit mandati: si mercede, si quidem protinus datâ, aut constitutâ, sit locatio: si vero postea constituendâ mercede, sit contractus innominatus; hoc est, talis contractus, qui proprium & legitimum nomen non habet. Et hujusmodi innominati contractus ad quatuor tantùm rediguntur genera: do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, *l. natur. 5. ff. de præscriptis*
4 *verb. &c. & expositum est s. in §. 1. tit. de obl.* Cur autem hi contractus proprium ac certum nomen non habeant, sed circumscribantur, hæc est ratio: quia naturâ rerum conditum est, & inductum; ut plura sint negocia, quàm vocabula, auctore Ulpiano *in l. natu-*
5 *ra 4. ff. de præscriptis verb. &c.* Sanè actiones quoque, quæ ex innominatis sive incertis his contractibus nascuntur, nomine proprio vacant: & communi omnes vocabulo trifariam appellantur: actiones utiles, *l. cùm mota 6. in fin. C. de transact. l. 1. C. de pact. conventis l. quoties 3. C. de donation. quæ sub modo, &c.* in factum *l. 1. §. 1. & §. ult. l. si tibi rem 13. in princ. l. duo 23. ff. de præscript. verb. l. 1. §. 1. ff. de rer. permutat.* & præscriptis verbis *l. 2. d. l. 5. §. 2. l. 7. l. 8. & passim ff. de præscriptis verbis, & in factum actionib.* Et utiles quidem ideo nun- 6
cupantur: quia ad exemplum directarum, id est, nominatarum & usitatarum actionum comparatæ sunt *l. 1. C. de rerum permut. D. Bocer. class. 1. Disp. 14. th. 29. ad lit. b. ed. 1. idque latiùs explicabitur ad §. ult. infr. de lege Aquil.* In factum verò dicuntur: quia ex facto ipso, & pro ratione novæ conventionis verba concipiebantur: & denique factum ipsum Prætori exponebatur. *Hotoman. hîc enunciat. 4. Cujac. ad d. l. juris gent. 7. ff. de pact.* Ra- 7
tio porrò, cur eædem actiones etiam vocitentur præscriptis verbis, hæc probabiliter reddi poterit: quòd actori per integra verba, non ut directæ per notas, à Prætore præscriberentur. Explotatum enim est, olim actiones ordinarias sive directas, id est, ex contractibus nominatis seu certis, in albo Prætoris non integris verbis, sed notis tantùm fuisse propositas. Verbi gratiâ: A. T. M. D. O. hoc est: ajo, te mihi dare oportere: quæ est formula actionis in personam. Contrà igitur actiones, quæ non notis, sed plenis & integris verbis à Prætore dabantur & præscribebantur, actiones præscriptis verbis sunt nominatæ. Cæterum rationem, cur hæ integris verbis, 8
illæ notis præscriberentur, hanc fuisse non ineptè forsan quis existimaverit: quod illæ, utpote pervulgatæ, usitatæ, solennes & ordinariæ, ex litera sive notâ statim cognitæ essent: hæ verò, ut incertæ, non nisi ex facto, & apertâ atque dilucida verborum præscriptione cognosci possent. *Istarum notarum reliquias videre est apud Valerium Probum & Petrum Diaconum in libell. de notis Romanor.* Eadem de re videatur *Gothofred. ad Rubr. tit. ff. de præscript. verbis, &c. & Ritterhusius hîc p. 479.*

Cùm autem ex hoc §. indubitatè constet; sine certa mer- 9
cede locationem & conductionem non contrahi: manifestum inde fit, eandem uno nummo factam, locationem non esse: sed imaginem tantum quandam locationis habere, & donationis instar inducere, *l. si quis conduxerit 46. lo. ati.* Unus siquidem nummus mercedi sive precio 10
opponitur, *l. si quis ante 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Nec refragatur *l. si ususfructus 66. ff. de jure dot.* 11
ubi dicitur, usumfructum mulieri uno nummo locari vel vendi posse à marito. Nam actus illi imaginarii tunc admittuntur, cùm id hominum utilitas exigit; ad quam omnia referenda sunt, quæcunque jure & legibus continentur. Atqui *in d. l. 66.* summa utilitas versatur. In ea enim quæritur de usufructu restituendo, qui datus est in dotem marito ab extraneo. Difficilis est ratio hujus restitutionis: quoniam nec domino proprietatis, nec mulieri cedi potest. Non domino: propterea quòd marito usumfructum in dotem dedit; atque ideò & jus doti tributum, ut videlicet soluto matrimonio mulieri illa restituatur, intervertere nequit. Non mulieri; quia proprietaria non est: atque hinc petere non potest restitutionem ususfructûs: quippe qui simul ac finitus est, non nisi ad dominum proprietatis revertitur, *§. ult. s. de usufruct.* Ne itaque regulæ sibi invicem hoc casu obstent: necessitate ad hanc imaginariam locationem sive venditionem recursum est. Siquidem interventus nummi facit; ut maritus magis commoditatem fructuum percipiendorum, quàm istum usumfructum transtulisse videatur: & sic ususfructus non secus reputatur, ac si eum maritus post divortium retineret, *l. arborib. 12. §. usufructuarius ff. de usufruct. Duarenus ad d. l. si quis ante 10. ff. de acquir. vel amitt. possess. propè finem Arumæus Exercitat. Justin. 14. thes. 1. Paulus Berens. disput. 11. ad Institut. them. 2. quæst. 1. Hunn. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 3. p. 1078. pluresque alii, relati ad princip. tit. supr. de empt. & vendit. nu. 64.* Verùm quatenus in locatione merces uno nummo constituatur, uberiùs explanabimus *in §. adeò 3. inf. hoc tit. n. 246.* Porrò nihil impedit, quò 12
minùs, perfecto hoc locationis contractu; merces mox remitti possit: nec ob id contractus vitiatur, *l. si tibi habitationem 5. ff. locati conducti.*

§. Præ-

Digitized by Google

§. *Præterea.* 2.

Præterea sicut vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur: ita quæri solebat de locatione & conductione, si fortè rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit: & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractûs: veluti, si cùm unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit: neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio quia non fuit commodatum gratuitum: verùm præscriptis verbis agendum est.

S U M M A R I A.

1 *Quemadmodum emptio non [illegible] contrahatur, sic nec locatio.*
2 *Commodatum debet esse gratuitum.*
3 *Utrum merces in locat. [illegible] duntaxat in pecunia numeratâ, an verò in quavis re fungibili [illegible] possit.*
4 *Examinatur & defenditur [illegible] de locato.*
5 *Pœnitentia in contractu innominato locum habet.*
6 *Emptio & locatio quatenus iisdem [illegible] regulis definiantur.*
7 *In quibus emptio & locatio differant.*
8 *In locatione an & quatenus dominium transeat ad conductorem.*
9 *Periculum rei venditæ statim ad emptorem spectat: res locata periculum ad conductorem non [illegible].*
10 *Quatenus venditor rem venditam [illegible] emptori tradere teneatur.*
11 *Quædam locari, non autem [illegible]: & contra.*
12 *Consideratur l. [illegible] si quis servum ff. depositi.*
13 *Pecuniæ appellatione quid contineatur.*
14 *Scultus & [illegible] ff. de præscript. verbis.*
15 *Consideratio [illegible] ff. de præscript. verb.*
16 *Instantiæ occurritur.*
17 *An, si aliquis mulierem [illegible] navi conduxisset, deinde in navi infans ex eâ natus fuerit; [illegible], spectatim quid [illegible].*

1 SIcut emptio non rebus sive rerum permutatione contrahitur, sic nec locatio: & velut ibi aliud merx est, aliud precium; ita hîc aliud rem locatam, aliud mercedem esse convenit, *l. 1. ff. de rer. permutat.* In facti autem contingentiâ, cujus Justinianus hîc meminit, locati actio ideo non competit; quia certa merces non est constituta, sed permutatus rerum usus: neque etiam commodati agi potest; quoniam commodatum gratuitum esse debet, *§. item is, cui res aliqua 2. in fine. J. q. m. re contrah. oblig.*

2 At propositum negotium non est gratuitum. Neque enim ego tibi gratis meum commodavi bovem per decem dies, sed eâ lege, ut tuum mihi bovem decem dies vicissim commodares. Tu si aliter non commodasti mihi tuum bovem gratis: sed propterea id fecisti, quòd ego jam ante tibi meum bovem eâ lege commodavi, ut mihi tuum vicissim commodares. Cùm ergò deficiant hîc vulgaria & usitata actionum nomina: si bos apud alterum culpâ alterius perierit, præscriptis verbis experiendum erit, *l. 1. 2. 3. & l. si gratuitam 17. §. si cùm unum 3. ff. de præscriptis verbis, &c.*

3 Etsi verò mercedem in locatione plerique Doctores in pecuniâ tantùm numeratâ, ut precium in emptione, consistere debere opinantur: *Accursius, Bartol. & alii in l. 1. § si quis servum, ff. depositi. & in l. naturalis 5. § at cùm do. ff. de præscript. verb. & in l. si olei. 21. C. de locato. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 3. n. 3. Mozzius in tr. de loc. & conduct. tit. de substantial. loc. & conduct. n. 13. Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad facti præstat. & rei relax. verb. florenos. n. 2. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 6. p. 152. n. 50. & de præscript. verb. c. [illegible] Forbin. lib. 1. controvers. jur. c. 82. Balduinus Kling. Schneidew. Mynsinger. Equinarius Baro, Giphanius, Schilbock, Marcilius, Thaddæus Piso, Wolfius, & alii in hoc §. nostro. Oldendorpius in progymnasmat. act. forens. class. 4. act. 9. Timæus Faber disp. anniversar 24. ad Instit. Imper. th. 6. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 19. ff. q. 3. p. 29. Maulius in tract. de loc. conduct. tit. 3. n. 6. Justin. Schütz exercit. jur. disp. 16. th. 12. lit. C. p. 251. cum seq. Arumæus Exercitat. Justin. 14. th. 10. Forsterus lib. 3. Disp. 18. th. 8. Locamer, quæst. juridic. fascic. 39. quæst. 2. Schroterus decad. 8. diatrib. domesticar. q. 4. Bachovius hic in. 1. p. 807. & in [illegible] not. ad vol. 1. Treutler. disp. 11. 29 thes. 3. lit. g. p. [illegible] & [illegible] nius quæst. 12. pag. 1761. cum seqq. itemque lib. [illegible] resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 2. p. 1119. cum seqq. & in hoc §. nostro:* ego tamen cum Neotericis nonnullis putarim verius esse: mercedem non solum in numeratâ pecuniâ, sed in quavis etiam re aliâ fungibili (quæ scilicet pondere, numero, mensurave constat) consistere posse. Hæcque sententia primò probatur *ex l. & hac distinctio 9. ff. locati.* Ex cujus legis finalibus verbis apertè colligitur, etiam conductionem esse, quando fructus mercedis causâ præstantur. Deinde *ex l. licet. 8. C. de locato*, ubi verba illa, *certis annis quantitatibus*, in plurali numero posita perspicuè ostendunt mercedem non solùm in pecuniâ numeratâ, sed aliâ qualibet quantitate constitui posse. Tum *ex d. l. si olei. 21. C. eod.* ubi 4
certa mensura olei pro mercede est constituta, & nihilo tamen minus locatio contracta esse dicitur. Idque necessariò ex illis evincitur verbis, quibus affirmatur, conventionem istam bonæ fidei esse. Non potest autem esse bonæ fidei, si est contractus innominatus, do ut des: ut Dd. vulgò, sed malè, sentiunt. Sequitur ergo, nominatum esse contractum; adeòque id genus conventionis ad locationem referendum esse. Quod evidenter etiam arguunt alia legis verba, *si locasti*: ut taccam, id [illegible] titulum, sub quo lex est collocata, [illegible] locato inscribitur. Sed & in eadem lege rescribitur: non posse ampliùs ab eo contractu recedi. Quod rursus argumentum præbet certissimum; conventionem illam contractum nominatum, & consequenter veram locationem esse. Si enim contractus esset innominatus: pœniten- 5
tiâ locum haberet, re adhuc integrâ, *juxta l. si pecuniam 5. ff. de condict. causâ datâ caus. non sec.* Denique eòdem non parùm faciunt *l. sed addes 19. §. si dominus 3. l. si merces 25. §. vis major. 6. ff. loc. & l. si pascenda 8. C. de pactis.*

Non obstat huic sententiæ, quòd dicitur *in princ. hujus tit. & [illegible] locati*, emptionem & locationem iisdem juris regulis consistere sive definiri. Jam verò in emp- 6
tione precium tantùm in pecuniâ numeratâ constituendum est, *§. [illegible] precium 2. J. tit. proximo l. 1. §. 1. ff. de contrah. empt.* Idem igitur in locatione dicendum: ut videlicet non in re aliâ, quàm pecuniâ numeratâ merces constitui possit. Non obstat, inquam. Nam confertur ibi emptio cum locatione secundùm quid, non simpliciter; ... duntaxat quoad modum perficiendi. Ut enim emptio & venditio perfecta censetur, quam primùm de precio convenerit: sic etiam locatio & conductio perfecta intelligitur, si merces constituta sit. Et ut rem pleniùs exponam; locatio & [illegible] iisdem [illegible] regulis in genere definiuntur, sed non in omnibus individuis. Aliàs etenim, si per omnia idem jus in locatione esset, quod in venditione; unus idemque contractus esset locatio & venditio: quia quæ nihil differunt, unum ac idem sunt. Emptio itaque & locatio iisdem juris regulis consistunt, quatenus scilicet id utriusque contractus par ratio & natura patitur. Multæ siquidem sunt juris regulæ, quæ utrique pariter convenire nullo modo possunt. I. 7
in emptione precium; in locatione merces intervenit, *ut patet ex d. l. 2. ff. locati, & principio hujus tituli.* II. In emptione transit possessio; & si venditor est dominus, etiam dominium: si non est dominus, jus & potestas habendi, aut conditio usucapiendi, *l. 1. ff. de rer. permutat. l. cum manu. 80. §. ult. ff. de contrah. empt. l. ex empto 11. §. & in primis 2. l. servus 30. §. si sciens 1. ff. de actionib. empti. 9. & tot. tit. ff. pro emptore.* In locatione tantùm 8
usus transit ad conductorem; non verò possessio, & multò minus dominium *l. non solet 39. & l. cùm [illegible] res 6. §. 1. ff. locati l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. l. non solum 33. §. quod vulgo 1. ff. de usurpat. & usuc. & fusius explicat. ad §. 3. infr. hoc tit. n. 97. & seq.* Quamvis

vis ex accidenti (non ex naturâ locationis) quandoque
fiat, ut & in locatione dominium mutetur: veluti cùm
agitur, ut non eadem, sed ejusdem generis, res addatur,
l. in navem Saufej. 31. ff. locati. quam legem egregiè expli-
cuit Cujac. lib. 7. observat. cap. 39. & Vultejus in princ. hujus
9 *tituli. nu. 15.* **III.** Periculum rei venditæ statim ad em-
ptorem pertinet, *§. cùm autem emptio 3. f. tit. præcedente.*
l. id, quod post 7. l. necessario 8. l. si vendita 11. ff. de peric.
& commod. rei vendit. l. quod sæpe 35. §. si res ff. de con-
trah. empt. l. 1. 4. & 5. Cod. de peric. & commod. rei ven-
dit. At non æquè rei locatæ periculum ad conductorem
spectat, *l. si quis domum 9. §. si colonis 3. cum §. seq. l. ex*
conducto 15. §. 2. l. si merces 25. §. vis major. 6. ff. loca-
10 *ti.* **IV.** Venditor rem ipsam venditam præcisè tenetur
emptori tradere, si ejus tradendæ facultatem habet, *l.*
ex empto 11. §. 2. ff. de actionib. empti. §. aliàs autem 2.
vers. & ad exemplum f. de donationib. l. non est probabilis
10. C. de rescind. vend. Pinellus in l. 1. C. de bon. matern.
part. 3. n. 25. Bocer. in tract. de investitura feud. cap. 2.
nu. 27. & seqq. pluresque alii, quos citavimus ad princip.
tit. n. [illegible] supr. de empt. & vend. item in parte poster. Dis-
putationum nostrarum disput. 9. de empt. & vend. thes. 8.
Locator autem non rarò à præstatione rei liberatur, *l.*
ædē 3. C. de locato. V. Emptioni fit satis, si res semel tra-
datur: nec amplius ex empto eo nomine agi potest, *l.*
qui pendentem 25. in fine. ff. de actionib. empt. l. ab em-
ptione 58. ff. de pact. Ast ex conducto sæpiùs potest agi,
ut res tradatur, nempè quoties ea frui non licet *d. l. si*
quis domum 9. d. l. ex conducto 15. §. 1. ff. locati. VI.
11 Quædam locari possunt, non autem vendi: ut res alie-
nari prohibitæ. Et rursus quædam vendi possunt, non
item locari: ut servitutis jus vendi potest: locari verò
non potest, *l. locare servitutem 44. ff. eod. De his, cæte-*
risque inter emptionem & locationem differentiis Balduinus
& Mynsinger. hic, num. 4. aliique Interpretes tractant.
12 Præterea nostram assertionem non frangit *d. l. 1. §. si*
quis servum 9 ff. depositi. ubi Ulpianus asserere videtur,
locationem non esse, quando pecunia non intervenit.
Pecuniæ namque verbum in illo textu non strictè pro
pecuniâ numeratâ, sed pro aliâ re quavis aut saltem pro
re fungibili, est positum, *ut accipitur in l. 2. §. 1. junctâ*
13 *§. creditum. vers. item mutuum. ff. de reb. cred.* Pecuniæ
enim verbum, non solùm numeratam pecuniam com-
plectitur: verùm omnem omninò pecuniam, hoc est,
omnia corpora. Nam corpora quoque pecuniæ appel-
latione contineri, nemo est, qui ambigat, *inquit JC. in l.*
pecun. 178. & 222. ff. de verb. signif. Pecuniam igitur
sic generaliter acceptam Ulpianus *in d. §. si quis servum*
ad mercedem locationis necessariam esse dicit, & ex ad-
versò haud obscurè ostendit: ubi non pecunia, sed fa-
ctum aliquod præstatur, non posse factum istud pro
mercede haberi: & consequenter locationem non contra-
ctam censeri. Hucque referantur annotata *ad §. præte-*
rea 3. n. 86. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.

14 Eandem quoque conclusionem non evertit *f. allegata*
l. naturalis 5. §. at cùm de. 2. ff. de præscriptis verbis.
ubi Paulus apertis verbis in locatione pecuniam requi-
rit: & ne quis fortè priori responsione utatur, & dicat,
pecuniam ibi in genere, pro quibuscunque rebus in
quantitate consistentibus, accipi: subdit JCtus, pecu-
niam requiri, sicut in venditione: in quâ pecuniam re-
quiri numeratam, nullum est dubium, *d. §. item pretium*
2. f. tit. proxime præcedente. Etenim respondetur: simi-
litudinem illic inter locationem & emptionem non per
omnia institui: sed hunc esse ejus loci sensum: sicut
conventione certæ merces & pecuniæ, emptio contrahi-
tur: ita ex conventione pecuniæ dandæ pro facto, quod
locari solet, locatio resultat. Non autem ibidem dicitur,
quòd pecunia numerata sit de substantiâ locationis: sed
quòd uterque contractus solâ conventione contrahatur:
emptio scilicet, si de merce & pretio conventum, locatio
verò, si de pecuniâ dandâ pro facto, quod locari con-
suevit, convenit. In hoc tantùm casu hi duo contra-
ctus conferuntur, non in aliis: atque adeò utrùm
sicut in emptione est pecunia numerata ita etiam
in locatione esse debeat, ibi non explicatur. Idque
uberius explicat Vultejus *in principio hujus tit. num.*
21.

Dedique non officit huic decisioni *l. insulam 6. ff. de* 15
præscript. verb. ubi Neratius in hæc verba scribit: *Insu-*
lam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi: re-
spondit, nullam esse venditionem: sed civili intentione in-
certi agendum est. Unde evinci posse videtur, locatio-
nem ibi non fuisse, eo quòd merces in pecuniâ nume-
ratâ non fuerit: maximè attentâ receptâ regulâ, quæ
ex eâ l. colligitur, ut nomen à partibus expressum non
attendatur, sed qualitas conventionis. Non, *inquam*,
lex illa officit, *Tum* quia JC. ibi principaliter intendit,
non esse attendendum nomen conventionis, à partibus
expressum. *Tum* quia forsan ex nomine venditionis, à
contrahentibus expresso, perspicitur: eos de locatione
non agere: & ideò in dubio censetur contractus inno-
minatus, *juxta l. 1. versic. quotiens. ff. de æstimatoriâ act.*
Tum etiam quia in ista lege non resultavit locatio, pro-
pterea quòd non constabat, artificem esse eum, qui ad
refectionem insulæ obligatur. Si quispiam dixerit, hoc
divinatorium esse: replicari poterit; non minus divi-
natorium esse intelligere, quòd artifex esset: & multò
majorem esse numerum non artificum. Si instet aliquis: 16
ad quid ergo obligaretur, si artifex non esset? Res-
pondetur: eum obligari ad reficiendum per artifices cu-
râ & expensis propriis, *arg. l. fideicommissa 11. §. ultim.*
ff. de legat. 3. Et hanc sententiam, utpote juris rationi-
bus magis consonam, contra communem probat & am-
plectitur, *post Salicetum num. 2. in d. l. si olei 21. C. de*
locato. Corasius *lib. 2. Miscellan. jur. cap. 11.* Quam se-
quuntur Arius Pinellus *in Commentar. ad l. 2. C. de re-*
scind. vendit. part. 2. Rubr. c. 3. num. 28. & seqq. We-
senbec. in paratit. ff. locati. num. 7. Connan. lib. 7. Com-
mentar. jur. civil. c. 11. num. 1. Vultejus num. 18. Hei-
gius num. 16. & Anton. Matth. in princip. hujus tit. D.
Bocer. in Commentar. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c.
4. num. 90. edit. 2. pag. 173. cum seq. Pacius in Epitom.
jur. Disp. 14. th. 23. lit. b. Cujac. tract. 8. ad African.
in explicat. leg. & hæc distinctio 35. §. 1. ff. locati. Paulus
Berens dispu. 11. ad Instit. them. 2. quæst. 2. Ungepaur.
exercit. Justin. 12. quæst. 5. in nero. p. 455. cum seq. edit.
[illegible] Bronchorst. cent. 1. [illegible] assert. 94. edit. 1.
Menoch. remed. 3. adipiscend. possess. num. 93. Borckolt.
de pact. c. ult. n. 16. Treutler. [illegible] disput. 29. vol. 1. thes.
3. lit. g. Hackelman. illustr. quæst. Disp. 1. thes. 11. lit.
c. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 73. Plebst. Disp. 2.
de jure topico Würtemb. thes. 51. lit. b. Schegkius in deli-
batis jur. Disput. 18. thes. 91. lit. b. Hunnius quæst. seu
controvers. juris illustr. Disp. 16. controv. 18. Roberus
Disp. 17. thes. 7. Knipschildt exercit. Acad. 9. quæst. 1.
pag. 321. cum seq. Petrus Augustinus Morla in Emporio
juris utriusque part. 1. tit. 10. de locato & conducto. in
præmissis. num. 5. aliique per hunc relati. Vide illam
controversiam distinctione inter locationem *fruendi &*
faciendi explicantem Gregorium Lopez. *lib. sing. ani-*
madvers. jur. civil. c. 15. num. 4. Halligerum *in*
Donell. enucleat. lib. 13. cap. 6. sub lit. I. & H. hos-
que laudantem Riemerum, *decad. 11. quæst. illustr.*
1. num. 13.

Illud quasi παρέργως hîc quæritur: si quispiam mu- 17
lierem vehendam navi conduxerit; deinde in navi
infans ex eâ muliere natus fuerit: an ille sit ob-
strictus nautæ, ut ipsi pro vecturâ illius pueri spe-
ciatim aliquid solvat? Quod negandum reor: Tum
quia & ante partum in ipsâ navi fuit infans, ut ita
nihil novi oneris intulisse, sed illatum quodammodo
transportasse mulier existimetur. Tum quia neque
vectura infantis magna est, neque his omnibus uti-
tur, quæ ad navigantium usum parantur, *l. sed ad-*
des 19. §. si quis mulierem 7. ff. locati. Idem dicendum
est, si è contrario in navi aliquis sit mortuus: si-
quidem nec pro eo vectura debetur, *l. fin. in princ. ff.*
ad l. Rhod. de jact. Gothofred. ad dict. l. 19. §. 7.
ff. locati. Matth. Stephani dict. cent. 3. sub quæstion.
73. in fin. ubi allegat etiam Franciscum Psul. cent.
1. resp. 53.

§. Adeò

Digitized by Google

§. *Adeò autem.* 3.

Adeò autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio: ut in quibusdam causis quæri soleat, utrùm emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuivè conductor, heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur. lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractûs propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus. Sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum: tunc, siquidem totius rei interitus accesserit: ad dominum super hoc redundare periculum. Sin autem particularis: ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: quo jure utimur.

S U M M A R I A.

1 *Emphyteusis unde derivata.*
2 *Emphyteusis in quibus rebus locum habeat: & n. 8. & 88. & 138. & seqq.*
3 *Emphyteuta quis, & [illegible] quod habet, [illegible] appellatur: & num. 94.*
4 *Definitio emphyteuseos, [illegible] accurata & diligens explicatio.*
5 *Proprium [illegible] virtute obligationem parere.*
6 *Olim emphyteusis quibusdam [illegible] emptio, aliis verò locatio videbatur.*
7 *Emphyteusis in quibus [illegible].*
8 *Locat [illegible], emphyteusis tamen in immobilibus consistit [illegible] 138.*
9 *Emphyteuta [illegible] posest. non item conductor [illegible].*
10 *Conductor [illegible] emphyteuta verò canonem in [illegible] solvat. & n. 112.*
11 *Quomodo emphyteusis [illegible] ab emptione.*
12 *Quæ res in emptionem veniunt, & per eam quid transferatur.*
13 *Pretium in emptione [illegible] at pensio in emphyteusi, etiam in [illegible].*
14 *D. Boceri argumenta, negantis emphyteusin contractum esse, referuntur & confutantur.*
15 *Quibus modis emphyteusis [illegible].*
16 *Emphyteuseos nomine quid [illegible].*
17 *Emphyteusin esse contractum juris gentium, demonstratur.*
18 *Ad appellationem juris gentium quid requiratur.*
19 *Jus gentium quid sit.*
20 *Apud quos populos contractus emphyteuticus in usu fuerit.*
21 *Contractus emphyteuticus Sibylla Cumanâ antiquior.*
22 *Emptio & [illegible] juri gentium annumeratur.*
23 *[illegible] omnes quo jure introducti.*
24 *Regulæ standum, donec de exceptione doceatur.*
25 *Qui contractus sint juris civilis.*
26 *Zeno Imp. quid contractui emphyteutico tribuerit.*
27 *Nomen [illegible] sed exprimit, quod jam in rerum naturâ existit.*
28 *Emptio & cæteri contractus nominati solo nomine concipiuntur & perficiuntur, contractus innominati non æquè.*
29 *Omnis dispositio juxta disponentis consuetudinem interpretanda.*
30 *Dispositio interpretanda [illegible] terminos interpretata intelligenda.*
31 *Num per vocabulum* Conceptionis (*in l. 1. C. de jur. emphyt.*) *scriptura significetur.*
32 *Quatenus emphyteusis (in d. l. 1. C. eod. t.) dicatur justus & validus contractus.*
33 *Declarans rem, cui assimiletur.*
34 *Verba hujus §. (ac si naturalis esset contractus) quomodo accipienda.*
35 *Pacta naturam contractibus tribuunt.*
36 *Quoties juri gentium quid additur, vel detrahitur; jus civile efficitur.*
37 *Substantia contractûs & cujusque rei in jure quid sit.*
38 *Natura contractûs quid.*
39 *Ut accidens est vel separabile, vel inseparabile; ita & in jure natura alia ejus rei alia est separabilis, alia inseparabilis.*
40 *De substantia, itemque de natura emphyteuseos quæ sint.*
41 *Quæcunque contractui adjiciuntur, ejusdem naturæ & qualitatis censentur.*
42 *Qualitates sive accidentia substantiam rei non mutant, sed alterant.*
43 *A potentiori facienda denominatio.*
44 *Cur emphyteusis sit contractus nominatus.*
45 *Quatuor contractus [illegible].*
46 *Ex contractibus [illegible] propria & specialis competit actio.*
47 *Ex contractu emphyteutico competit actio emphyteuticaria.*
48 *Pœnitentia an & quatenus tum in nominatis, tum innominatis contractibus locum inveniat.*
49 *Quare emphyteusis sit contractus bonæ fidei.*
50 *Mixta sapiunt naturam suorum simplicium.*
51 *Pacta contractibus [illegible] apposita, tantùm ad excipiendum prosunt, non ad agendum.*
52 *Qui contractus bonæ fidei censeantur.*
53 *An & quatenus omnes bonæ fidei contractus contineantur in §. actionum. 28. Instit. de actionib.*
54 *Non verba tantum, sed sententia legis spectanda.*
55 *Emphyteusis cur solo consensu perficiatur.*
56 *Nunquid ad contractûs emphyteutici substantiam traditio requiratur.*
57 *An scriptura ad ejusdem contractûs substantiam præcisè sit necessaria.*
58 *Scriptura ad rei gestæ fidem necessariò non exigitur.*
59 *Regulæ adhærendum, donec exceptio probetur.*
60 *Argumentum a [illegible] ad emphyteusin validum.*
61 *In feudali [illegible] scriptura non omninò desideratur.*
62 *Inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationem quàm magna [illegible] & familiaritas.*
63 *Pacta servari [illegible] debent.*
64 *In perpetua [illegible] emphyteusi scriptura necessaria: in temporanea [illegible].*
65 *Consideratio & sententia Nov. 7. in præfat.*
66 *Reprehenditur Gacheranus.*
67 *Scriptura frequenter in contractu emphyteutico adhibetur.*
68 *Refellitur D. Bocerus, existimans; per monumentorum gesta tantum significari publicam scripturam.*
69 *Generali monumenti appellatione quid comprehendatur.*
70 *Consideratio l. census. 10. ff. de probationib.*
71 *Consuetudo optima legum interpres.*
72 *Opinioni [illegible] consuetudine approbatæ standum.*
73 *[illegible] natura & proprietas.*
74 *Conditio ad unguem servanda est, non per æquipollens adimpleri debet.*
75 *Dos [illegible].*
76 *Pactorum [illegible] scriptura subsistit.*
77 *Absurditas evitanda.*
78 *[illegible] non semper conditionem inducunt.*
79 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
80 *Scripturæ cur [illegible].*
81 *Contractus emphyteuticus quomodo probetur.*
82 *Ex præstatione canonis iste contractus præsumitur: [illegible] quanam in re, differentia specifica & forma contractûs emphyteutici consistat, demonstratur.*
83 *Unum in distractu, per quem ab emphyteusi constituta receditur, scriptura desideretur.*
84 *Quæ solennitas requiritur in contrahendo, requiritur etiam in dissolvendo.*
85 *Emphyteusis à domino constituitur.*
86 *Nemo plus juris in alterum transferre potest, quàm ipse habet.*
87 *Dominus quis hîc intelligatur.*
88 *Contractus emphyteuticus tantum locum habet in prædiis.*
89 *Ususfructus etiam in rebus mobilibus consistit.*
90 *Agri vectigales, & agri emphyteuticarii qui dicantur.*
91 *Quorum definitiones eædem sunt: ea quoque inter se esse eadem oportet.*
92 *Primæva contractûs emphyteutici natura.*
93 *Emphyteusis in dubio perpetua judicatur.*
94 *Jus emphyteuticum quibus nominibus designetur.*
95 *Emphyteusis etiam ad tempus concedi potest.*
96 *Naturalibus alicujus contractûs mutatis, substantia ipsius non subvertitur.*
97 *Ecquid locatio ad longum tempus facta, in emphyteusin degeneret.*
98 *Propriâ conventionis formâ contractus ab invicem distinguuntur.*
99 *Locationis natura quæ.*
100 *Consideratio l. qui rem propriam. 20. C. de locatio.*
101 *Sententia l. 1. §. quod ait. 3. ff. de superficieb.*
102 *Utiles [illegible] cur ita dicantur.*
103 *Cur ex locatione, ad longum tempus factâ, detur in rem utilis actio.*
104 *Pensio emphyteutica quomodo appellitur.*

105 *Annua pensione contractus emphyteuticus ab aliis discernitur.*
106 *Num pensio emphyteutica in sola numerata pecunia, an etiam in re alia, consistat.*
107 *In emptione - venditione precium in sola pecunia numerata solvendum.*
108 *Explanatur l. penult. C. de diversis prædiis urban. & rusticis templor.*
109 *Pecunia nervus belli.*
110 *An dominus, si ei emphyteuta pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, eam recipere cogatur.*
111 *Pensio emphyteutica, in fine cujusque anni integra solvenda.*
112 *An & quatenus emphyteuta canonem suis sumptibus ad ædes domini portare teneatur.*
113 *Emphyteuta principaliter, in domini recognitionem, canonem præstat.*
114 *Finis emphyteuseos.*
115 *Emphyteusis quare dicatur melioratio.*
116 *Conductor, male in re conducta versans, expelli potest.*
117 *Emphyteuta similis est fructuario.*
118 *Ad constitutionem emphyteuseos quid requiratur.*
119 *Emphyteusis quotuplex.*
120 *Emphyteusis civilis jure secularis quid.*
121 *Ecclesiastica emphyteusis quæ.*
122 *Emphyteusis nova quæ: quæ item antiqua.*
123 *Qui emphyteusin constituere possint.*
124 *Quis ibi rerum suarum moderator & arbiter: & num. 210.*
125 *Cui licet, quod majus est, et etiam minus licebit.*
126 *An pupillus & minor prædia sua in emphyteusin alicui dare possint.*
127 *Fundo pupilli seu minoris servitus imponi nequit.*
128 *An minor 25. annis, curatorem habens, sine ejus consensu emphyteusin promittendo efficaciter obligetur.*
129 *Adolescentes prædia sua nullo modo, sine decreto, alienare possunt.*
130 *Minor, curatorem habens, non absimilis est prodigo.*
131 *Stipulatio omnibus contractibus adhibetur.*
132 *Interpretatio, leges elidere intendens, fugienda est.*
133 *Declaratio l. puberes. 101. ff. de verb. obligat.*
134 *Num pupillus & minor, sine auctoritate tutoris & curatoris, prædium aliquod in emphyteusin accipere valeant.*
135 *Contractus emphyteuticus an & quatenus sit causa lucrativa.*
136 *Præstatio annua inter immobilia computatur.*
137 *Quando minor contractum approbare queat.*
138 *Quid in re emphyteusis constituatur.*
139 *Ecquid agri, servitus & cuius in emphyteusin concedantur.*
140 *An etiam prædia urbana in emphyteusin reduci possint.*
141 *Ædes vectigales quæ appellentur.*
142 *Hunnii opinio ... D. Boeri.*
143 *Res non solum immobiles; sed & solo cohærentes, unà cum solo in emphyteusin dantur.*
144 *Quæ res solo cohærere dicantur.*
145 *Multa accessorie permittuntur, quæ principaliter prohibentur.*
146 *Utrum arbores in emphyteusin concedi possint.*
147 *Aliud est jus emphyteuticum, aliud jus superficiarium.*
148 *Oliveto vel vinea in emphyteusin data, ipsum quoque solum datum putatur.*
149 *Num fundo simpliciter, pro dimidiâ parte in emphyteusin dato, arbores etiam partis dimidiæ contineantur.*
150 *Arbores pars soli censentur.*
151 *Nunquid feudi in emphyteusin concessio valeat.*
152 *Concessio in emphyteusin est alienatio.*
153 *Omnis feudi alienatio prohibita.*
154 *Feudum improprium in quibus naturam feudi proprii sequatur.*
155 *Cur subinfeudatio sine consensu domini sit licita: non verò datio in emphyteusin.*
156 *Cur vasallus res feudales in emphyteusin tradere queat.*
157 *An concessio emphyteutica teneat, si vasallus rem feudalem eâ lege in emphyteusin concedat, ut dominium utile in recipientem non transeat.*
158 *Venditio, quâ agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit.*
159 *Commoditas fructuum, quæ ad longum tempus transfertur, pro verâ alienatione in materiâ prohibitivâ habetur.*
160 *Ecquid bona majoratûs in emphyteusin rectè concedantur.*
161 *Res ... jure datoris, resoluto jus accipientis: & n. 371.*
162 *Bonorum majoratûs in perpetuam emphyteusin facta concessio, an & quatenus valeat.*
163 *Utile per ... inseparabilibus non vitiatur.*
164 *Res Ecclesiæ, sine legitimis solennitatibus, in perpetuam emphyteusin, etiam bene de Ecclesiâ merito, concedi nequeunt.*
165 *Idque procedit, etiamsi fundus sterilis, vel sumptuosus, secus, si exiguus, vel ultra hominum memoriam incultus fuerit.*
166 *Utrum rei Ecclesiasticæ in emphyteusin datio, sine debitis solennitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesiâ militante conjuncta sit.*
167 *Pupillus sine tutoris auctoritate hereditatem, quantumvis lucrosam, adire nequit.*
168 *Sensus & intellectus l. non eò minùs. 14. C. de procuratoribus.*
169 *Acceptilatio, cum pupillo sine auctoritate tutoris facta, valet.*
170 *Enodatio l. cùm hi, quibus. 8. §. cum transactionem. 6. ff. de transact.*
171 *Si constitutio emphyteuseos, ob defectum consensus Capituli sive Papæ, irrita dicatur, ratihabitione ipsius tandem efficitur.*
172 *An Pontifex sua ratificatione emphyteuticam concessionem roborare queat, ut emphyteuta invitus emphyteusin habere cogatur.*
173 *Usufructuarius, invito domino, usumfructum relinquere potest.*
174 *Vasallus sine domini voluntate, rectè feudum refutat.*
175 *Favori suo renunciare cuilibet permittitur.*
176 *Solennitatibus legitimis adhibitis, res Ecclesiæ in emphyteusin ita dari possunt, ut etiam ad extraneos ipsius emphyteutæ heredes emphyteusis illa transeat.*
177 *Consideratio* Novell. 7. c. 3. in princ. & n. 186.
178 *Emphyteusis Ecclesiastica ad extraneos heredes transit, si data sit Titio, & quibuscunque ejus heredibus.*
179 *Particula, quibuscunque, omnes omninò complectitur.*
180 *Nunquid emphyteusis Ecclesiastica Titio, ejusque heredibus simpliciter concessa, etiam ad extraneos Titii heredes descendat.*
181 *Heredis nomen generale, extraneos quoque heredes continet.*
182 *Paciscens, quibuscunque heredibus suis pacisci intelligitur.*
183 *Servatis debitis solennitatibus, res Ecclesiastica licitè alienatur.*
184 *Genuina emphyteuseos Ecclesiasticæ natura.*
185 *Quævis emphyteusis sui naturâ est perpetua.*
186 *Expenditur Novell. 7. c. 3.*
187 *Naturalia cujusque rei, per se inesse creduntur.*
188 *Emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum nemini tribui potest.*
189 *Emphyteusis Ecclesiastica aliquot mentione heredum data, an ad tertiam duntaxat generationem concessa præsumatur.*
190 *Heres una persona cum defuncto reputatur.*
191 *An & quatenus Prælatus rem Ecclesiasticam, in emphyteusin dari solitam, ad Ecclesiam reversam, sine legitimis solennitatibus, alicui in emphyteusin dare possit.*
192 *Emphyteusis prius singulari personæ data: postea civitati vel potentiori dari nequit.*
193 *Civitas aut Collegium nunquam mori intelligitur.*
194 *Difficilius lis potentiori, quam homini plebejo intenditur.*
195 *Si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem: illam Prælatus in perpetuum alicui concedere non potest.*
196 *Num Prælatus rem emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, consanguineis suis denuo in emphyteusin tradere valeat.*
197 *Redarguitur Panormitanus.*
198 *Consideratur c. relatum. 12. de ... testament.*
199 *Prælatus rerum Ecclesiasticarum usufructuarius censetur.*
200 *Consuetudo stricti juris est, nec de casu ad casum extenditur.*
201 *Exponitur c. dilecto. ... 25. in princ. de præbend.*
202 *Præbendæ ... inventæ.*
203 *Prima liberalitas, circa proximos operari debet.*
204 *Enarratur c. 1. de investitura vet. & novi benef. vers. ult. tit. 91. l. 2. F.*
205 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
206 *Identitas rationis potior est argumento à contrario sensu.*
207 *Alienatio bonorum Ecclesiæ, à Prælato in consanguineum facta; an & quatenus ad fraudandam Ecclesiam interposita videatur.*
208 *Utrum dominus emphyteusin, ad certam generationem datam, ea finita, proximis emphyteutæ cognatis deferre & renovare teneatur.*
209 *Nemo compelli potest, ut certo alicui locet vel vendat.*
210 *Suæ quisque rei moderator & arbiter.*
211 *Explanatur l. 1. C. de metallariis, & metallis.*
212 *Consideratur l. si in emptionem. 35. ff. de minorib.*
213 *Enodatur l. congruit. 4. C. de locat. prædior. civil. & c.*
214 *Conductores rerum fiscalium quando post finitam conductionem, de novo conducere compellantur.*
215 *Discutitur l. 1. §. permittitur 41. ff. de aq. quotid. & æst.*
216 *Intellectus l. 1. ff. de privileg. credit. & l. Imperator. 60. ff. de pactis.*
217 *Sensus l. jubemus. 3. §. & filiis adhibeantur. C. de advocat. divers. judicum.*
218 *Utrum rei Ecclesiasticæ, in emphyteusin concedi solitæ concessio, non planè consueto modo interposita, omnimodo censeatur inutilis, an verò valeat, quatenus fieri potuit.*
219 *Quatenus utile per inutile non vitiatur: & num. 227.*
220 *Tot putantur esse concessiones, quot sunt generationes.*
221 *An vasallus, si feudum quod possidet, alia lege, quàm ipse habet, alii concesserit, illud amittat.*
222 *Opinio, ultimo loco relata, approbata intelligitur.*
223 *Sententia c. un. in extravagantib. commun. tit. de rebus Eccles. non alienand.*
224 *Examinatur Novell. 7. c. 3. in fin. princ. & c. 7.*
225 *Mens Clement. 1. vers. si quis autem, de reb. Eccles. non alienand.*
226 *Interpretatio l. si non fortem. 26. §. si ... ff. de condict. indeb.*
227 *Limitatio præcedentis conclusionis.*
228 *Quibus modis emphyteusis constituatur.*
229 *Quomodo constituatur rectè ultima voluntate.*
230 *Pater uni ex filiis emphyteusin suam testamento relinquere potest.*
231 *Quæ actione emphyteusis testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis.*
232 *Præscriptione quomodo emphyteusis acquiratur.*

233 Feudum

Digitized by Google

233 Canon 30. annis præscribitur.
234 Pactionibus quomodo constituatur jus emphyteuticum.
235 An de substantiâ contractûs emphyteutici sit, ut ultra pensionem certa quantitas, pro introitu contractûs, ab emphyteutâ domino solvatur.
236 Non plus ad formam alicujus actûs exigendum est, quam lex ipsa exigit.
237 Nulla emptio sine precio consistit.
238 In quo potissimùm emphyteusis & venditio inter se conveniant.
239 Verus intellectus l. ult. vers. penult. C. de jure emphyteut.
240 Consideratio Auth. qui res. C. de SS. Eccles.
241 Sententia l. privatas. 10. Cod. de excusationib. muner.
242 De substantiâ contractûs emphyteutici est, de pensione in recognitionem domini solvenda conventio.
243 Pacta contra substantiam contractûs inita, ipso jure nulla.
244 Ex post facto pensionis remissio fieri potest: itaque D. Wesenbecius, conventionem de præstanda pensione, esse de formâ & substantiâ emphyteuseos negans, latè confutatur.
245 Nunquid pensio, quotannis ab emphyteutâ præstanda, in uno nummo, vel quavis re alia minima consistere possit.
246 In emptione & locatione an & quatenus precium, itidem recte uno nummo consistere queat.
247 Canon emphyteuticus ad dominium solummodo recognoscendum requiritur.
248 Genuinus sensus l. 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 20. §. 1. & l. 46. ff. locati. & l. 38. ff. de contrah. empt.
249 An contractus emphyteuticus ita à contrahentibus perfici possit, ut pensionis nomine tantum emphyteuta præstet, quantum ipsi placuerit, vel justum fuerit.
250 In emptione certum ac determinatum exigitur precium.
251 Quo casu canon emphyteuticus certus esse debeat; & in arbitrium certi hominis conferri possit.
252 De commodis & incrementis, ad emphyteutam pertinentibus.
253 Emphyteuta fundi dominus impropriè dicitur: & num. 277.
254 Num emphyteuta civiliter, an naturaliter tantum possideat.
255 Possessio naturalis quæ.
256 Civilis possessio quæ.
257 Creditor naturaliter rem pignori acceptam possidet.
258 Ut & is, qui precariò rem rogavit.
259 Emphyteutæ jus utendi fruendi re competit.
260 Contractus ex conventione legem accipiunt: & n. 321.
261 Emphyteuta auri, argenti, plumbi, &c. fodinis, in fundo emphyteutico inventis, uti frui potest.
262 Argenti & auri fodinæ, &c. an & quatenus fructus prædiorum censeantur.
263 An & illæ res, quæ separatæ à solo non renascuntur, emphyteutæ cedant.
264 Enodatio & sensus l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. soluto matrimon.
265 Intellectus l. ult. ff. de fundo dotali.
266 Mens l. si ex lapidicinis. 32. ff. d. jur. dot.
267 Declaratio & sententia tit. 56. quæ sint regalia. lib. 2. F.
268 Leges posteriores exponendæ ex prioribus.
269 Quicquid novâ lege specialiter expressum est, id veterum legum regulis relictum intelligitur: & num. 303.
270 Constitutio nova quatenus veteri derogare censeatur.
271 Quo casu lapides ex fundo emphyteutico non acquirantur.
272 Ecquid thesaurus, in fundo emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad proprietatis dominum spectet.
273 Thesaurus in suo aut alieno, casu fortuito repertus, cui cedat.
274 Thesaurus, in fundo fructuario inventus, in fructu non computatur.
275 Actus agentium ultra eorum intentionem nihil operatur.
276 Conventio in unâ re facta, in re aliâ non nocet.
277 Verus intellectus l. possessores. 12. C. de fund. patrimonialib.
278 Emphyteusis regulariter ad heredes transit: usufructus non item.
279 Jus thesauri à jure veri dominii pendet.
280 Usufructuario in quibusdam plenius jus competit, quàm emphyteutæ.
281 Emphyteuta quot annis canonem præstare cogitur.
282 Quatenus emphyteutæ in fundo emphyteutico venari liceat.
283 Quatenus item eidem piscari permittatur.
284 An & quas nunquam pars fundi esse censeantur.
285 Mediante surrogatione res semper eadem dicitur.
286 Quatenus emphyteutæ liceat ex sylvâ caduâ arbores & ligna excidere.
287 Ecquid emphyteuta sylvam illam cædere possit, quæ longo temporis intervallo succisa renascitur.
288 Pullulare & renasci non videtur, quod annorum multitudinem exigit.
289 Sylva cædua quæ sit.
290 Lapides quando in fructu fundi existimentur.
291 Sententia l. ant. penult. ff. famil. ercisc.
292 Omne indistinctè incrementum ad emphyteutam pertinet.
293 Ut & omne damnum, nisi funditus rem ipsam absumat.
294 An & quatenus vasalum omne incrementum respiciat.
295 Natura vocis universalis, omnis.
296 Argumentum de feudo ad emphyteusin validum.
297 Sensus l. sed si fundi. 9. §. huic vicinus. ff. de usufruct.
298 Quæ juris remedia & actiones emphyteutæ, ad jus suum tuendum, competant.
299 Superficiarius & emphyteuta sunt similes.
300 Emphyteuta rem emphyteuticam deteriorem facere, ejusve formam mutare non potest.
301 Nunquid emphyteuta sylvam extirpare, eamque in pratum seu agrum, aut rem aliquam convertere; vel aliter rem emphyteuticam transmutare queat.
302 Emphyteutæ in area ædificium extruere licet.
303 Usufructuarius areæ ædificium imponere nequit.
302 Emphyteutæ in area ædificium extruere licet.
303 Usufructuarius areæ ædificium imponere nequit.
304 Emphyteutæ melioratio necessitas. Et ipsum jus emphyteuticum vendendi facultas an & quatenus sit concessa.
305 Laudemium quid, & quibus nominibus indigitetur.
306 Quo casu laudemium usufructuario sit reddendum.
307 Num emphyteuta socio suo, eadem re in solidum, partem suam liberè, & domino irrequisito, vendere valeat.
308 Socius, licet consanguineus, rem pro precio, quod ab extraneo offertur, liberè retrahere non potest.
309 Explicatio l. voluntas. 4. C. de fideicommissis.
310 Feudum dividi potest inter consortes.
311 Communio parit discordiam.
312 Alienatione prohibita, non censetur prohibita alienatio necessaria.
313 Necessitas legem non habet.
314 Feudum absque domini consensu insimultaneè investitum, vel agnatum, licitè alienatur.
315 Cur feudum, inconsulto domino, alienari nequeat.
316 Quare jus emphyteuticum, irrequisito domino, alienari prohibeatur.
317 An & quatenus jus patronatûs rectè alienetur.
318 Utrum emphyteuta, absque denunciatione præcedente, jus emphyteuticum vendere possit, si in instrumento emphyteutico diserte expressum, quod emphyteuta facultatem alienandi, in quemcunque voluerit, habere debeat.
319 Pacta & conventiones non semper interpretationem recipiunt, ut aliquid operentur.
320 Quando creditor, non prius interpellato debitore, pignus vendere queat.
321 Contractus ex partium conventione legem accipiunt.
322 Enucleatur l. si quando. 35. C. de inoffic. testam.
323 Exponitur l. quæro 54. §. inter locatorem. ff. locati.
324 Num heres emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, emphyteusin absque prævia denunciatione vendere possit.
325 Consideratio l. Lucius. 93. ff. de legat. 2.
326 Sententia l. cùm quis. 55. ff. de verb. obligat.
327 Ecquid dominus, qui alienandi facultatem emphyteutæ concessit, ante alienationem factam pœnitentia, concessionem istam revocare valeat.
328 Pactiones emphyteuticæ firmæ illibatæque modis omnibus sunt custodiendæ.
329 Mens & sententia l. siquis 8. §. si voluntate. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.
330 Doctrina l. quis saxum. ff. de donationib.
331 Quando ex simplici consensu seu permissu obligatio non inducatur.
332 An ex permissu simplici pactum nudum oriatur.
333 In pacto nudo, seu contractu innominato, pœnitentia (re etiam adhuc integrâ) non est locus.
334 Pactum est consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus.
335 Utrùm alienandi potestas, emphyteutæ data, mortuo Prælato, qui eam concessit, censeatur extincta.
336 Episcopi & Præsules Ecclesiarum habent administrationem rerum tantum præsentium, non etiam post mortem suam gerendarum.
337 Num emphyteuta, domino non consentiente, jus suum donare possit.
338 Emphyteutæ, inconsulto domino, jus suum alteri legare permittitur.
339 Cur emphyteutæ permissa sit donatio, inscio domino; venditio non item.
340 Expenditur l. 3. vers. minimè. Cod. de jure emphyteut.
341 Quatenus procedat regula: eidem vendendi jus est, cui donandi.
342 Decurio prædia sua, sine Judicis decreto donare, non verò vendere, potest.
343 Facilius homines vendunt, quàm donant.
344 Mulierum genus avarissimum.
345 Sensus l. universas. 2. C. ne rei dominicæ vel templ. vindicatio, &c.
346 Invito creditori alius debitor obtrudi nequit.
347 Contrahentes præsumuntur contraxisse secundùm subjectam materiam.
348 Quomodo domino contra novum emphyteutam consulatur.
349 Quid emphyteuta vetus a domino testatò desiderare debeat.
350 An emphyteuta, absque domini consensu prædium emphyteuticum possit oppignorare.
351 Erroris arguitur, & refutatur Sarmientus.
352 Accurata explanatio l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus.
353 Prohibito uno, omnia simul, quibus ad illud pervenitur, prohibita censentur.

Digitized by Google

475 Fide-

Digitized by Google

475 Fidejussor negans, se fidejussisse, perdit divisionis beneficium.
476 Socius negans, se socium esse, competentiæ beneficium amittit.
477 Abnegans propriam scripturam, exceptione non numeratæ pecuniæ privatur.
478 Depositum certis quibusdam casibus negans, in duplum condemnatur.
479 Emphyteuta amittit emphyteusin, si debitum canonem in civili emphyteusi intra triennium, in Ecclesiastica intra biennium non solverit.
480 Idque procedit, etiamsi à prædii domino nunquam sit interpellatus.
481 Dies interpellat pro homine.
482 Emphyteutæ, partem duntaxat pensionis non solventi, emphyteusis amittitur.
483 Conditio individua & negativa in parte deficiens, in totum falsa redditur.
484 Solutio partis invito creditori fieri non potest.
485 Ubi aliquid ex conventione debetur, etiam minimum attenditur.
486 Emphyteuta pensionem debitam non solvens, emphyteusin perdit, etsi dominus generaliter promiserit, se illum non expulsurum.
487 Item licet res emphyteutica magni valoris, & pensio minima fuerit.
488 Quamvis item emphyteuta sub magno canone emphyteusin acceperit, sterilitatemque passus sit.
489 Item tametsi ab initio contractûs convenerit, ut pensio suis quæque temporibus præstaretur, & nisi præstaretur, dominus pœnam sit stipulatus.
490 Item quantumvis multas meliorationes in fundo emphyteutico instituerit.
491 Et licet post cessationem triennii dominus pensionem ab emphyteuta acceperit.
492 An & quando, recipiendo canonem ab emphyteuta, pœnam caducitatis dominus remisisse præsumatur, aliquot casibus resolvitur.
493 Primus casus.
494 Pensione per triennium non solutâ, duæ res simul domino deferuntur: pensio triennii, & ager ipse emphyteuticus.
495 Alter casus.
496 Tertius casus.
497 Quartus casus, tres alios casus in se complectens.
498 Emphyteuta canonem legitimo tempore non solvens, jure suo excluditur, etsi per ignorantiam id sit factum.
499 Quod tamen de æquitate non obtinet.
500 Generalis clausula l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores, &c. ad quos pertineat.
501 Minor 25. annis canonem emphyteuticum legitimo tempore non solvens, pœnam privationis ipso jure incurrit. ita tamen, ut in integrum restituatur.
502 Minor & Ecclesia in jure æquiparantur.
503 Minor intra tempus constitutum non petens investituram feudi, à jure suo cadit.
504 Minor sine judicis decreto quatenus rem alienare nequeat.
505 Sensus l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitut. necessar. non est.
506 Mens & explicatio l. 2. C. de fundis patrimonialib.
507 Pupillus & infans, ob non solutum canonem, ipso jure fundum emphyteuticum amittunt; concesso tamen iis in integrum restitutionis beneficio.
508 Intellectus l. Imperatores. 7. in fine. ff. de publican. & vectigal.
509 Pater canonem non solvens intra legitimum tempus, etiam suis filiis obest.
510 Emphyteuta si plures relinquat heredes, & unus eorum partem canonis intra tempus statutum non solvat, tota emphyteusis in commissum cadit.
511 Unusquisque heredum in solidum ad canonis solutionem obligatus est.
512 Emphyteuta à solutione canonis non liberatur, etiamsi res emphyteutica ex parte interierit.
513 Emphyteutæ alicujus privati, post triennium elapsum, celeri satisfactione moram purgare non licet.
514 Ubicunque dies & pœna obligationi adjecta est, mora purgari non potest.
515 Sine lege nihil affirmandum.
516 Emphyteuta Ecclesiæ, offerendo canonis solutionem post biennium, secutâ satisfactione moram purgare valet.
517 Ratio differentiæ inter emphyteutam privati, & Ecclesiæ.
518 Sensus l. si servum. 91. §. 3. ff. de verb. oblig.
519 Æquitas vigori præferenda.
520 Emphyteuta ob canonem non solutum, ipso jure, non expectatâ sententiâ judicis, emphyteusin amittit.
521 Quæ vis sit dictionum, omnino & omnimodo.
522 Verba futura vel præsentia quid inducant.
523 Consideratio c. 1. de feud. sine culp. non amitt. & c. 1. §. sancimus. Quo temp. miles, &c.
524 Argumentum à feudo ad emphyteusin quando non procedat.
525 Sententia l. lex vectigali. 31. §. 1. ff. de pignorib.
526 Dominus emphyteutam propriâ auctoritate, absque judicis decreto, expellere nequit.
527 Non est singulis concedendum, quod per Magistratum publicè fieri debet.
528 Nemo sibi ipsi jus dicere potest.
529 Verbum expellendi, quid significet.
530 Consideratio tit. 54. & tit. 55. §. firmiter. lib. 2. F.
531 Ad instantiam respondetur.
532 Quomodo creditor propriâ auctoritate ex pacto pignus à debitore auferre queat.
533 Quibus casibus emphyteuta, consuetum canonem domino non solvens, jure suo privari non possit.
534 Juri suo renunciare unicuique licet.
535 Consuetudo de non expellendo emphyteuta, ob non solutum canonem, valet.
536 Consuetudo est fortior pacto privatorum.
537 Causæ Ecclesiarum & Clericorum secundùm consuetudinem patriæ terminandæ.
538 Consuetudo dat legem omnibus rebus, in territorio existentibus.
539 Emphyteusis ex partium conventione legem accipit.
540 Extraneus, seu procurator vel negociorum gestor emphyteutæ, canonem domino præstans, illum à caducitatis pœna liberat.
541 Idem est, si canon à quodam tertio, nullum jus emphyteuseos habente, domino solvatur.
542 Nisi dominus ab isto tertio canonem recipere recuset.
543 Aliquis, invito creditore, pro alio solvere potest.
544 An & quando tertius aliquis pro emphyteuta, domino invito, canonem solvere, eumque deponere & consignare valeat.
545 Emphyteuta propter canonem non solutum a jure suo non cadit, si nemo adfuit, qui canonem recipere potuit.
546 Aut si emphyteuta toto biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit.
547 Vel dominus prædii emphyteutici, canonem oblatum accipere recusavit.
548 Pecuniæ debitæ oblatio, consignatio & depositio à pœnâ caducitatis emphyteutam excusat.
549 Ablativi absolutè positi conditionem inducunt.
550 Conditio præcisè impleri debet.
551 Argumentum a contrario sensu, in jure fortissimum.
552 Conditionalis canonis oblatio, ad suffugiendam dejectionis pœnam, non sufficit.
553 Si tota res emphyteutica perit, emphyteuta a canonis præstatione liberatur.
554 Accidens sine subjecto esse nequit.
555 Area censetur pars pretiosissima domûs.
556 Utri incumbat probatio, si emphyteuta dicat, se canonem solvisse, dominus vero neget.
557 Solutionem allegantis incumbit probatio solutionis.
558 Sententia c. super his. 16. ext. de accusationib.
559 In criminalibus etiam negantis; ast in civilibus affirmantis incumbit probatio.
560 Emphyteuta probans, se tribus annis proximis canonem singulatim solvisse, præsumitur, quòd pro omnibus annis præteritis solverit.
561 Solutio canonis quomodo probetur.
562 An emphyteuta, in solutione canonis cessans, & antequam dominus declaret, se velle eum jure suo cecidisse, fructus percipiens, ad horum restitutionem teneatur.
563 Fructus ad rei dominum spectant.
564 Actus sub conditione factus, eâ non existente, effectum non habet.
565 Malæ fidei possessor fructus omnes restituere tenetur.
566 Usufructuarius fructus, finito usufructu perceptos, restituere compellitur.
567 An & quatenus conditio retrahatur.
568 Quæ causa principalis sit attendenda.
569 Utrùm emphyteuta, si citra ejus culpam emphyteusis sit finita, meliorationes in re emphyteutica factas repetere queat.
570 Contractus emphyteuticus quàm maximè ob causam institutus.
571 Consideratio l. domos. 58. ff. de legat. 1.
572 Sensus c. 1. §. si vasallus. tit. 28. lib. 2. F.
573 Opinio utilissima in dubio tenenda.
574 Cum alterius jactura locupletari nemo debet.
575 Quales expensas usufructuarius repetere possit.
576 Quæ actio ex contractu emphyteutico detur.
577 Contractus emphyteuticus suâ naturâ, obligationem, & actionem parit.
578 Actio, ex pignoris contractu nascens, pignoratitia dicitur.
579 Et ex deposito sequestratio, depositi sequestraria actio vocatur.
580 Actio præscriptis verbis unde descendat.
581 Contractus innominatus ex rei traditione vel facto initium capit.
582 Condictioni ex lege quando sit locus, ibique Boceri calumnia notatur.
583 Nomen actionis in libello exprimi, hodie non est necesse.
584 In causa emphyteuticâ quis sit judex competens.

UT similitudo emptionis & locationis magis intelligatur: Imperator noster Justinianus duo exempla olim controversa, hodie verò definita, proponit: in quibus valde dubitabatur, utrùm emptio & venditio, an locatio & conductio contraheretur. Prius est de negocio, quod vulgò Emphyteusis dicitur: alterum est de annulo vel poculo, ab aurifice ex auro nostro conficiendo, 5

de quo in §. proximè subsequenti. Ad prius quod attinet; quia majoris usus est & momenti: paulò copiosiùs de eo, accuratèque σὺν θεῷ acturi sumus. Emphyteusis igitur dicta est ἀπὸ τοῦ ἐμφυτεύειν, quod inserere aut implantare, Germanicè *Impffen* significat, & per translationem meliorare: quia per emphyteusin, id est, insitionem atque implantationem agri meliores redduntur. *Joan. Borcholt. Hegius & Wesenbec. hic nu. 2. & in paratit. ff. si ager vectigal. id est emphyteuticar. petat. num. 2. Joan. Ferrarius Montanus, & Sichard. ad rubr. tit. C. de jure emphyteut. nu. 4. Gothofred. ad l. 1. in princ. Cod. Coras. in l. ei, qui 16. num. 20. ff. de servitut. Alvarus Valascus in tract. de jur. emphyteut. quæst. 2. num. 4. ubi plures citat. Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. num. 80. & Carolus à Kirchberg discursu de feudo ex pacto & providentia, &c. cap. 4. num. 138.* Tametsi Speculator (Græci sermonis non usque adeò gnarus) hanc vocem natam opinetur ab *em*, id est, in, & *fiteos*, id est, fides: quod ipsa res datur alicui in fidem, ut illam deteriorem fieri non permittat, *in suo Speculo lib. 4. particul. 3. tit. de emphyteusi. num. 2.*

2 Quamvis autem insitioni & implantationi propriè in solis rusticis prædiis atque agris sit locus; adeoque initiò non videatur emphyteusis in omnibus immobilibus obtinuisse, *argumento l. 1. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteut. petat.* nihilominus tamen isto vocabulo omne meliorationis genus designatur; ita ut etiam ædificia hodie rectè in emphyteusin dari possint. *l. si finita. 15. §. si de vectigalibus ædibus. 26. ff. de dam. infect. Novell. 7. cap. 3. §. scire. 2. ibi, prædia aut domos, &c. & Novell. 120. cap. 1. in fine. Auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles. Vultejus hic n. 2. & in tract. de feud. lib. 1. cap. 12. nu. 3. pag. mihi 833. D. Obrecht. Disp. 36. th. 8. & 49. cum seqq. Valasc. d. tract. q. 12. nu. 1. & 3. Sichard. d. rubr. C. de jur. emphyteut. num. 21. & seq. Thomas Lindemannus disp. 7. ad lib. 3. Instit. tit. 25 de emphyteusi thes. 6. eumq; referens Nicolaus Eggebrecht. in disput. inaugur. sive synopsi juris emphyteutici. conclus. 20. Sed eâ de re exquisitius infra num.*

3 *88. 138. & seqq.* Cæterum is, qui emphyteusin accipit, uno verbo dicitur emphyteuta vel emphyteuticarius *l. 1. & l. 3. in princ. C. d. tit.* idiomate Germanico *Zinsman, Hubner*: dominus emphyteuseos, *Zinss* seu *Erbherr*: jus constitutum, jus ἐμφυτευτικὸν, vel emphyteuticarium. *l. 3. § si jus ἐμφυτευτικόν. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt. Rubric. & l. 1. in princ. & d. l. 3. ibi, jus emphyteuticum transferre, item ibi, vel si jus emphyteuticum. C. de jure emphyteut. Erbrecht* sive *Erbbestandnuss*: ager in emphyteusin datus, ager emphyteuticarius, itemque vectigalis, seu prædium emphyteuticarium, *per rubr. tit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur. & l. 2. ibi, à prædiis emphyteuticariis C. de jur. emphyteut. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 443. num. 30. Francisc. David argente, in libr. variar. juris selectar. tract. de agris vectigalib. pag. 207. fac. 2. Erbzinsgut, Erbpfacht, Pfachtgut, Hube, seu hubgut. Nicol. Eggebrecht d. synopsi jur. emphyt. conclus. 4. Paul. Matthias Wehener. in observat. pract. lit. E. in verb. Erbgüter. &c. Knipschildt exercit. Acad. 9. th. 31. pag. 215* Nominatur quoque vulgò *Leben*: quia feudo similis est emphyteusis. *D. Colleg. Bocer. hic num. 8. pag. 424.*

4 Definiri emphyteusis non ineptè poterit contractus, juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu constans: quo dominus de dando prædio suo in perpetuum, vel ad tempus, pro pensione annuâ, in recognitionem dominii præstandâ, colendo fruendoque cum aliquo paciscitur, Generis loco verbum, *contractus*, meritò est positum. Nam emphyteusin esse contractum, eumque à reliquis omnibus hodie Zenonis constitutione distinctum, indubitatum est, *hoc §. nostro. d. l. 1. d. l. 2. in princ. & d. l. 3. §. sin autem. ibi, in emphyteuticis contractibus C. de jure emphyteut. l. ult. ibi, nec emphyteuseos contractum*

5 *C. de reb. alien. non alienand.* Ejusque ratio est perspicua: quia ex eo ultrò citròque oritur propria vi ac virtute obligatio. *d. l. 1. C. de jure emphyteut.* quod est proprium contractûs *l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de obligat. & actionib.* Sed & si emphyteusis contractus non esset: frustra olim & ineptè à veteribus Jurisconsultis dubitatum esset: utrùmne emphyteusis esset locatio-conductio: an verò emptio-venditio: cùm utramque contractum esse constet *ex principio hujus tit. & hoc §. nostro Hunn. in resolut. ad Treutler. vol. 1. Disput. 20. quæst. 30. pag. 1786.*

6 Ac sane olim emphyteusin Jurisconsulti quidam speciem emptionis ideo esse, affirmabant: quòd prædium in perpetuum plerumque alienetur, & jus quoddam dominio simile (quod vulgò utile appellitant, licèt satis incommodè, *ut probavimus s. ad princip. tit. de rer. divis. num. 40. & seqq.*) transferatur, possessorique actio in rem tribuatur. *d. l. 1. ibique gl. & Dd. ff. si ager vectigalis, &c.* Alii contrà locationem esse, contendebant: propterea quòd merces hic quædam seu pensio annua, nomine fructuum & usus, interveniat; & quod usus tantùm, non dominium verum transeat: sed penes eum, qui rem tradit fruendam, maneat. *d. l. 1. §. 1. ibi, quamvis non efficiantur domini. & d. l. Wesenbec. hic num. 3.* Cæterùm hanc Jurisconsultorum altercationem Imperator Zeno sedavit: & emphyteusin proprium, id est, tam à locatione, quàm venditione separatum contractum constituit. *d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Qui quidem contractus à locatione in eo potissimùm differt.

7 I. Quòd emphyteusis præstat quasi sive utile dominium ei, qui accipit: locatio non item. *l. non solet. 39. ff. locati. Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quæst. 8. punct. 1. nu. 4. pag. 577. & latius explicatum supra, §. proximo. num 8.*

8 II. Locatio etiam rei mobilis fieri potest: emphyteusis verò tantùm in rebus soli seu immobilibus constituitur, *arg. hujus §. ibi, ut ecce de prædiis, &c. d. l. 1. in princ. ibi, agri civitatum. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypothec. & l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act.*

9 III. Conductor rei locatæ servitutem, aut aliud aliquod jus imponere nequit: at emphyteuta servitutem, sive jus servituti in effectu simile fundo emphyteutico imponere potest, *arg. l. 1. §. ult. ff. de superficieb. & de eo nos infra fusius nu. 370.*

10 IV. Conductor mercedem solvit in compensationem usûs; & est merces illa, quæ à conductore præstatur, usus illius quasi quædam æstimatio: emphyteuta verò solvit canonem

11 annuum: non respectu fructuum acquisitorum; sed in recognitionem directi (*uti loquuntur*) dominii. *cap. 2. ext. de censibus. Wesenbec. d. num. 4. & Vultejus nu. 8.*

12 Ab emptione autem hic contractus discriminatur & distinguitur primùm ratione rei, quæ in contractum venit. Res enim in emptionem venit non solùm mobilis, sed & immobilis: in emphyteusin res immobilis tantùm, *ut paulò antè ostensum, num. 8.* in emptione item rei ipsius, quæ venditur, dominium & quidem verum & plenum; aut certè minimùm usucapiendi conditio à venditore transfertur in emptorem, *l. ex empto. 11. §. 2. & l. Julianus. 30. §. 1. ff. de actionib. empti & similibus in præcedenti §. annotatis. num. 7.* in emphyteusi non tam ipsa res, quàm rei usus, ejusque dominium duntaxat quasi, in emphyteutam transfertur. *d. l. 1. junctâ gloss. ff. si ager vectigalis, &c.*

13 Deinde ratione precii; quod in emptione consistere debet solùm in pecuniâ numeratâ, *ut explicatum est in §. item precium. 2. s. titulo proximo*: ast in emphyteusi pensio non præcisè in pecuniâ numeratâ, sed etiam in specie, vel quantitate, veluti vino, aut frumento, constitui potest. *gloss. hic super verb. neque ad locationem. Thaddæus Pison. 3. & Schneidewin. n. m. 4.* In emptione præterea æstimatur res ipsa, quæ venditur precio: in emphyteusi nec res, nec usus rei æstimatur pensione illa, quæ quotannis solvitur; sed pensio illa in recognitionem directi dominii penditur, *ut jam dictum, nu. 10.* Denique in emptione cùm precium ab emptore semel est solutum, venditori ad nihil amplius tenetur: sed emphyteuta singulis annis pensionem constitutam solvere domino directo compellitur, *ut docet hic Vultejus n. 7.* Atque de illis, aliisque pluribus differentiis, *post Dd. à se allatos*, copiosè differit Valascus *in d. tractat. de jure emphyteut. q. 19. & 20. cum aliquot seqq.* Cæterum contractus emphyteuticus & censiticus quomodo inter se differant, abundè explicat Matthias Berlichius *part. 2. conclus. practicabil. conclus. 47. pag. 100. & seqq.*

Etsi

14 Etsi verò ex antedictis quovis electro appareat dilucidius, emphyteusin contractum esse: attamen Dominus Colliga Bocerus *in hoc §. num. 4. 5. 33. cum seqq. & in tract. de qualit. & different. feudor. cap. 1. num. 16. cum seq.* ejusque affecla Carolus à Kirchberg *d. disputat. de feudo ex pacto & providentia c. 4. nu. 140.* contrarium defendere conantur: atque emphyteuseos nomine non contractum ipsum emphyteuticum, seu jus ipsum per contractum constitutum sive conventionem emphyteuticam denotari opinantur. Hujusque suæ opinionis D. Bocerus has affert rationes: quia, *inquit*, res dicuntur dari in emphyteusin. *cap. 2. tit. de reb. Eccles. non alienand.* [illegible] *Auth. quas rejmas C. de SS. Eccles.* quia aliquis emphyteusin suscipere dicitur, *in d. l. 2. in princ. C. de jur. emphyteut.* quia item dicimur accipere emphyteusin. *Novell. 7. in princ. §. 1.* tum etiam meum, & transmittere emphyteusin ad successores, *d. Nov. 7. cap. 3.* & quia ab emphyteusi cadere emphyteuta dicitur *in d. Nov. 7. cap. 7.* Verùm hujus ratiocinationis infirmitas ex eo patescit, quòd etiam res pignori dari dicuntur, *l. 1. §. 1. & 2. l. si superatus 3. §. 1. & alibi ff. de pignorib. & hypoth.* quòd item pignus accipere [illegible] *l. [illegible] 24. ff. eod. l.* [illegible] *cum [illegible] 2. ff.* [illegible] *data obligari non* [illegible]. Sic quoque pignus heredibus teneri dicitur. *l. 1. in fine C. si unus ex plurib. heredib. creditoris, &c.* Nec tamen idcirco rectè concluditur: pignus non esse contractum, *§. sequens 2. supr. de obligationib. juncto §.*

15 *creditor. 4. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* Proinde si dicamus: emphyteusin interdum accipi pro jure, ex contractu emphyteutico constituto: interdum pro ipso contractu: aliquando verò pro re, in qua tale jus constitutum est: nihil regeri poterit. *Denique* ita argumentari videtur Dn. D. Bocerus: Si emphyteusis non solum contractu, sed & aliis modis, nempe præscriptione & ultima voluntate constituatur: consequens est, quòd emphyteusis non sit contractus. Atqui verum est prius. Ergo & posterius. Cæterùm hic quivis facilè animadvertit; non procedere hanc argumentationem: Hoc jus solo contractu constituitur. Ergo hoc jus est contractus. Etenim quis non videt, aliud esse efficiens & effectum, aliudque constituens & constitutum? Quare neque hæc argumentatio procedet: Emphyteusis non solo contractu constituitur. Ergo Emphyteusis non est contractus. Præterea quamvis etiam præscriptione & ultima voluntate emphyteusis constitui dicatur: non tamen quoque consensus quidam intervenerat tam dantis, quàm accipientis annuam pensionem: emphyteusis constituta nequaquam censetur, *arg. l. qui in aliena 6. in princ. ff. de acquir.* [illegible]

16 *heredit. & l. alimentorum 2.* [illegible] *ff. de [illegible]. si [illegible]* [illegible] quod emphyteuseos nomine specialis contractus significetur, nemini dubium esse potest: *ex d. l. 1. in princ. C. de jur. emphyteut.* Unde nec illud admittendum, quod ab eodem D. Bocero adfertur: emphyteuseos nomine significari subjectum, & vocabulo contractûs adjunctum *in d. l. ult. ibi, nec emphyteuseos contractum C. de reb. alien. non alienand. & in hoc §. nostro vers. sed tales contractus ibi, quæ emphyteuseos contr. ctus, &c.* Similiter enim dicimus contractum societatis. *l. cum in societatis contrahendæ 3. C. pro socio,* contractum venditionis, *l. si donationis 3. C. de contrah. empt. & vendit.* contractum locationis & conductionis. *l. contractus 24. C. de locat. & conduct. cum similibus.* Nec tamen quispiam rectè dixerit: in dictis locis altero vocabulo denotari subjectum, altero verò adjunctum. Sicuti ergo per contractum locationis & conductionis, &c. intelligimus illum ipsum contractum, qui appellatur locatio & conductio: ita quoque *in d. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. & hoc §. nostro,* per emphyteuseos contractum intelligere debemus illum ipsum contractum, qui emphyteusis vocatur. Idem edocui *in additionibus meis ad Jul. Clar. §. emphyteusis quæst. 2. n. 2. & tribus seqq.* Porrò cùm *in disputat. 11. ad Institut. part. 2. assert. 1. sub lit. B.* apertè scripserim; Dominum D. Bocerum irrito conatu contrarium adstruere, adeoque emphyteusin non esse contractum suspicari: satis mirari nequeo, cur ausus fuerit scribere Bocerus *in hoc §. n. 40. p. 428.* quasi ego scripserim: ipsum adstruere, contractum emphyteuticum non esse contractum. Non ita à me scriptum esse, cuivis patet. Et contractum emphyteuticum esse contractum, nemo nisi omni cerebro carens negare poterit: nec venit id unquam in controversiam; an contractus emphyteuticus sit contractus? Sed, an emphyteusis sit contractus? Hoc verò negat Bocerus, ast irrito conatu: ut antehac scripsi, & denuò scribo.

Dico in definitione, Emphyteusin esse contractum 17 *juris gentium*. Quia omnes gentes & populi certo quodam naturæ judicio, communique ratione & consensu hunc contractum probant & usurpant, tanquam qui usui esse possit utilitatibus hominum commutandis. Neque 18 verò appellatio juris gentium necessariò exigit, ut aliquid ab initio cum primis hominibus fuerit: sed ad istam appellationem sufficit, rem, de qua agitur, fuisse apud homines ab initio conditi orbis: ita satis est, eam congruere hominum intellectui ac naturali rationi: atque ideo post talis rei inventionem, ejus usum ab omnibus gentibus recipi, & unanimiter approbari, *arg. §. jus autem civile 1. vers. quod verò naturalis f. de jure naturali gent. & civil.* ubi Justinianus ait, jus gentium vocari, 19 quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes populos peræquè custoditur, sive quo omnes gentes utuntur. Quibus verbis Imperator ad appellationem juris gentium, rationem naturalem, & unanimem omnium gentium consensum & applausum sive approbationem, non tantum temporis, reivè antiquitatem requirit & considerat, ut eleganter ostendit Arius Pinel. *in Commentar. ad rubr. C. de rescind. vendit. part. 1. [illegible] 7.* post Franciscum Connan. *lib. 1. Commentar. jur. civil. c. 5. n. 9.* & Ludov. Charondam *lib. 1. verosimilium c. 5.* Et sanè non apud Romanos duntaxat hic con- 20 tractus emphyteuticus in usu fuit; sed etiam apud Byzantios, quibus in more erat positum, ut prædia quidem [illegible] locarent ad tempus, sterilia autem in perpetuum, certa in annos singulos constituta mercede, *teste Aristot. lib. 2. œconomic.* Sed neque ante istos credendum est, alios populos rerum suarum adeò fuisse negligentes; ut non, qua possent ratione, utilitates suas quærerent ex agrorum locatione temporali aut perpetua, prout cuique commoditas postularet. *Connan. lib. 7. Comment. c. 1[illegible] nu. 1.* Unde Claudius David volu- 21 *[illegible] ad §. 2. vers. jus autem gentium supr. de jur. nat. gent. & civil. [illegible] 5.* vocat hunc contractum Sibyllâ Cumanâ antiquiorem, *ex Genes. cap. 47. vers. 24. & seqq. & Joseph. lib. 2. antiquit. Judaic. cap. 4.* Præterea in hoc §. nostro notatur: [illegible] inter veteres Jurisconsultos dubitatum fuisse, utrum contractus emphyteuticus emptio, an locatio esset. Quæ tamen dubitatio excellentissimorum JCtorum satis absurda fuisset, si contractus iste non juri gentium, sed civili adscriberetur. Emptionem 22 enim & locationem juri gentium accenseri [illegible], inter omnes constat, *§. ex hoc jure [illegible]. ff. de justit. & jur. l. 1. in fin. ff. de contrahend. empt. l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. ff. [illegible].* Accedit auctoritas Her- 23 mogeniani *in d. l. ex hoc jure 5. ff. de just. & jur.* qui generaliter asserit, omnes contractus juris gentium esse, exceptis quibusdam jure civili introductis. Cui genera- 24 litati sive regulæ standum & adhærendum est, donec de exceptione clare [illegible] *ita in Bartol. in l. 1. n. 2. ff. si quis in jus vocat. non ierit. Dec. in l. 1. nu. 7. ff. de reg. jur. Menoch. consil. 88. nu. 51. & consil. 98. nu. 13. lib. 1.* Sed quinam sunt contractus illi excepti, si 25 emphyteusis excepta non est; Nimirum illi, qui excepti esse in jure nominatim reperiuntur: veluti stipulatio, *§. de constituta 9. infr. de actionib. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. planè si præcedat ubi naturali obligationi stipulationem Paulus opponit. ff. de verb. obligat.* quæ præscriptis quibusdam verborum formulis constat, *l. 1. l. stipulationum 5. §. stipulatio 1. ff. eod. tit.* & literarum obligatio, *initio tit. f. de literar. obliga.* itemque sponsalitia largitas, hoc est, donatio propter nuptias. *Novell. 119. c. 1.* quæ veteribus Jurisconsultis penitus incognita fuit: tantùm abest, ut jure gentium introducta sit, *§. est & aliud 3. f. de donationib.*

Digitized by Google

26 Prædictis non obstat, quòd lex Zenoniana huic contra-
ctui conceptionem, definitionemque sive nomen proprium
tribuerit; ac proinde juris civilis esse videatur, *l. 1. in
princ. C. de jure emphyteut.* Nam Zeno nomen quidem
huic contractui proprium indidit: sed non novum con-
ventionis genus instituit. Nec enim qui nomen singulare
imponit, is rem ipsam invenisse dici potest: quia nomen
non dat esse rei, quæ non fuit: sed id potiùs exprimit,
27 quod jam in rerum naturâ existit. Et certè Zeno sua au-
ctoritate & constitutione non tam nomen huic contractui
assignavit, & cum Græco vocabulo *Emphyteusin* vocavit,
quàm ipsum confusum & incertum ab aliis, quibus om-
ninò convenire videbatur, nimirum ab emptione & loca-
tione, secrevit & distinxit. Idq; Justinianus hîc non obs-
curè innuit, dum ait: *talis contractus, quia inter veteres du-
bitabatur, &c.* Talis, hoc est, quo prædia perpetuò fru-
enda aliis traduntur; ut quamdiu pensionem pro his præ-
stent, ea auferri illis non possint, *per princip. hujus* §. Ex
quibus verbis cernitur, hanc ipsam formam Zenonem
prorsus immutatam reliquisse, eandemq; etiamnum ho-
die in hoc contractu celebrando observari. Ideoq; Im-
perator Zeno *in d. l. 1. Cod. de jure emphyteut.* per hæc
verba (*conceptionem & definitionem habere propriam*) so-
lennem quendam & peculiarem contrahendi modum de-
notare nequaquàm voluit: sed potiùs per verba illa
contractum nominatum, & proprio nomine conceptum
28 significavit. Quemadmodum enim emptio & venditio
solo verbo emptionis & venditionis concipi potest; quod
non contingit in contractibus innominatis, in quibus ex
præscriptis verbis agitur, & non solo nomine perficiun-
tur: ita contractus emphyteuticus cùm hodie habeat
propriam conceptionem; solo verbo emphyteusis concipi
potest, sine alia conventione. Habet siquidem propriam
atque legalem naturam, quæ satis exprimitur per verbum
emphyteusis, ut non opus sit naturâ conventionali, sicuti
rectè interpretatus est Franciscus Sarmientus *lib. 3. sele-
ctarum interpretat. c. 2. n. 5.* Quòd autem Zeno *in d. l. 1.*
nullam in contractu emphyteutico peculiarem contra-
hendi formam sive modum introduxerit: inde patet;
quòd in constitutione ista nullo expressit verbo, quænam
esset illa nova & peculiaris contrahendi emphyteusin
forma: quod tamen minimè prætermissurus fuisset, si quid
eâ in re novi introducere voluisset. Solent enim Impe-
ratores rebus in novis constituendis prolixâ indicare o-
ratione, quidnam sit illud, quod ultra jus vetus de novo
sancire desiderent. Quod cùm in constitutione Zenonia-
nâ (ad formam modumvè contrahendi quod attinet)
omissum sit: luculento id argumento est, novum contra-
hendi modum ista constitutione nullum introductum fuis-
29 se. Omnis quippe dispositio juxta disponentis consuetudi-
nem & morem interpretanda est, *arg. l. si servus plurium
50. § ult. ff. de legat. 1.* Sed & in §. præsenti nullo penitus
verbo significatur; Zenonem constitutione sua novum
contrahendi modum in contractu emphyteutico intro-
duxisse: cùm tamen hic §. interpretetur atque declaret
30 allegatam *l. 1. C. de jure emphyteut.* Quod & ipsum mag-
num suppeditat argumentum: in modo contrahendi em-
phyteusin, nihil novi constitutione Zenonianâ fuisse
sancitum. Dispositio namque interpretans secundum ter-
minos interpretatæ seu declaratæ dispositionis intelligi-
tur, & econtra, *arg. l. nihil 2. ubi Bartol. ff. de conjung.
cum emancip. liber. Cravett. consil. 422. n. 7.*
31 Cæterum quòd quidam Interpretum existimant; per
vocabulum *conceptionis* scripturam, tanquam formam
essentialem contractûs emphyteutici, significari: id ad-
mittendum aut ferendum non videtur. Quoniam Impe-
rator *in d. l. 1. C. de jure emphyt.* conceptionem contra-
ctûs emphyteutici, & scripturam, seu diversa & separata,
distinguit. Postquam enim constituerat; Emphyteusin
conceptionem definitionemque habere propriam, & ju-
stum esse validumque contractum: subjungit demum,
cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes super
omnibus vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptu-
râ intervenienle habitis placuerint, firma illibataque per-
petuâ stabilitate modis omnibus debere custodiri. Dein-
de Imperator ibidem non loquitur de contractu emphy-
teutico scribendo, vel per scripturam celebrato: sed per-
spicuè agit de pactis, contractui emphyteutico adjectis,
& scripturâ interveniente initis. Si quæ igitur per verba
ista, *scripturâ interveniente*, necessitas scripturæ impone-
retur aut induceretur: ea non ad contractûs emphyteu-
tici substantiam, sed ad pacta contractui apposita perti-
neret. Aliud etenim est contractus emphyteuticus; aliud
pactum, huic contractui adjectum, *l. juris gentium 7. §.
quinimò 5. ff. de pactis l. in bonæ fidei. 13. Cod. eod. tit. &
tit. C. de pactis inter emptor. & venditor. compos.* Verùm
neque in contractu emphyteutico, neque in pactioni-
bus ei adjectis, scripturam necessariò desiderari, latiùs
infrà demonstrabitur, *nu. 5. & seqq.* Huc que pertinent,
quæ tradidi *in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis qu. 2.
nu. 17. & seq. item quæst. 4.*
Similiter non obstat, quòd *in sæpè jam allegata l. 1. C.* 32
de jure emphyteut. scriptum extat, jus emphyteuticarium
esse justum validumque contractum. *Neque* enim hoc ita
exaudiendum est, quasi Zeno primùm effecerit, ut em-
phyteusis justus validusque contractus esset. Quando-
quidem tum ex Ulpiano *in l. 3. §. si jus ἐμφυτευτικὸν 4. ff.
de reb. eor. qui sub tutela, vel cura sunt, &c.* & Macro *in l.
sciendum 15. §. 1. ff. qui satisdare cogant.* tum maximè ex
Justiniano hîc liquet: et jam longè ante Imp. Zenonem,
jus emphyteuticum vel contractum emphyteuticum,
quamvis non planè & ritè ab aliis distinctum, in usu fuis-
se, suisque viribus substitisse, & tam fuisse firmum, ut solo
consensu, ultrò citroque interposito, perficeretur, atque
obligatio ex eo nasceretur. Idque ex eo colligitur, quòd
hoc loco expressum est, dubitatum fuisse à veteribus, an
emphyteusis emptio, vel conductio esset. In quâ dubita-
tione pro certo præsupponitur, emphyteusin validum
talemque contractum esse, ex quo contrahentium solo
consensu obligatio proficiscitur. Quare quod *in d. l. 1. C. de
jure emphyteut.* statuitur, jus emphyteuticum esse justum
& validum contractum: illud non novi alicujus juris
sanctionem, sed veteris solummodo declarationem desi-
gnat: quâ quidem res nova non inducitur, sed jus antea
constitutum declaratur, *arg. l. heredes palam 21. §. 1.
versic. sed & si notam. ff. qui testament. fac. poss.* Similis 33
namque declarans ei est, qui spicas excutit, sive grana
separat à spicis. Novam enim speciem non facit, sed eam,
quæ est, detegit, *l. adeo quidem 7. §. cùm quis 7. versic.
videntur ff. de acquir. rer. dom.*
Neminem præterea moveat, quòd Justinianus hîc re- 34
fert, à Zenone constitutum fuisse, siquidem aliquid pac-
tum fuerit, hoc ita obtinere, *ac si naturalis esset contrac-
tus*: quæ verba ita accipi posse videntur, quasi emphy-
teusis reipsa naturalis, hoc est, juris gentium, contractus
non esset sed juri civili adscribenda veniret. Hoc, *inquam*,
neminem moveat. *Nam* verba ista longè alium habent 35
sensum: nempe, ut si nonnihil inter contrahentes conve-
nerit, id ita justum sit & firmum *ac si naturalis contractus
esset*, hoc est, quasi esset ea certa natura contractûs: quip-
pe pacta naturam contractibus tribuunt; *l. 1. §. si conve-
nit 6. ff. depositi l. in conventionalib. 52. ff. de verb. oblig.
l. contractus 23. ff. de reg. jur. & Theophilus hîc notat.*
Nec denique adversatur; quòd, quoties juri gentium 36
vel naturali quid additur, vel detrahitur, jus civile effi-
ciatur, *l. jus civile 6. ff. de justitia & jur.* Jam autem pro-
pria natura sive certa quædam forma contractui emphy-
teutico à Zenone addita videatur, *hoc §. nostro ibi, em-
phyteuseos contractûs propriam statuit naturam, &c. & l.
1. C. de jure emphyt.* Respondetur enim: quicquid huic
contractui additum est, non formam substantialem, quæ
dat esse rei, jusque civile efficit, sed accidentalem tan-
tùm, quæ ad confirmationem rei jam in esse productæ
pertinet, respicere, *per notata Gailii lib. 1. obs. 124. n. 5.*
Vel (ut explicatiùs res expediatur) distingui poterit
inter substantiam & naturam contractûs. Substantia con- 37
tractûs & cujusque rei in jure nostro nihil est aliud, quàm
ipsius rei forma essentialis, per quam res sive contractus
est id, quod est; & quâ formâ sublatâ, ipsa etiam res &
contractus esse desinit, *l. pacta conventa 72. in fine prin-
cipii ibi, quoniam emptionis substantia consistit ex precio
ff. de contrah. empt. l. Julianus 9. §. sed si quis 3.
ibi.*

Digitized by Google

*ibi, mutata forma propè interemit substantiam rei ff. ad ex-
hibend. l. obligationum. 3. in princ. ff. de obligat. & acti-*
38 *onib.* Natura verò contractus est ejus adjuncta quædam
qualitas, juris auctoritate ipsi contractui tributa, *per hunc
§. nostrum. vers. sed talis. ibi, lex Zenoniana lata est, quæ
emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, &c. l.
si unus. 27. §. pactus, ne peteret. 2. ad finem. ibi, quod lex
naturæ ejus tribuit. ff. de pact. l. naturalis. 5. §. sed si fa-
cio. 4. vers. & potest mandatum. ibi, naturam suam ex-*
39 *cedere. ff. de præscriptis verbis, &c.* Et ut aliàs qualitas
rei sive accidens vel separabile est, vel inseparabile: ita
etiam in jure nostro, natura alicujus rei seu contractuum,
alia est separabilis, alia inseparabilis, *ut evincitur ex textu
§. de illis sanè. 2. vers. Quintus. Mutius. infr. tit. de so-
cietate, junctis etiam aliis legibus modò adductis.* Et hac
de re enodatè D. Bocerus *in tract. de investitura feud. c.
5. num. 26. & seqq.* item Scipio Gentil. *in tract. de solen-
nitatib. cap. 1. & seqq.* & Fridericus Martin. *in Commen-
tar. de jure censuum, seu annuor. redituum. cap. 6. num.
2. & seqq.* De eadem re ex professo tractavimus *in §. se-*
40 *quen. 2. num. 48. & seqq. supr. de obligationib.* De sub-
stantia igitur emphyteuseos est consensus, rei immobilis
& pensio annua domino (in recognitionem dominii scili-
cet) præstanda: de natura ejusdem est, ut damnum par-
ticulare (ut si pars fundi pereat, vel si fructus à milite, vel
vi majore perdantur) ad emphyteutam; universale verò
(id est, si prædium inundatione pereat, aut ab hoste occu-
petur) ad dominum spectet. *d. l. 1. C. de jur. emphyt. &
hic in fine.* item ut emphyteuta jus emphyteuticum, vel
meliorationes suas aliis, absque domini consensu, vende-
re nequeat. *l. fin. C. d. t.* & similia, *quæ diligenter conges-
sit Valascus in tract. de jure emphyt. quæst. 4. num. 4. &
aliquot seqq.* Quod igitur objicitur, Zenonem propriam
emphyteuseos constituisse naturam: id non impedimen-
to esse debet, quò minùs iste contractus juri gentium at-
tribuatur: cùm non ejus substantiam Zeno immutarit;
sed naturam duntaxat propriam, neque ad locationem,
neque ad venditionem inclinantem statuerit, *ut Justinia-*
41 *nus in hoc §. loquitur.* Illud insuper tralatitium videtur,
quæcunque contractui alicui jam constituto adjiciuntur,
ejusdem substantiam & originem non immutare: sed per
omnia contractui principali, cui adjiciuntur, æqualia
fieri, ejusdemque naturæ & qualitatis censeri. *arg. l. inter
socerum. 26. §. cùm inter. 2. ff. de pactis dotalib. l. si pro-*
42 *prietati 4. ff. de jure dot. & l. etiamsi 8. C. eod.* Quo per-
tinet communis Dd. theoria: quâ dicitur, qualitates sive
accidentia nunquam substantiam vel essentiam rei muta-
re aut alterare, *arg. l. servitutes. 4. §. modum. ff. de servi-
tutib. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. l. fin. &
ibi Bartol. ff. de instructo, vel instrum. leg. Glos. in l. fin. §.
quotiens. verb. anno. ff. de publicanis & vectig. Angel. in
l. & an eadem. 14. §. 1. ff. de except. rei judic. Albert.
Brun. in tract. de augment. conclus. 9. num. 1. 2. & 3. hos,
aliosque plures referens Ludolph. Schrader. vol. 1. consil.*
43 *14. num. 15.* Denique ut maximè aliquid jus civile huic
contractui addiderit: attamen à potentiori (quod hoc lo-
co est jus gentium) denominationem faciendam esse, in
confesso est. *l. 2. & l. quæritur. 10. ff. de stat. homin. §. sed
jus quidem civile. 2. vers. sed quotiens. supr. de jur. nat. gent.
& civ.* Stat ergo immota sententia: Emphyteusin esse
contractum juris gentium, non verò juris civilis.

Nam collapsa ruunt subductis tecta columnis.

Eique subscripserunt haud inviti noviores quidam, non
contemnendæ auctoritatis, Interpretes: *Corasius lib. 1.
Miscellan. jur. c. 21. & in tract. de juris arte, part. 1. c. 9.
in fin. & in Comment. ad tit. C. de jure emphyteut. sub ca-
pite, contractum emphyteusis, juris gentium, non civilis
esse. Cujac. in paratit. C. d. t. Giphan. ad l. 2. C. eod. Con-
nan. d. lib. 1. Comment. juris civ. c. 6. num. 11. & lib. 7.
c. 22. num. 1. D. Collega Halbritterus in tr. manuscripto,
de jure emphyt. c. 1. Hotoman. in §. jus autem gentium. f.
de jure nat. gent. & civ. & idem in hoc §. nostro, enunciat.
2. Rittershus. & Mynsinger. num. 5. Bronchorst. cent. 1.
Enantiophan. assert. 79. edit. 2. Petrus Augustinus Morla
in Emporio juris utriusque part. 1. t. 10. de locato in præ-
missis numer. 32. Arumaeus Exercitat. Justin. 14. th. 12.
Schegk. disput. 18. th. 66. Hilliger. in Donell. enucleat.
lib. 13. cap. 22. lit. B. Schroter. diatrib. domesticar. de-
cad. 8. quæst. 5. Andr. Gerhard. decad. 15. quæst. 4. Dn.
Collega Besold. disput. 3. Pand. ad l. 5. th. 6. & Bacho-
vius lib. 1. disputat. miscellan. cap. 6. pag. 219. cum seq.
item in suis not. ad vol. 1. Treutler. disp. 19. th. 9. lit. B.
pag. 1124.* ubi inquit, absurdos meritò habendos esse
eos, qui contractum hunc, tanquam à Zenone no-
viter constitutum, ad jus civile referunt. Eidem sen-
tentiæ quoque suffragatur Erasmus Ungepaur *exercit.
Justin. 12. quæst. 6. in nego. pag. 458. & seq. edit. ult.* Li-
cèt communiter Dd. reclament *Accurs. Faber, Joan. de
Plat. Cantiuncula, & alii in d. §. jus autem gentium f. de
jur. nat. gent. & civ. Bartol. & Alberic. de Rosate in d. l.
ex hoc jure 5. ff. de just. & jur. Schilbock. Borcholt. Ste-
phanus Bodens, Schneidewin. num. 1. Vultejus num. 6.
Heigius num. 9. aliique in hoc nostro §. Wesenbec. in pa-
ratit. ff. si ager vectigalis, &c. num. 2. Idem Borcholt.
in tract. de feud. cap. 3. num. 3. & part. 1. disp. de jure
emphyteut. th. 2. pag. 109. Guido de Suzaria in tract. de
jur. emphyteut. num. 1. Gædd. ad l. ager 27. num. 19. ff.
de verb. sig. Anton. Fab. lib. 15. conject. jur. civ. cap. 4.
Kubach. cent. 3. quæstion. illustr. politico-jurid. decur. 10.
quæst. 1. pag. 907. cum seqq. D. Bocer. in Commentar. ad
l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 79. edit. 2.
& Class. 2. disp. 14. th. 1. & 16. edit. 2. item tract. de
qualit. & differ. feud. c. 1. num. 27. Valascus in d. tract.
de jure emphyteut. quæst. 3. num. 1. & 7. Elbert. Leoni-
nus ad rubr. C. de jure emphyteut. num. 6. Treutler. d.
disput. 19. th. 9. lit. b. vol. 1. Forster. Junior lib. 3. dis-
put. 18. thes. 9. D. Obrecht. disput. 36. thes. 32. & seq.
Wegner. disp. 12. ad Instit. th. 5. Matth. Stephani cent. 3.
quæst. 81. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 12.
assert. 6. lit. d. Foman. disp. 1. th. 21. lit. c. & th. 24. lit.
a. Timæus Faber disp. anniversar. 24. ad Instit. Imperial.
th. 7. lit. a. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract.
7. part. 1. quæst. 9. Eggebrecht. de synopsi juris emphyteut.
conclus. 35. Modius in tract de emphyteusi tit. 1. num. 6.
& Justus Schutz exercitation. jur. disput. 16. th. 13. lit. b.
pag. 252. & seq.*
Additur in definitione, *nominatus.* Tum quia proprium, 44
certum, & elegans, alteri non conveniens, nomen ha-
bet, *hoc §. l. 1. 2. & 3. C. de jure emphyteut.* Tum quia in- 45
nominati contractus reperiuntur tantùm quatuor: Do,
ut des, seu (quod idem est) permutatio: do, ut facias:
facio, ut des: & facio, ut facias, *l. naturalis 5. ff. de præ-
script. verb.* At inter hos emphyteusis non reperitur.
Tum quia ex nominatis contractibus propria & specia- 46
lis actio competit, *l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. ff.
de præscript. verbis, &c.* Atqui ex contractu emphy- 47
teutico propria & specialis actio competit, nimirum em-
phyteutica vel emphyteuticaria, *l. si finita 15. §. si de
vectigalibus 26. ff. de dam. infecto l. si cùm venditor 66. in
princ. ff. de evictionib. & uberiùs ostendetur infra suo loco
num. 576.* Ergo emphyteusis est contractus nominatus.
Tum denique quia nisi veteres emphyteusin pro con-
tractu nominato habuissent, non tam anxiè disputassent,
utrùm esset locatio-conductio, an emptio-venditio. Id-
que communiter traditum esse, testatur *Wesenbec. in pa-
ratit. ff. si ager vectigalis, &c. num. 2. Jul. Clar. in tract.
de jur. emphyteut. quæst. 2. Angel. & Jason in d. l. 1. C.
de jur. emphyt. Idem Jason & Bartol. in l. un. ff. de con-
dict. ex leg. Anton. Menes. in d. l. naturalis 5. ff. de præ-
script. verb. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 18. lit. f. & in
hoc §. num. 72. & seq. pag. 435. Joan. Ferrar. ad Rubr.
tit. C. de jure emphyt. Arumaeus Exercit. Justin. 14. th. 13.
ad lit. b. Mynsinger. hic num. 6. Valascus in tract. de jur.
emphyt. quæst. 6. num. 5. Hænonius quæst. illustr. disp. 16.
th. 19. ubi allegat dissentientem Hedemannum in disp. 17.
th. 48. lit. b.* Videatur Elbertus Leoninus *ad rubr. C.
de jur. emphyt. num. 6.* ubi ait, dissentire Baldum *in l.
ult. C. quando liceat ab empt. reced. & in rubr. C. de rer.
permutat.* Istius autem rei disquisitio magni effectûs est. 48
Etenim in contractibus nominatis, re etiam integrâ, ex-
cluditur pœnitentia, *l. sicut initio 5. & ibi communiter
Dd.*

Digitized by Google

Dd. C. de obligat. & act. In contractibus verò innomina-
tis, si res nondum intervenerit, & adhuc sit integra,
pœnitere licet, l. si pecuniam 5. in princ. ff. de condict.
causa data, caus. non secut. Clarus d. quæst. 2. Schneidew.
ad §. sequent. nu. 13. & 14. f. de obligationib. ubi n. 17.
& nos hac de re disseruimus paulò copiosius.
49 Ajo, emphyteusin esse contractum bonæ fidei. Quo-
niam perpetua quædam locatio ut plurimùm censetur.
hoc §. nostro ibi. perpetuò quibusdam. &c. ubi Heigius n.
20. l. vium veritatis 10. C. de locato Mynsinger. in rubr.
hujus tit. nu. 1. & hic initio. Cujac. in l. 1. C. de locatione
prædior civilium vel fiscal. &c. Jam verò in §. actionum
28. infr. de actionib. bonæ fidei contractibus locatio ge-
neraliter sive indefinitè annumeratur. Quare ejus inde-
finitè factâ appellatione, hæc quoque locationis per-
petuæ species ut comprehendatur, necesse est. Deinde
nihil in toto hoc contractu, ad substantiam ejus perti-
nens, esse videtur; quod non vel ex locationis, vel em-
ptionis contractu acceperit. Est quippe ex utroque illo
compositus, hoc §. nostro. Cùm igitur ea omnia, ex qui-
bus consistit, ab bonæ fidei contractus, emptionem & lo-
cationem, pertineant: perabsurdum esset, hunc contra-
ctum emphyteuticum, ex illis mixtum & conflatum, di-
versæ naturæ à simplicibus suis, ex quibus compositus
50 est, censeri. Ideoque ad regulam generalem, mixta sa-
pere & assumere naturam suorum simplicium, meritò
referendus est, arg. l. 1. ff. de æstimator. act. Præterea pa-
cta huic contractui in continenti adjecta tam actionem,
quàm exceptionem pariunt, hoc §. nostro vers. & siqui-
dem aliquid pactum fuerit, &c. l. 1. ibi, firma illibataque
perpetuâ stabilitate modis omnibus debent custodiri C. de
jur. emphyteut. cùm tamen (secundùm veriorem senten-
51 tiam) pacta contractibus stricti juris apposita, tantùm
ad excipiendum prosint, non ad agendum, l. juris gen-
tium 7. § quinimò 5. ubi Cujac. & Fornerius Garcias nu.
26. ff. de pact. l. in bonæ fidei 13. ibique Donell. C. eod. De-
cius, Curtius, Porcius, & alii in l. petens 27. Cod. t. Hoto-
man. illustri quæst. 36. & ad l. lecta 40. ff. de reb. credit.
Wesenbec. in paratit. ff. de pact. nu. 9. Borcholt. in Com-
mentar. de pact. cap. ult. nu. 45. & seqq. Bronchorst. cent.
1. [illegible], assert. 23. edit. 1. Quanquam alios circa
hanc rem fluctuare, & aliter sentire me non latet, Fa-
chin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 99. Cont. lib. 1. disput.
cap. ult. Duaren. in d. l. juris gentium 7. §. quinimò ff. de
pact. Gœdd. in Commentar. de contrahend. & committ.
stipulat. cap. 8. conclus. 2. Guilhelm. Forster. in tractat. de
52 pact. cap. 8. membr. 2. pag. 245. ubi plures citat. Deni-
que omnes contractus, qui solo contrahentium consensu
fiunt, bonæ fidei sunt. Siquidem in iis alter alteri obli-
gatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præ-
stare oportet, etiamsi linguâ non sit nuncupatum, vel
verbis nominatim non expressum, ut traditum est f. tit. de
obligationib. ex consensu l. sed Celsus 6. §. 1. vers. in emp-
tis & venditis, &c. ff. de contrah. empt. l. 2. §. fin. ff. de
obligat. & act. Hunc autem contractum emphyteuticum
solo consensu constare, mox audituri sumus. Eum ergo
bonæ fidei esse rectè statuimus.
53 Nec nobis adversatur, quòd vulgò objicitur, omnes
bonæ fidei contractus recenseri in d. §. actionum 28. infr.
de actionib. & inter illos emphyteusin non reperiri, adeo-
que bonæ fidei contractum non esse. Nam omnes con-
tractus bonæ fidei vel verbis vel sententiâ dicti §. conti-
nentur. Verba emphyteusin non exprimunt: sententia
54 utique; quoniam sub actione locati comprehenditur. At
non tam quid verbis, quàm quid sententiâ legis exprimi-
tur, attendendum est, l. nominis 6. in fin. ff. de verb. signi-
fic. l. scire leges 17. ff. de legib. l. non dubium 5. C. eod. Do-
nell. in d. §. actionum nu. 34. infr. de actionib. Connan. lib.
7. Commentar. jur. civil. cap. 12. Wesenbec. in hoc §. nu.
8. D. Halbritter. in Comment. de jur. emphyteut. c. 1. &
in elegante disput. de jure emphyteut. de Anno 1602. Re-
spondente D.D. Samuele Bansovio, thes. 4. Arumæus Ex-
ercitat. Just. in. 14. thes. 13. Althusius lib. 1. Juris Roman.
c. 31. Forster. Junior disput. 18. thes. 10. Tremler. disp.
29. thes. 9. lit. c. vol. 1. & ibi Bachovius in suis not. pag.
1124. [illegible] Hunnius quæst. 32. pag. 1786. & idem lib.
3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. qu. 10. Schegk.
in delibatis jur. disputat. 18. thes. 66. lit. D. Hœnonius
quæstionum illustr. disput. 16. thes. 19. lit. b. Dissentiunt
tamen Dd. plerique omnes, Bald. Jason in d. l. 1. nu. 176.
Salicet. ibid. in fin. & Sichard. num. 6. & 46. C. de jur.
emphyteut. D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 17. & d.
tract. de qualit. & different. feudor. cap. 1. num. 28. item
in hoc §. num. 63. cum seqq. pag. 433. & seqq. Guido de
Suzaria in tract. de jur. emphyteut. nu. 3. Joan. Ferrar.
ad rubr. C. d. t. Gœdd. de contr. & committ. stipul. d. cap.
8. conclus. 2. num. 53. Joachimus Schepliz. in not. ad
promptuar. tam juris civ. quàm feudal. Balthasar Klam-
mer. tit. 10. de emphyteus. §. 1. num. 6. Alvar. Valascus
in tract. de jure emphyt. quæst. 5. num. 7. aliique ab eo
allegati. Quibus suffragantur Struckius d. part. 1. Ex-
ercit. Justin. decad. 12. assert. 6. tit. E. Cludius de se-
questrat. cap. 1. num. 30. Maulius d. tract. de emphy-
teusi tit. 1. num. 8. Ruger. Ruland. in tract. de Com-
missar. & commiss. Camer. Imper. part. 3. lib. 5. nu. 9.
eumque citans Eggebrecht. d. synops. juris emphyteut. con-
clus. 37. Cæterum huc referenda sunt, quæ annotavi
in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis quæst. 2. num. 23.
& seq.
Adjicio in definitione, solo consensu constans. Quia 55
emphyteusis ad sui perfectionem sive substantiam, ne-
que rei traditionem, neque verba, neque scripturam
necessariò requirit: sed sola conventio de concedendo
prædio fruendo, & præstandâ annuâ pensione obliga-
tionem & vim illi tribuit, arg. hujus §. & l. 1. C. de jure
emphyteut. tot. tit. f. de obligat. ex consensu l. 2. ff. de obli-
gat. & act. l. qui ad certum 14. ff. locati. Quibus in locis
habetur, emptionem & locationem solo consensu per-
fici. Ergo & hic contractus, utpote ex iis compositus,
solo consensu absque traditione perficitur. Neque obest, 56
quòd in hoc §. proponitur, prædium perpetuò fruen-
dum alicui traditum fuisse, vers. ut ecce de prædiis, quæ
perpetuò quibusdam fruenda traduntur, &c. Etsi enim
in facto præmittitur, traditionem prædii intervenisse:
ex subsequenti tamen responsione tacitè evincitur, ad
contractûs emphyteutici substantiam, traditionem non
desiderari. Is siquidem contractus antiquitùs putabatur
esse vel emptio & venditio, vel locatio & conductio.
Hi autem contractus rei traditionem ad sui substantiam
seu perfectionem minimè desiderant, ut arguit versic.
at nec dari quicquam in d. l. suprà, de obligationib. ex
consens. Sola igitur (ut paulò antè dictum) conventio &
pactio validum firmumque hunc contractum efficit, o-
bligationemque parit. Nec etiam rarum aut infrequens
est, ut in facto plura, quàm substantia contractûs exi-
git, proponantur, ut patescit ex l. naturalis 5. §. 1. ff.
de præscriptis verb. & leg. fin. ff. de condict. causa data,
&c.
Quid ergo? an non scriptura ad substantiam hujus 57
contractûs præcisè requiritur? Id sanè plurimi affir-
mant, Accursius hic in verb. neque ad locationem Angel.
Aretin. num. 8. Schneidewin. num. 7. Mynsinger. num.
23. & Heigius num. 24. Bald. Salicet. Jason, Corasius
num. 8. & 12. Elbertus Leoninus num. 3. & Sichard.
num. 32. ad d. l. 1. Cod. de jure emphyteut. Clarus
lib. 4. sentent. §. emphyteusis quæst. 4. Vigel. lib. 5.
jur. controvers. c. 7. reg. 7. Donellus lib. 9. Commentar.
de jure civil. cap. 13. pag. 445. Borcholt. in tractat.
feud. cap. 3. num. 7. & part. 1. disputat. de jure emphy-
teut. thes. 4. pag. 118. Bronchorst. cent. 1. [illegible]
assert. 78. edit. 2. Forster. Junior disput. 18. thes. 11.
D. Obrecht. disputat. 36. th. 80. D. Bocer. in Com-
mentar. ad l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. nu.
77. edit. 2. & dict. class. 2. disputat. 14. thes. 3. 15. &
20. item tract. de qualit. & different. feud. cap. 1. nu.
19. & seqq. & in hoc §. num. 42. cum seqq. pag. 429.
& seq. Octavian. Cacher. decis. Pedemont 55. num. 1.
Afflict. decis. 72. nu. 7. Alexand. consil. 117. num.
4. volum. 1. & consil. 50. num. 4. volum. 5. Paris.
consil. 77. numer. 7. vol. 3. Craven. consil. 112. num.
8. Roland. à Valle consil. 87. nu. 9. vol. 1. Alvar.
Valasc. in tractat. de jur. emphyteut. quæst. 7. num. 2.
Mas-

Digitized by Google

Mascardus conclus. 602. n. 1. & 2. itemque conclus. 604. n. 4. vol. 2. Schickard. disp. 14. ad Instit. thes. 5. sub lit. a. & resolut. quæst. 1. Paulus Berens. disp. 11. ad Instit. them. 2. quæst. 5. Hannuus d. lib. 5. var. resolut. jur. civil. tract. 7. part. 2. quæst. 11. Eggebrecht. de synopsi jur. emphyteut. conclus. 40. lit. C. Leonhard. Rosa in disp. 8. de jure emphyt. th. 11. vol. 3. Disputationum Basileens. Knipschildt d. exercit. 9. quæst. 5. pag. 328. Justus Schutz d. disp. 16. th. 14. pag. 253. aliique per illos relati. Verum non pauci illud negant, *Accursius, sibi contrarius, & Bartol. in d. l. 1 C. de jur. emphyteut. Speculator. tit. de emphyteusi n. 5. Anton. de Butrio, & Panorm. in c. potuit. 4. de locato. Curt. Jun. & Alciat. in l. pactum, quod bona fide 17 C. de pact. Lud. Roman. consil. 103. n. 6. Molin. in consuetud. Paris. tit. 2. in princ. n. 38. & seq. Guido de Suzar. in tract. de jur. emphyt. num. 4. Conrad. Rittershus. lib. 1. partition. feudal. cap. 2. quæst. 2. pag. 81. Francisc. Sarmient. lib. 3. selectar. interpret. c. 2. n. 5. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 12. n. 6. Forcatul. Necyomantia Dialog. 19. n. 9. Kirchov. commun. opin. cent. 2. conclus. 6. Vultejus lib. 1. Jurispr. Roman. c. 36. in fin. pag. mihi 159. & in tract. de feudis lib. 1. c. 7. n. 42. pag. 177. Halbritter. in tractat. de jur. emphyt. cap. 1. & in d. disp. de jur. emphyt. de Anno 1602. thes. 5. ad lit. b. Hackelman. disp. 11. thes. 14. lit. b. Giphanius lib. 3. disp. 29. thes. 22. & num. 25. Bachovius in notis ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 9. lit. D. pag. 1125. nec non nuperrime Richter in tract. de contractib. disput. 10.*
58 *th. 3. sub lit. e. pag. 312.* Hujusque negatæ sententiæ, cui & ego, ceu veriori, meum addo suffragium, ratio multiplex redditur. I. Quia vulgata juris est regula: scripturam ad rei gestæ substantiam aut fidem necessariò non requiri, *l. contrahitur 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. in re hypotheca 4. ff. de fide instrumentor. l. in exercendis 15. C. eod. l. qui ad certum 14. ff. locati d. l. pactum,*
59 *quod 17. C. de pact.* At à regula, donec apertè demonstretur exceptio, non recedendum est, *Bartol. in l. 2. n. 1. ff. si quis in jus voc. non ierit. Decius n. 7. & Stureius n. 29. in l. 1. ff. de reg. jur. Menoch. consil. 231. n. 52. consil. 238. num. 17. consil. 251. n. 35. & consil. 272. num. 32.*
60 II. Quia argumentum à feudo ad emphyteusin procedere, indubitatum est, *ut docuit Jason in d. l. 1. C. de jur. emphyteut. Everhard à Midelburg in Top. legal. loco, ab emphyteusi ad feud. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap.*
61 *5. num. 51.* Atqui in contractu feudali scripturam non esse necessariam, feudique concessionem etiam per testes probari posse, constat, *cap. 1. quid sit investitura lib. 2. feudor. tit. 2. ubi plerique Feudistæ. Hippolyt. de Marsil. in rubr. C. de probat. n. 31. Bald. cons. 351. num. 3. vol. 1. Matth. de Afflict. in constitut. Neapol. libr. 2. rubr. 35. num. 12. Mascard. d. vol. 2. de probat. conclus. 768. &*
62 *769.* III. Quia in hoc §. nostro scriptum extat; tantam esse inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationemque familiaritatem sive similitudinem, ut à veteribus dubitatum fuerit, num ille contractus venditioni, an locationi sit associandus. Jam verò si contractus emphyteuticus in scriptis præcisè esset conficiendus: inepta veterum fuisset dubitatio, utrùm venditio vel locatio esset: siquidem certissimi juris est, venditionem & locationem solo consensu, absque scriptura, perfici, *t. tit. I. de obligat. ex consens. l. contractus 17. C. de fide instrumentor. & jurib. similib. superius allegatis.* IV. Quia Justinianus Imp. in hoc ipso §. omnia, quæ à Zenone *in d. l. 1. C. de jur. emphyteut.* constituta sunt, summatim refert & explicat; & tamen nullius prorsus scripturæ meminit: sed simpliciter asseverat, quòd ea, quæ pactionibus intervenientibus in contractu emphyteutico acta sunt, servari & custodiri debeant; proindeque vim ejus totam conventioni, sine scriptura ce-
63 lebratæ, attribuit. V. Quia idem Justinianus *in l. 2. ibi, sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, &c. & in l. 3. ibi, sin autem nullo modo hujusmodi pactio interposita est, &c. C. de jur. emphyteut.* non obscurè innuit, quicquid in hoc contractu in pactionem conventionemve deductum est, observari debere: atque adeò omnem hujus contractûs vim in conventione, etiam sine scriptis interpositâ, consistere ostendit. Etenim si scriptura seu instrumentum de substantia hujus contractûs esset, illo non interveniente, vel deperdito, ipso jure nullus foret contractus: quod tamen falsum esse, clarescit *ex d. l. 3. in princ. C. eod.* VI. Quia idem Imperator Justin. 64
in Novell. 7. in præfat. §. 1. vers. Anastasius autem, &c. refert: Imperatorem Anastasium constituisse, quòd in perpetua rei Ecclesiasticæ emphyteusi scriptura sit necessaria: in temporanea verò, quæ scilicet fit ad solam vitam accipientis, interponi illa necessariò non debeat. Jam si ex Zenoniana constitutione generaliter scriptura ad hujus contractûs substantiam requireretur: frustratoria & supervacanea fuisset Anastasii (qui 26. annis imperavit post Zenonem) constitutio, quâ per emphyteusin res Ecclesiæ in perpetuum alienari, absque scripturæ interventu, non posse sancivit. *Molin. in consuetud. Paris. d. tit. 2. in princ. num. 39.* Estque 65
manifestius, quàm ut negari à quoquam possit: Anastasium dicto in loco non extendisse aut ampliasse, sed restrinxisse magis facultatem alienandarum rerum Ecclesiæ. Nam relata Imperatoris Leonis constitutione, Justinianus hæc subjicit verba: *Anastasius autem piæ memoriæ, &c.* Ex quo verborum ordine apparet; Anastasium coarctasse rerum Ecclesiæ in emphyteusin concessionem, post Leonem constituendo, ut scriptura ad perpetuam Ecclesiasticæ rei emphyteusin adhibeatur. Ait enim Justinianus: *Anastasius autem gesta monumentorum constituit fieri, & tempus certum, &c.* Hoc cùm 66
verè ita se habeat: frustra conatur Cacheranus *d. decis. Pedemont. 53. num. 2.* hanc Molinæi interpretationem, tanquam paradoxam, explodere. Etenim: *ut modò diximus,* Justinianus retulit Leonis constitutionem, & primò quidem ejus prohibitionem, quomodo interminatus sit emptori, œconomo vendenti, Tabellioni instrumentum venditionis conficienti, item Judicibus: deinde quid permiserit, &c. Nec movet, quòd in d. Nov. 7. *in d. præfatione vers. ad hoc autem, &c.* hæc verba legantur: *Et tabellionem, qui talia confecit instrumenta, &c.* adeoque videatur ex eo, quòd Tabellioni interminatus sit pœnam, colligi posse: fuisse cautum à Leone Imperatore, qui Zenonem præcessit, in alienationibus rerum Ecclesiasticarum documenta requiri. Quandoquidem non minus evidenti argumentatione evinci & hoc potest: Leonem hoc quoque constituisse, ut Judices interveniant: cùm æquè eorum, ac Tabellionum mentionem fecerit, *d. vers. ad hoc autem, ibi, ipsos quoque maximos judices, &c.* Si dixeris: de Judicibus quod affertur, eum habere sensum, si apud Judices hic contractus fuerit initus: non quòd necesse sit semper apud eos contrahere. Tunc sanè idem de Tabellione fuerit admittendum. Nec enim alia occasione, aliovè respectu Judicum, quàm Tabellionis mentio facta fuit. Sed & *in d. vers. ad hoc & in* 67
d. §. 1. vers. quia verò didicimus, &c. ideo solùm de documentis sive scripturâ facta fuit mentio: quòd ea frequenter adhiberi soleat in hoc contractu: ne fides aliàs, defunctis testibus, per temporis longinquitatem perimatur. Et quid multis? Anastasium fuisse primum, qui scripturam hoc in contractu intervenire constituerit, clarissimum est *ex d. vers. Anastasius autem, &c.* per hæc verba ibi expressa: *Anastasius autem gesta monumentorum constituens fieri super alienationibus, &c.* Id quod certè Justinianus de Anastasio falsò scripsisset si ante ipsum Leo gesta monumentorum fieri constituisset. Hoc insuper perquàm absurdum est, quod Cacheranus *loco supra notato* amplius subjungit, & sentit: quòd Leo constituerit, requiri scripturam in alienatione rei Ecclesiasticæ, id Zenonem *in d. l. 1. C. de jure emphyt.* extendisse etiam ad res privatorum: sed Anastasio postea visum fuisse distinguere inter emphyteusin temporalem, & perpetuam: ut hæc cum gestis, illa sine gestis fieret. Cùm enim Anastasius in rerum Ecclesiæ duntaxat, & non etiam privatorum alienatione distinctionem istam fecerit. *d. vers. Anastasius autem, &c.* sequeretur inde, eum faciliùs rei Ecclesiæ, quàm alicujus privati, in emphyteusin concessionem admisisse.

Sic

Digitized by Google

Sic etenim, secundùm legem Zenonianam, res privatorum sine scriptura generaliter non rectè in Emphyteusin concederentur: Ecclesiæ verò res ad vitam accipientis solummodo, sine scriptura ex Anastasii constitutione
68 concedi posset. Hoc autem dictu perquàm absurdum esse, nemo non animadvertit.

Porrò nihil planè ad rhombum facit, quòd Dominus D. Bocerus *in d. tract. de qualit. & different. feudor. cap. 1. n. 26. pag. 109. & in hoc §. n. 57. cum seq. pag.* 412. ad destructionem hujus fundamenti nostri, *ex d. Novell. in princ. §. 1. sive ult. vers. Anastasius*, extructi; contendit: per *gesta monumentorum*, illic intelligendam esse scripturam publicam: adeoque in emphyteusi civili sive seculari privatam duntaxat desiderari scripturam: ait in emphyteusi Ecclesiastica exigi monumentorum gesta, id est (ut ipse interpretatur) scripturam publicam. *Etenim* nullo evidenti textu juris demonstrari poterit, *per monumentorum gesta* scripturam tantùm publicam exaudiendam esse. Nam quod concernit textus, à Dn. D. Bocero allatos: ii non omnes simpliciter loquuntur de *monumentorum gestis*: sed adducit plerique verbum *insinuationis*: ex quo appareat, qualia monumenta in istis textibus intelligi debeant, nimirum illa, quæ ad insinuationem donationis, summam quingentorum solidorum excedentis, coram Magistratu expediendam, requiruntur, sicque publicis actis insinuata & comprehensa sunt: ut videre est *in l. penult. §. ult. C. de donat. & Novell. 119. in princ. &*
69 *locis simlib.* Sed & exploratum est: generali *monumenti* appellatione comprehendi omne id, quod ad memoriam posteritatis spectat, ut Cicero *lib. 5. familiar. & passim*,
70 tradit. Eòque confert *l. census 10. ff. de probationib.* ubi Marcellus ait: monumenta publica potiora esse testibus. Quibus utique verbis non obscurè indicat, esse quoque monumenta privata. Aliàs enim non addidisset verbum, *publica*. Idque latiùs confirmat Hugo Donellus *in tract. de fide instrument. cap. 2. pag. mihi 279.* Adhæc posito (sed citra veritatis præjudicium) *in prædicta Novell. 7.* per *monumentorum gesta* intelligendam esse tantummodò scripturam publicam: atque adeò in Ecclesiastica emphyteusi requiri publicam scripturam: non tamen inde sequeretur, quod in civili seu seculari emphyteusi scriptura privata exigeretur. Siquidem in ea nullam planè, sive publicam, sive privatam scripturam esse necessariam, paulò antè sat firmis argumentis demonstratum est. Denique quia usu hæc sententia & consuetudine recepta est, *ut testantur Bart. in d. l. 1. n. 6. C. de jur. emphyteut. Socin. senior cons. 120. n. 24. lib. 4. Joan. Rimin. cons. 421. num. 28. vol. 3. Dec. cons. 420. & cons. 540. Corn. consil. 187. col. fin. lib. 1. Paris de Puteo in tract. de reintegr. feud. in cap. pone quod fuit, col. 2. n. 7. fol. 86. hosque referens Valascus d. tract. de jur. emph. quæst. 7. n. 2. Idem firmat Mynsinger. Respons. 66. nu. 5.*
71 *Decad. 7.* Consuetudo autem est optima legum interpres, *l. si de interpretatione 37. ff. de legib. cap. cùm dile-*
72 *ctus 8. de consuetud.* & opinioni à consuetudine approbatæ standum est, *arg. l. minimè 23. & l. de quibus 32. ff. de legib. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. Dd. in l. dos à patre 4. C. soluto matrimon. & in l. 1. & Auth. ibi positâ Cod. si secundò nupserit mulier, &c. Menoch. de præsumptionib. lib. 2. præsumpt. 71. n. 22. ubi plures citat.* Est igitur verissima sententia putantium; scripturam ad substantiam hujus contractûs non requiri: nisi res Ecclesiæ in perpetuum in emphyteusin concedatur. *Quâ de re latiùs infrà n. 164. & seq.*

73 Huic tot rationibus jam relatis corroboratæ conclusioni non obstat *l. 1. C. de jure emphyt.* ubi Zeno scripturæ meminit, & ablativis absolutis utitur, *Scripturâ interveniente*: quorum ea est natura, ut conditionem inducant, *l. ab emptione 58. ff. de pact. l. si mandatu meo 45. §. ult. ff. mandati. l. creditor 13. in princ. ff. qui potior. in pignor. hab. l. evictis 18. & l. lite contestata 35. ff. de usur. l. fructus 7. §. divortio* [illegible] *ff. solut. matrim. l. à testatore 109. ff. de condit. & demonstrat. l. acceptis 93. ff. ad L. Falcid. l. fa-*
74 *cta 63. §. rescripto. ff. ad SC. Trebell.* At conditionem præcisè & ad unguem esse servandam, nec per æquipollens adimpleri debere, palàm est, *l. qui heredi 44. §. contra 3. & l. Mævius 55. ff. de condit. & demonstrat.* Lex, *inquam*, ista non obstat. *Etsi enim* in ea (*ut & in l. 2. & 3. C. eod.*) fit mentio scripturæ sive instrumenti intervenientis: non tamen propterea sequitur, scripturam planè esse necessariam. Nam etiam dos pacto nudo con- 75
stituitur, *l. ad exactionem 6. C. de dotis promissione, &c.* & tamen lex meminit instrumenti dotalis, *in l. fin. post princ. C. eod. tit.* Enimverò lex illa astruit, pactiones super emphyteusi, scripturâ interveniente, celebratas, firmas esse; non quòd scriptura necessariò requiratur: sed quod (*ut jam superiùs dictum*) frequenter & plerunque hic contractus in scripturam redigi soleat: ut faciliùs, si fortassis ejus memoria periclitaretur, ex scriptura in memoriam revocari, comprobarique posset. Deinde ex ipso *dictæ l.* 1. contextu, si penitiùs introspiciatur, manifestè apparet; illis verbis, *scripturâ interveniente*, non significari, scripturam in contractu emphyteutico necessariam esse: siquidem Zeno ibidem hæc subjicit verba: *ita ut si interdum ea, quæ fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, &c.* Quibus clarissimè indi- 76
cat; pactiones, quarum in præcedenti versiculo fecit mentionem, non esse necessariò in scriptum redigendas: sed etiam absque scriptura subsistere. Vult etenim omnino, sufficere pactorum conventionem. Hancque ipsius fuisse mentem, constat *ex hoc §. nostro*, ubi Justinianus ex illa Zenoniana constitutione, ad contractûs emphyteutici perfectionem, nudam conventionem, sine scriptis initam sufficere, luculenter eo ipso ostendit, quòd nullius scripturæ mentionem injecerit. Adhæc ablativi isti, *scripturâ interveniente*, non ad hujus contractûs substantiam, sed ad pacta ei adjecta referuntur. Ait namque Zeno, emphyteusin esse justum validumque contractum; in quo cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus *scripturâ interveniente* habitis placuerint, firma illibataque perpetuâ stabilitate modis omnibus debeant custodiri. Ubi certè priùs de contractu perfecto validoque verba facit, & postea demum subnectit, pactiones scripturâ interveniente illi appositas, esse modis omnibus custodiendas. Ideòque si per istos ablativos, *scripturâ interveniente*, aliqua scripturæ necessitas importaretur: sequeretur inde, non quidem contractum emphyteuticum, sed pacta ei adjecta scripturam desiderare. Quod cùm 77
pronunciatu absurdum sit: recipienda erit interpretatio nostra, quâ isthæc absurditas evitari possit, *arg. l. in ambigua 19. ff. de legib. l. nam absurdum 7. junct. l. præced. ff. de bonis libertor. l. 1. §. & restituendi. vers. est enim absurdum ff. de publican. & vectigalib.* Præterea non per- 78
petuum est: ablativos absolutè positos conditionem inducere vel continere. Nam his ablativis interdum factum duntaxat intelligitur, & nulla conditio, *l. necessarium 2. §. exactis deinde regibus 16. ff. de orig. jur.* Denique argumentum *in d. l. 1. C. de jure emphyteut.* quâ vulgaris opinio fundatur, à contrario sensu sumitur. Quod 79
argumentum nullius momenti esse, si ex eo vel pravus & contra leges alias intellectus resultet, vel correctio communium regularum juris introducatur, notatur *in l. 1. in princ. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. & in l. 2. C. de conditionib. insertis, &c.* & docuit *Everhardus à Midelburg. in locis suis legalib. loc. à contrario sensu n. 4. & seqq.* Utrumque autem hîc, si isti argumentationi es- 80
set locus, accideret. Neque enim solùm textus expressus evidenti demonstratione contrarium disponens *ex d. Novell. 7. in præfat. §. 1. vers. Anastasius, &c.* adduci potest: sed etiam trita regula juris est: scripturas fieri; ut, quod actum est; per eas faciliùs probari queat: sine his verò valere, quod actum est, si probationem habeat, *d. l. in re hypotheca 4. ff. de fide instrumentor. cum concordantibus s. allatis num.* 58. At dices: emphyteuticus 81
contractus aliter, quàm scripturâ, probari non potest. *Quasi verò* testibus, aliovè modo commodè probari 82
non possit. Annon ex solutione annui canonis perspicuè satis de re in emphyteusin concessâ constabit? Ac sanè ex præstatione canonis, per diuturnum tempus tanquam ab emphyteuta factâ, contractum emphyteuticum præsumi, multorum auctoritatibus confir-

mat

Digitized by Google

mat Menochius. *de præsumptionib. lib. 3. præsumpt.* 108.
Nec obest, quod in contrarium affertur, contractum em-
phyteuticum requirere pro sui essentiâ scripturam: quæ
non præsumitur ex cursu temporis, ubi pro essentiâ vel
solennitate actûs exigitur. *Felin. in cap. sicut col.* 17. *de re*
judic. Ruin. consil. 69. col. 6. vers. secundò respondetur.
lib. 1. *& cons.* 49. *num.* 9. *libr.* 4. Firmis enim ac invictis
rationibus jam supra ostensum & decisum est: contra-
ctum emphyteuticum solo consensu absque scripturâ
iniri. Reliqua, quæ à D. D. Bocero & Hunnio, *locis*
supra notatis, objici huic assertioni solent argumenta,
abundè refutata sunt *in additionib. meis ad Jul. Clar.* §.
emphyteusis, quæst. 4. *n.* 10. *& seqq.*

83 Refutatis igitur omnibus D. Boceri argumentis, qui-
bus ipse adductus scripturam de substantiâ hujus con-
tractus esse putabat; & quæ à quoquam *in æternum* re-
futari non posse, falsò sibi persuadebat, *in hoc* §. *sub n.*
51. *pag.* 430. illud porrò investigandum restat, quánam
in re aliâ, differentia specifica & forma contractûs em-
phyteutici consistat & contineatur, si non scripturâ. Hoc
etenim audire & scire percupit Dn. Collega Bocerus,
hic num. 49. *pag.* 429. Præmittendum itaque; differen-
tiam specificam dici, qua species sub eodem genere
contentæ inter se distinguuntur. Ita enim inquit Por-
phyrius in sua Isagog. cap. 3. διαφορά ἐστι τὸ χωρίζον
πεφυκὸς τὰ ὑπὸ τὸ αὐτὸ γένος. Et in fine: Εἰ τὸ ὂν ἂν ἰδιοποιὸν
διαφορά, ὅσαι ἕτερον εἶδος ποιοῦσι. Cùm proinde emphy-
teusis sit sub genere contractuum ex consensu: dispi-
ciendum, quomodo ab aliis ejusdem generis speciebus,
puta emptione-venditione, locatione-conductione, so-
cietate, & mandato differat. Si quid igitur deprehen-
sum fuerit in emphyteusi, quod idem non deprehenda-
tur in reliquis contractibus ex consensu: in eo procul
dubio differentiam specificam emphyteuseos consistere,
dicendum. *Id autem est præstatio canonis*, sive potiùs con-
ventio de præstando canone, quotannis in recognitio-
nem dominii solvendo. Talis quippe præstatio in nullo
reliquorum contractuum ex consensu reperitur, ut cui-
vis patet. Hæc ergo contractûs emphyteutici differen-
tia specifica erit; neutiquam verò scriptura, ut erroneè
sentit Dn. Collega Bocerus. Si enim scripturam statue-
remus differentiam specificam; sequeretur, quod & em-
ptio-venditio, & locatio-conductio, & societas, & man-
datum, in emphyteusin degenerarent, quoties scriptura
intervenit. Posito namque genere & differentia specifi-
ca; ponitur ipsa species. Sicuti posito animali, & ratio-
nali; ponitur homo. Cùm itaque posito contractu ex con-
sensu, & scripturâ; non ponatur emphyteusis statim (cùm
& alii contractus ex consensu in scripturam redigi pos-
sint) apparet utique, differentiam specificam hujus con-
tractûs in scriptura consistere, non nisi ineptè dici posse.

Atqui ex hac decisione patet etiam resolutio seu res-
ponsio ad istam quæstionem, quâ in dubium vocatur: u-
trùm in distractu, per quem ab emphyteusi constituta
receditur, scriptura sit necessaria? Et eam quidem non
minùs in distractu, quàm contractu emphyteutico desi-
derari, opinantur nonnulli, relati à Cacherano *d. decis.*
84 53. *num.* 10. *& seq.* hac ratione permoti? Quia solenni-
tas, quæ requiritur in contrahendo, requiritur quoque
dissolvendo, *Auth. e contra in Cod. de repud.* & ea, quæ
requiruntur necessariò ad alicujus actûs constructio-
nem, exiguntur pariter ad ejusdem destructionem, *l.*
prout quidque 80. *ff. de solutionibus l. nihil tam naturale*
35. *ff. de reg. jur. Bartol. in l. actor.* 9. *num.* 9. *ff. rem*
ratam haberi. Paul. de Castro in l. tria prædia 31. *num.* 5.
ff. de servit. præd. rusticor. Dec. in cap. cùm omnes col. 5.
vers. aut in primo actu de constit. Jason in l. omnium 19. *n.*
9. *Cod. de testamentis & consil.* 141. *num.* 2. *vol.* 4. Ve-
rùm cùm demonstratum sit abundè; contractum em-
phyteuticum nudo consensu sine scripturâ perfici: opi-
nio hæc, utpote debili falsoque suffulta fundamento,
per se absque ullâ refutatione corruit: & ex adverso
plusquàm manifestum evadit, à contractu emphyteu-
tico nudâ conventione, nullâ etiam interveniente scri-
pturâ, recedi posse. *Quam rem uberiùs persequitur D.*
Halbritter. d. tract. de jur. emphyteut. cap. 1. *circa finem.*

Sed ut ad definitionem regrediar; rectè in eâ sequi- 85
tur, *quo dominus.* Dantem enim sive concedentem om-
nino dominum esse oportet: quoniam ab alio, quàm
domino, emphyteusis non rectè constituitur, *hoc* §. *no-*
stro ibi, pro his domino & versicul. sed talis ibi, ad domi-
num, &c. Jason in l. 1. *num.* 38. *&* 39. *Cod. de jure em-*
phyteutic. cùm nemo plus juris in re quaque in alterum 86
transferre possit, quàm ipse habet, *l. nemo plus* 54. *ff.*
de reg. jur. Donell. lib. 9. *Comment. de jur. civil. cap.* 13. 87
Dominum autem intelligimus illum, quicunque rei in
emphyteusin datæ dominium habet, *tradente Joan. Bor-*
chols. in tract. de feud. cap. 3. *num.* 4.

Insero propterea definitioni hæc verba: *de dando* 88
prædio suo. Quibus verbis nota sive differentia hu-
jus contractûs propria continetur. Nam locum is tan-
tùm habet in prædiis, hoc est, in rebus soli sive im-
mobilibus. In mobilibus siquidem, quæ usu non me-
liorantur; sed aut utendo pereunt, aut deteriores fiunt,
emphyteusis constitui, & utile dominium alteri con-
cedi non potest, *l.* 1. *& rubric. tit. ff. si ager vectigal.*
id est, emphyteuticar. pet. hoc §. *nostro ibi, de prædiis*
& ibi, id prædium, &c. Jason in d. l. 1. *num.* 181. *C.*
de jur. emphyteut. ibique Azo in summâ sua num. 1. *De-*
cian. responso 123. *num.* 44. *vol.* 3. *Valascus de jur. em-*
phyteut. quæst. 1. *num.* 4. *& quæst.* 12. *num.* 1. *&* 11.
Nec moveor, quòd ususfructus in rebus etiam mobi-
libus consistere queat, §. *constituitur* 2. *supr. de usu-*
fruct. l. 3. §. 1. *l. numismatum* 28. *l. statuæ* 41. *ff. d. t.*
Usufructuarius enim non utile (quod vocant) domi- 89
nium, sed utendi fruendique saltem facultatem, à ju-
re dominii separatam, vel certe jus, quod in multis
casibus similitudinem habet dominii, consequitur, *l.* 1.
& l. 4. *ff. de usufruct. &c.* Unde passim agri vel fundi
dicuntur vectigales sive emphyteuticarii, in quibus ni-
mirum jus emphyteuticum constitutum est, *d. l.* 1. *&*
tot. t. ff. si ager vectigal. l. lex vectigali 31. *ff. de pignori-*
bus & l. tutor. 16. §. *ult. ff. de pignor. act.* Atque ita agri 90
vectigales, & agri vel prædia emphyteuticaria idem
sunt: quoniam in Pand. Florentinis ita titulus habet:
Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur. ut
etiam explicatur *in l. sciendum* 15. *in princ. ff. qui satisd.*
cog. & quia utriusque agri, puta vectigalis & emphy-
teuticarii, eadem est definitio. Etenim quæ definitio
est agri vectigalis *in d. l.* 1. *ff. si ager vectigal. &c.* eadem
est agri emphyteuticarii *in præsenti* §. Constat autem, 91
definitionem id ipsum esse, quod res est, quæ definitur:
ut, quorum definitiones eædem sunt, ea quoque inter
se necesse sit esse eadem. *Donell. lib.* 9. *Comment. de ju-*
re civil. cap. 13. *pag.* 443. *num.* 40. *& seq. D. Obrecht.*
disp. 36. *thes.* 48. *Borchols. de feud. cap.* 3. *num.* 26. *Hono-*
nius quæstion. seu controvers. illustr. Disput. 16. *controver-*
sia 18. *ubi dissentientem allegat Molinæum in consuetud.*
Paris. tit. 2. *in princ. num.* 25. *& seqq. nec non Corasium*
in l. ei, qui 16. *in fin. ff. de servitutib. & ad tit. C. de ju-*
re emphyteut.

Subjicio item, *in perpetuum.* Est siquidem primæ- 92
va hujus contractus natura, ut sit perpetuus, *hoc nostro*
§. *ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda tra-*
duntur l. 1. *ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet.*
l. quicunque possessiones 3. *ibi, sed eas in perpetuum C. de*
fundis patrimonialibus, &c. Novell. 7. *cap.* 1. *vers. alie-*
nationis autem nomen, &c. Novell. 120. *cap.* 1. §. *si verò*
quædam & cap. 6. §. 1. *Menoch. libr.* 3. *de præsumptioni-*
bus præsumpt. 109. *num.* 12. Atque inde est, quòd si 93
non constiterit, emphyteusin ad vitam vel certas gene-
rationes fuisse concessam, perpetua esse judicetur. *An-*
gel. in d. Novell. 7. *c.* 3. *Jason in l.* 2. *num.* 160. *C. de jure*
emphyteut. hosque allegans Alvar. Valascus in tract. de
jur. emphyteut. quæst. 1. *num.* 12. Inde quoque hoc jus 94
emphyteuticum sæpe dici solet jus perpetuarium, &
interdum jus perpetuum, & nonnunquam locatio per-
petua, & ipsi emphyteutæ coloni perpetuarii, *l.* 1. *C. de*
officio Comitis sacri Palatii l. 1. 3. *&* 5. *C. de locat. prædior*
civil. & c. l. unam veritatis 10. *C. de locato Connan. lib.* 7.
Commentar. juris civil. cap. 12. *num.* 2. *Tiraq. de retr.*
lignag. §. 1. *gloss.* 14. *n.* 84. *Heigius hîc n.* 3. Vide tamen

Gaſparum Schifordegherum *lib. 1. ad Ant. Fabr. tract. 18. quæſt. 1.*

95 Subjungo, *vel ad tempus.* Quamvis enim hic contractus ſua natura ſit perpetuus, *ut modò oſtenſum*: tamen etiam ad tempus, putà ad 10. 20. 30. pluresve annos, vel ad vitam concedentis, ſeu ad duas, vel tres generationes (appellant quippe vulgariter generationem, vitam uniuscujuſque emphyteutæ) pactis partium emphyteuſin concedi poſſe, notum eſt *l. ult. ff. ſi ager vectigal.&c. d. Novell.* 120. *c.* 5. *in princ. ibi, ultra quinquennium volumus fieri, & d. cap.6. §.1. Cujac. in l.1. C. de locat. prædior. civil. Jul. Clar. de jure emphyteut. quæſt.* 28. *num.* 3. *Giphan. lib.3. diſputat. juris civil. Diſp.* 29. *theſ.* 21. *& ibi Olemannus num.* 24. *Elbert. Leoninus ad l.* 1.
96 *num.* 1. *C. de jure emphyt.* Nec ideo vera & propria emphyteuſis eſſe deſinet: quia licèt naturalia contractûs mutentur: non tamen nomen, vis & ſubſtantia ipſius contractus ſubvertitur, *Jaſon in l. cùm quid 3. num. 2. ff. de reb. credit. ſi cert. pet. Joan. Socarratis ad conſuetud. Cathalo. pag.* 122. *num.* 15. *& fuſius Valaſc. d. quæſt.* 1. *num.* 12.

97 Quæri hîc poterit: num locatio ad longum tempus, ſive ultra decennium facta, transferat utile dominium in conductorem, adeóque in emphyteuſin tranſeat & degeneret? Id quidem affirmant Doctores plerique. *Ruin. conſil.* 57. *vol.* 1. *& conſil.* 61. *col.* 1. *Tiraquell. de retract. lign. §.* 1. *gl.* 14. *num.*79. *cum ſeqq. Mozzius de locat. & conduct. cap. de diviſ. locat. num.* 7. *&* 8. *Joan. Petr. de Ferrar. in tit. forma libell. ad facti præſtationem gloſſ.* 1. *in princip. Socin. conſil.* 167. *non utilis col.* 2. *lib.* 2. *& conſ.* 156. *nu.* 6. *lib.*1. *Raph. Fulgoſ. conſil.* 240. *Jaſon in l.* 2. *n.* 8. *C. de jure emphyteut. Boër. deciſ.* 234. *Felin. conſil.* 15. *n.*4. *&* 9. *Cujac. hic in Notis ſuis. Donell. lib.*9 *Commentar. de jur. civ. cap.*13. *in fine pag.* 447. *Joan. Garſ. de expenſ. & meliorat. cap.* 14. *Gutierrez Canon. quæſt. lib.*2. *c.* 8. *n.*21. *Cævallos, in tract. commun. opin. contra commun. quæſt.* 99. *aliique citati à Valaſco in d. tract. de*
98 *jure emphyteut quæſt.* 27. *num.*19. Sed negativa ſententia veritati magis accedit. Tum quia non tempus, ſed conventio emphyteuſin facit; adeóque non temporis adjectione, ſed propria conventionis forma contractus ab invicem diſtinguuntur, *arg. l. ſi procuratorem* 8. *ff. mandati*
99 *& l. obligationum ferè* 44. *ff. de obligat. & actionib.* Tum quia locationis ea eſt natura, ut dominium non mutet, *per textus generaliter loquentes in l. non ſolet* 39. *ff. locati conducti l. convenit* 65. *& l. cùm manu* 80. *§. fin. ff. de contrah. empt.* cùm nec poſſeſſionem transferat, *l. non ſolùm* 33. *§.* 1. *verſ. cùm hæc igitur ff. de uſurpat. & uſucap. l. cùm in plures* 60. *§.* 1. *ff. locati & monitum ad §.* 2. *n.* 8. *ſupr. hoc tit.* Quare ſecundùm hanc contractûs naturam, contractus intelligi debet: niſi aliud expreſsè conventum fuerit, *l. ex empto* 11. *§.* 1. *ff. de actionib. empti l. ſi ſtipulatus* 4. *ff. de uſuris, &c.*

100 Cui non adverſatur, *l. qui rem propriam* 20. *C. de locato,* ex quâ dicendum videtur, quòd ſi non rem propriam, ſed alienam quis conducat, dominium transferatur, *arg. l.*1. *ff. de offic. ejus, cui mand. eſt juriſd.* Nam argumentum ex iſtâ lege à contrario ſenſu deductum, infirmum eſt: propterea quòd textus expreſſi eidem repugnant, *d. l. non ſolet* 39. *ff. locati cum ſimilibus.* Deinde in lege illâ 20. dominium rei conductæ haud ideò minùs transfertur, quia conductio rei propriæ non valuerit, quod aliàs, ſi valuiſſet conductio, translatum eſſet: ſed idcirco, quia hoc ipſo, quòd rem propriam quis ſibi conductam volens, non habuerit animum dominium dimittendi, illudque in locatorem transferendi: cùm ignoravit, rem propriam eſſe, & alienam putaverit, *l. in omnibus* 55. *ff. de obligat. & actionib.*

101 Nec item adverſatur, *l.*1. *§. quod ait.* 3. *ff. de ſuperficieb.* ubi Ulpianus in ſuperficiario conductore diſtinguit inter conductionem brevis, & conductionem longi temporis, alteri negans, alteri concedens in rem actionem: quæ ipſa conceſſio notiſſimos rationis terminos, quæ non niſi perſonalem actionem producit, egreditur. Licèt enim hæc actio, quam Ulpianus ſimpliciter in rem actionem nominat, non poſſit eſſe directa, ſed utilis, *ut conſtat ex d. l.* 1. *§. in fine & §. is autem* 4. *ff. d. tit. l. tutor.* 16. *in fine ff. de pignorat. act.* inde tamen minimè ſequitur, quòd ex utili actione, utile (quod appellitant Pragmatici) dominium protinus inducatur. Siquidem utiles in rem a- 102
ctiones dicuntur non ratione ullius utilis dominii, ſed ad differentiam actionum directarum: quia cùm directæ, non competant: niſi ratione dominii, utiles è contrario competunt, non ex cauſa dominii alicujus, ſed ex eo jure, quod quis in re alienâ obtinet: cùm jus tale eſt, ut non poſſit ab eo invito auferri, non magis, quàm ſi cum poſſeſſione dominium conjunctum inveniretur. Tale autem jus habet ſuperficiarius, & alii, ſi qui ſunt ſimiles: quibus, quòd non ſint domini, actio directa denegatur: ſed ita tamen, ut utilis iis, propter jus, quod in re habent, domino quoque invito, concedatur. Hucque per- 103
tinent, quæ annotavimus *ad principium tit. ſupr. de rer. diviſ. n.*42. *& ſeqq.* Porrò ideo ex locatione, ad longum tempus factâ, potiùs, quàm ex locatione, factâ ad tempus modicum, datur in rem utilis actio: quoniam ſic Prætori placuit, ad impetrandam utilem in rem actionem, temporis longitudinem & poſſeſſionis accedere debere. Superficiem namque prætorio jure conſtitutam, ex conductione longi temporis, utili in rem actione peti conſtat; idcirco, quòd longæ poſſeſſionis prærogativa ex edicto conſtabat, ex quo utiles actiones competebant: ut proinde rectiſſimè aſſeratur, non aliter ex edicto, hac in re utilem actionem dari potuiſſe, quàm ſi ad non modicum tempus ſuperficies conducta fuerit. Præterea dum 104
*in d. l.*1. *§.*3. *ff de ſuperficieb.* dicitur actio in rem à Prætore, & quidem cauſa cognitâ, dari: manifeſtum indicium eſt, longum tempus per ſe non producere effectum vel dominium juris realis. Aliàs enim actio non tam dari, quàm potius ex locatione hujuſcemodi naſci diceretur. Sed vide de hac quæſtione pleniſſimè diſſertantem Gaſparum Schifordegherum *d. lib.* 1. *tract.* 18. *quæſt.* 2. 3. *&* 4. Eadem de quæſtione videantur Franciſc. Connan. *lib.*7. *Comment. jur. civ. cap.*12. *n.* 2. *cum ſeq. Weſenbec. in Paratit. ff. locati conduct. n.*8. *Pinelus in l.*1. *part.* 3. *n.*66. *C. de bonis mater. Fernand. Valq. de ſucceſſ. creat. lib.* 1. *§.* 10. *n.* 78. *Sarmient. lib.* 3. *ſelectar. interpretat. cap.*2. *n.*31. *Gourrejus ad l.*2. *C. de reſcind. vendit. pag.*120. *Riemer. decad.*11. *quæſt. illuſt.* 2. *Frantzkius exercit.* 11. *quæſt.* 5. *pag.*355. *& ſeqq. Bronchorſt. centur.* 2. ἐναντιοφανῶν. *aſſert.* 67. *edit.*2. *Hœnonius quæſt. ſeu controverſ. illuſtr. Diſput.* 16. *controverſ.* 17. *Heigius hîc n.*4. *&* 5. *itemque Ant. Matthæus in ſuis Notis, Bachov. in ſuis Notis, ad vol.*1. *Treutl. diſp.* 29. *th.*4. *lit. C. pag.*1111. *& Hunnius ibid. quæſt.*2. *pag.*1747. *cum ſeq. item lib.*3. *var. reſolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 2. *quæſt.*14. *pag.*1152. *& ſeq.* Eandemque quæſtionem & nos attigimus *in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteuſis quæſt.* 1. *n.* 12. *& ſeqq.*

Inſuper definitioni adhibeo verba illa: *pro penſione* 105
annuâ. Quandoquidem hæc annua penſio (quæ aliàs vectigal dicitur, *l.* 1. *&* 2. *ff. ſi ager vectigal. &c. l. lex vectigali* 31. *ff. de pignorib. & hypoth.* quandoque canon. *l.* 3. *§. neceſſitatem C. de jur. emphyteut. auth. qui rem C. de ſacroſanct. Eccleſ. l. privatæ* 10. *C. de excuſationib. muner. c. potuit.* 4. *ibi, ſolutione canonis extr. de locato.* aliquando reditus, *hoc §. noſtro ibi, penſio ſive reditus,* nonnunquam emphyteuma, *ut in ſynopſi Baſilicon lib.* 20. *tit. de emphyteuſibus conſtitut.* 2. interdum denique τέλος, hoc eſt, tributum, *ab Harmenop. lib.*3. *Epitom. tit.* 4. *Borchol. in Commentar. feud. cap.* 3. *Germanis, Erbzinſs, Pfacht. Nicol. Eggebrecht. d. ſynopſi juris emphyteutici concluſ.* 43.) præcipuè hujus contractûs & juris emphyteutici propria eſt. Nam ſine eâ aut erit venditio, ſi precium ſemel ſolvitur: aut erit permutatio, ſi ſpecies cum ſpecie commutatur: aut erit donatio, ſi pro re nihil omnino præſtatur. Et propterea annuâ penſione contractus emphyteuticus, & jus ab eo deſcendens, maximè ab aliis diſcernitur, *ut benè tradidit D. Obrecht. Diſp.* 36. *theſ.* 133. *& ſeqq.* & eadem penſione emphyteuſis à feudo & uſufructu diſtinguitur, *monente D. Bocero claſſ.* 2. *Diſp.* 14. *th.* 4. *ad lit. g. edit.*2. Vide Acacium Anton. de Ripoll. *variar. juris reſolut. cap.* 7. *num.* 41. *& ſeqq. fol.* 178.

Cæterùm

Digitized by Google

106 Cæterùm valde perplexum est: utrum pensio emphyteutica in solâ numeratâ pecunia; an etiam in re alia, putà vino, tritico, oleo, aut in gallinis, caponibus, ovis, &c. consistat? Posterius communiter receptum est: siquidem pensio isthæc hodie non solum in pecunia numeratâ, sed etiam in fructibus solvitur, *argumento hujus* §. *nostri ibi, pensio sive reditus, &c. l.* 2. *verf. sin autem ibi, neq; pecunias solverit. C. de jur. emphyteut. licet.* 8. *& l. si olei.* 21. *C. de locato. & similium. f. ad* §. 2. *hoc tit. citatarum. n.* 3. *& seqq. Augustinus Berojus in d. c. potuit.* 4. *num.* 84. *de locato. Claudius Cantiuncula in paraphrasi Institutionum.*
107 *de locato. p.* 837. *& alii.* Quo ipso differt emphyteusis ab emptione-venditione: in quâ precium in pecuniâ tantùm numerata solvitur, §. *item precium.* 2. *supr. de empt. & vendit. ubi id explicuimus fusius.*
108 Non resistit *l. penult. C. de diversis prædiis urbanis & rusticis templor. &c.* in qua Imp. Valentinianus canonem emphyteuticum ærario inferri jubet: quod de numerata tantum pecunia intelligi posse videtur: cùm reditus vini, frumenti, aut olei ærario non inferantur. Lex, *inquam*, illa non resistit. Primum enim licet in ea canon emphyteuticus in ærarium inferri dicatur: non tamen ideirco, alios reditus posse alibi deponendos,
109 negatur. *Deinde respondendum:* textum illum accipiendum esse de emphyteusi rerum publicarum: cujus canonem in numerata pecunia, Respublica magis optabat, ob bellorum necessitatem: quoniam pecunia nervus belli censetur. *Alvar. Valasc. in tractat. de jure emphyt. quæst.* 1. *n.* 7. Idem tradidi *in addit. ad Jul. Clar.* §. *emphyteusis. quæst.* 3. *n.* 8. *&* 9.
110 Similiter dubitationis non expers est: si emphyteuta domino pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, an dominus eam recipere cogatur, & si nolit, an emphyteuta illam testatò deponere, sicque liberari possit? Quod non sine ratione negat Speculator *in tit. de emphyteusi. nu.* 44. Etenim juxta legem hujus contra-
111 ctûs pensio est annua, & singulis annis & quidem in fine cujusque anni (nisi obstet consuetudo loci, vel conventio partium, quæ servari debet) integra solvenda, *teste Jasone n.* 180. *post Salicet. num.* 24. *& Guarnerum de Castell. in l.* 2. *Cod. de jure emphyt.* Itaque non licet emphyteutæ, reluctante domino, contra legem contractûs solutionem pro futuris quoque annis facere. *arg. l. si soluturus.* 39. *ff. de solutionib. l. qui Romæ.* 122. *in princ. ff. de verb. obligat. l.* 1. *C. de condict. ex lege. cap. unic. ext. de plus petitionib.* præsertim cùm dominâ interfit, singulis annis pensionem accipere: quia pecunia universa semel accepta facilè manibus dilabitur. *D. Obrecht. d. Disp.* 36. *thes.* 142. Idque multò magis obtinet, si pensio non in pecunia numerata debeatur, sed in fructibus, qui cursu temporis possint deteriorari, *ut scribit Julius Clarus lib.* 4. *recept. sent.* §. *emphyteusis. quæst.* 12. *nu.* 2. *in fin.* Eadem de re, *post Alciatum in l. stipulatio ista.* 38. §. *inter incertam.* 16. *num.* 17. *ff. de verb. obligat. & Padillam in l. post mortem.* 12. *nu.* 19. *C. de fideicommiss.* videndus est Petrus Augustini. Morla, *in Emporio juris utriusque part.* 1. *tit.* 8. *de reb.*
112 *credit. quæst.* 21. *n.* 6. Porrò emphyteutam canonem seu pensionem suis sumptibus ad ædes domini, si ejusdem sint fori, portare teneri, *tradunt Bartolus in l. item illi.* 18. *nu.* 9. *ff. de constit. pecun. Jason in d. l.* 2. *num.* 92. *C. de jur. emphyteut. Panormitan. in c. significante* 7. *ext. de pignorib. Wesenbec. in Paratitl. ff. si ager vectigal. in fine.* Tametsi secus sit de jure Saxonico, *Landrecht lib.* 1. *art.* 54. *ubi Zobel. & Schepliz. in not. ad promtuar. jur. civ. & feud. Balthas. Klammeri. tit.* 10. *de emphyteusi.* §. 4. *n.* 19. *hosque citans Eggebrecht. d. synopsi jur. emphyteut. conclus.* 185.
113 Pono in definitione & hæc verba: *in recognitionem dominii præstandâ.* Emphyteuta quippe canonem seu pensionem principaliter in dominii recognitionem, & non propter rei usum præstat: quia regulariter (*secundùm quorundam opinionem*) emphyteusis pro modica pensione conceditur; atque ita magis dominii, quàm fructuum, ratio habetur, *arg. d. l.* 2. *&* 3. *C. de jur. emphyteut. Bartol. in l.* 1. *n.* 4. *& Jason ibidem n.* 87. *C. eod. Alexand. consil.* 112. *vol.* 1. *quos refert Andreas Gail. lib.* 2. *observ.* 23. *n.* 25. Hucque revocanda sunt quæ notavimus *infr. n.* 245. *& seqq.*

Rursus subdo verbum, *colendo.* Is enim est fini 114 emphyteuseos; ut agri inculti & steriles, per culturam meliorentur: quod & nomen ipsum indicat. Ἐμφύτευσις 115 siquidem Latinis implantatio seu insitio; & per Metaphoram melioratio, quod sub meliorationis lege constitui soleat, dicta est. *Wesenbec. in Paratit. ff. si ager vectigalis, &c. num.* 2. *& expositum est suprà in principio hujus* §. *num.* 1. Ideoque si prædium emphyteuticum non melius & cultius, sed deterius reddatur; de eo emphyteuta ejici potest: cùm contra legem contractûs agat. *Novell.* 120. *cap.* 8. *& Auth. qui rem. Cod.* 116 *de SS. Eccles. Jul. Clar. lib.* 4. *sentent.* §. *emphyteusis. quæst.* 26. Sicuti quoque constat, conductorem, qui malè in re conducta versatur, expelli posse *l. æde. Cod. de locato. & jam supr. ad princip. hujus titul. num.* 64. *explicatum.*

Attexo deinceps, *fruendo.* Quæ vox significat, em- 117 phyteutam non dominum esse, sed potius fructuario similem, Et licèt emphyteuta re sibi in emphyteusin concessâ uti frui possit *hoc* §. *nostro. ibi, quibusdam fruendam, &c. & l.* 1. §. 1. *ff. si ager vectigal. &c.* non tamen hoc facit ratione juris ususfructûs: sed ratione juris emphyteutici. Non quidem ratione juris ususfructûs: quia ususfructus est personalis: at jus emphyteuticum plerumque est perpetuum, *juribus modò allegatis.* Sed ratione juris emphyteutici; quia hoc jure emphyteutico in re constituto, in emphyteutam rei ususfructus transfertur: adeò, ut ipse & ejus successores re emphyteuticâ tamdiu uti frui possint, quamdiu ex lege contractûs annuam pensionem solvunt *d. l.* 1. *&* 2. *ff. si ager vectigal. D. Obrecht. Disput.* 36. *thes.* 153. *& seqq.*

Annecto postremo, *cum aliquo paciscitur.* Quia ad 118 constitutionem hujus contractûs non rei traditionem, aut scripturam necessariò desiderari, sed solam inter dominum & emphyteutam futurum, de re in emphyteusin dandâ pactionem & conventionem sufficere, suprà demonstratum est. *num.* 55. *& seqq. & idem luculenter docuit D. Colloga Halbritter in tract. de jure emphyteut. cap.* 1. Et tantum de definitione emphyteuseos. Sequitur, ut de ejusdem divisione, & nonnullis aliis, ad perfectiorem cognitionem hujus utilissimæ materiæ pertinentibus, videamus.

Dividitur emphyteusis in civilem sive secularem, 119 & Ecclesiasticam. Civilis est, quando Princeps, Civitas, Municipium, vel privatus aliquis rem suam in emphy- 120 teusin concedit. *Giphanius & Schneidewinus num,* 8. *in hoc nostro* §. *Cujacius in l.* 1. *de locat. præd. civil. Borcholt. part.* 1. *Disput. de jure emphyteut. thes.* 3. *pag.* 117. *Althusius lit. b.* 1. *juris Romani. cap.* 31. *Vultejus lib.* 1. *Jurisprud. Roman. cap.* 36. *circa finem. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis, &c. n.* 2. *Treutler. Disp.* 29. *thes.* 9. *lit. i. vol.* 1. Ecclesiastica, quando res Ecclesiarum, aliorum- 121 que Collegiorum, aut dominum venerabilium, ab Oeconomo vel Prælato, causâ cognitâ, debitisque solennitatibus adhibitis, etiam laico in emphyteusin dantur. *Novell.* 7. *&* 120. *c. dudum.* 1. *verf. quia etiam tractatus solennis, &c. cap. hoc consultissimo* 2. *circa princip. ibi, laicis submittere, absque Capituli sui consensu, & Apostolicæ Sedis licentiâ speciali. ext. de reb. Eccles. non alien. in* 6. *cap. sine exceptione.* 51. *ibi, cum totius Cleri tractatu atque consensu.* 12. *quæst.* 2. *Covarr. fusius lib.* 2. *var. resolut. cap.* 17. *num.* 2. Et eâ de re etiam nos explicatius acturi sumus *infr. num.* 164. *& seqq.* Utraque illa emphyteusis in no- 122 vam & antiquam subdividi solet: nova dicatur, quæ originem habet in personâ illius, qui vult de eadem disponere: antiqua verò, quæ ab alio ascendentium acquisita, in eum est voluta, qui hoc de jure factus est dispositionem. *Nicol. Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. conclus.* 9. *Jul. Clar. lib.* 4. *receptar. sentent.* §. *emphyteusis. quæst.* 16. *ubi & tertiam divisionem tradit, qua emphyteusis distinguitur in hereditariam, non hereditariam, & mixtam. Confer Ludovicum Molin. de contract. disp.* 472.

Digitized by Google

123 Emphyteusin autem constituere potest non solùm Civitas, *l. 1. in princip. & §. 1. ibi, à municipibus, ff. si ager vectigalis, &c.* (Et quidem civitates & municipia primò fundos publicos in emphyteusin dedisse, verisimile est, *d. l. 1. ff. eod. l. si domus 71. §. ult. ff. de legat. 1. & l. si finita 15. §. si de vectigalib. ff. de damn. infect.* quòd res communes ut plurimùm geruntur negligentiùs. Itaque fundos publicos in emphyteusin dederunt certis personis: ut & agricultione, & calamitatum periculo, quæ multæ solent accidere, liberarentur. At postea hoc passim etiam privati, vel, *ut mox indicabitur*, in suis fundis quisque usurparunt; ut arandi, serendi, colligendi, servandique solicitudinem deponerent, *Connan. in Commentar. juris civil. lib. 7. cap. 12. nu. 1.*) & Collegium Ecclesiasticum, *d. Novell. 7. & d. Novell. 120. cap. 5. & 8.* verùm etiam quilibet dominus privatus, *hoc §. nostro, ibi, pro his domino præstetur, & vers. sed talis ibi, ad dominum l. 1. ibi, sed rei domino l. 2. ibi, si dominus voluerit, item ibi, ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur l. 3. ibi, cum domini voluntate, item ibi, sine consensu domini, &c. C. de jure emphyteut. l. lex vectigali 31. ibi, ad dominum redeat, & ibi, domini esse itemque ibi jure suo dominus usus esset, ff. de pignorib. & hypothec.* Quibus in locis omnibus cùm simpliciter & indistinctè domini mentio fiat; quisque autem privatus prædiorum suorum dominus sit: rectè in iis jus
124 emphyteuticum hodie constituere poterit. Si enim rem suam jure dominii pro libitu potest alienare, *l. sed & si 25. §. consuluit. 11. ibi, dum re sua se abuti putant ff. de petit. heredit. l. in re mandata 21. C. mandati l. nemo exterus 9. C. de Judæis*, multò magis in eâ jus emphyteuticum alteri
125 poterit concedere: quia cui, quod majus est, licet: meritò & quod minus est, licere debet, *l. non debet 21. ff. de reg. jur. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 444. Cujac. in lib. 21. Pauli ad edict. pag. 334. in explicat. l. 14. ff. de rei vindic.* Et propterea si cui rei suæ alienatio, vel libera administratio est interdicta: etiam in emphyteusin illam non rectè dabit: quia prohibitâ alienatione, emphyteusis quoque prohibita intelligitur, *l. ult. C. de reb. alien. non alienand. D. Obrecht. Disp. 36. th. 30. & D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 7. ad lit. d. edit. 2.*

126 Hinc, cùm pupillus & minor 25. annis facultate alienandi & administrandi res suas careant, *§. nunc admonendi 2. J. quib. alienare licet, vel non l. jusjurandum 17. §. 1. ff. de jurejurand. l. si curatorem 3. C. de in integr. restitut. minor.* evidens evadit, eos absque tutoris vel curatoris sui auctoritate & Magistratûs decreto, prædia sua in emphyteusin alicui dare haud posse *l. sed si pecunia 3. §. nec ususfructus 5. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c.* ubi Ulpianus docet, pupillum vel minorem 25. annis usumfructum in fundo proprio alii constituere non posse. Quod luculento argumento est, nec emphyteusin in fundo suo illum posse constituere: quoniam plus juris in emphyteutam,
127 quàm usufructuarium, transferri palàm est. Eâdem ratione cùm *in d. §. nec ususfructus vers. simili modo*, responsum sit, fundo pupilli seu minoris non posse imponi servitutem: necessariâ consequentiâ efficitur, multò minùs istum fundum posse dari in emphyteusin. Plus siquidem est, fundum emphyteuticum facere, & majus ex eâ re præjudicium & incommodum exoriri potest, quàm in fundo servitutem constituere. Quò facit quoque *l. non solum 4. l. etiam vectigale 13. & tot. tit. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand.* Atque ita sentit, *post Menochium, consil. 29. n. 17. lib. 1. & Gomezium tom. 2. var. resolut. cap. 14. n. 14. vers. septimò extende &c. aliosque plures, quos citat.* Octavius Simoncellus *in tract. de decret. lib. 2. tit. 6. inspect. 3. n. 31. & seq.*

128 Sed dubia & gravis quæstio est: An pubes, viginti quinque annis minor, curatorem habens, sine hujus consensu stipulanti emphyteusin, promittendo efficaciter obligetur? Et non obligari, est probabilius, *arg. l. 1. C. de auctoritate præstandâ & l. neq; tutoris 7. C. de contrah. & committ. stipulat.* ubi rescribitur, curatoris absentiam stipulationi, pro adulto habitæ, minimè nocere. Unde à contrario sensu colligitur; si quæ, absente curatore, contra adultum stipulatio cum ipso ineatur, hoc est, si minor stipulando promittat, eam stipulationem neutiquam valere. Eandem sententiam non parùm confirmat *d. l. non* 129
solum. 4. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. ubi expressè cautum extat; adolescentes neque venditione, neque transactione, neque permutatione, neque donatione, vel alio quoquo modo prædia sine decreto transferre à dominio suo posse. Quâ in lege diligenter ponderanda sunt hæc verba, *alio quoque modo*: quibus haud dubiè omnis alienandi ratio, atque adeò stipulatio ipsa prohibita censetur. Eodem pertinet *d. l. si curato-* 130
rem. 3. C. de in integr. restituit. minor. ubi Imperator Diocletianus & Maximianus rescripserunt: venditionis contractum à minore 25. annis absque curatoris sui auctoritate sive consensu celebratum, non servari aut valere debere; hac additâ ratione: quòd minor, curatorem habens, non absimilis sit ei, cui à Prætore bonis interdictum est. Ex quâ ratione facilè evincitur: puberem, habentem curatorem, ad instar prodigi, ne quidem ex stipulatu sine curatoris sui consensu obligari. Quòd enim prodigus (cui minor, curatorem habens, similis judicatur) ex stipulatu non obligetur, expressum est *in l. is, cui bonis. 6. ff. de verb. obligationib.* Præterea si statueremus, minorem 25. annis citra curatoris sui consensum ex stipulatu obligari: leges ferè innumeræ, quibus sancitum est, puberem sine curatoris consensu bona sua vendere, permutare, vel alio quovis modo alienare non posse, elusoriæ redderen- 131
tur: quippe cùm stipulatio omnibus omnino contractibus adhiberi possit & soleat. *l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ff. eod. tit.* At omnis interpretatio, per 132
quam leges redduntur elusoriæ, fugienda est. *l. si prætor. 75. ff. de judiciis. l. ult. ff. ne quid in loco publ. vel itinere fiat. c. commissa. 35. §. porro. de electione. in 6.* Quapropter minorem, absque curatore suo emphyteusin per stipulationem promittentem, non obligari, firmiter est concludendum.

Neque hanc conclusionem infringit *vulgata l. pube-* 133
res, 101. *ff. de verb. obligat.* ubi Modestinus diserte ait, puberes sine curatoribus suis posse ex stipulatu obligari. *Nam* JC. illic non absolutè dicit, puberes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari, sed ex stipulatu posse obligari. Quibus verbis significat, non indistinctè & regulariter eos obligari, verùm in nonnullis tantùm casibus id fieri, nimirùm in illis, qui ad eorum substantiæ imminutionem minime vergant: putà si illa eorum pactio, aut stipulatio, quâ obstringantur, ad rei aut juris ipsorum conservationem imprimis spectet, & stipulando, vel transigendo, aliterve paciscendo, ita quid promittant, & ad id dandum se obstringant, ut tantundem, vel plus consequantur, majusque ex eo commodum, quàm incommodum ad eos perventurum sit, atque adeò locupletiores fiant, *arg. l. contra juris. 28. ff. de pactis. & l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Et ita dictam *l. puberes. 101. ff. de verb. obligat.* interpretatur Johannes Robertus *lib. 1. animadversion. juris civil. c. 21.* quem referunt ac sequuntur D. Halbritterus *in tract. de jure emphyt. cap. 2. Niellius disp. feud. 2. th. 4. sub lit d. & novissime Forsterus junior in tract. methodico, de pact. c. 5. pag. 108.* Tametsi alii aliter, & quidem variè istam legem exaudiant atque explicent, *Cujacius, Duarenus, Donellus, & reliqui Interpretes in suis Comment. ad eandem legem. Vultejus lib. 1. discept. cap. 16. Fachinæus lib. 3. controvers. jur. c. 9. Godd. ad l. Princeps. 2. n. 5. & seqq. ff. de verb. significat. & in tract. de contrah. stipulat. c. 7. conclus. 14. n. 263. & seqq. Val. Franciscus in tract. de fidejussorib. cap. 2. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιο-φανῶν. assert. 25. edit. 1. Job. Mercer. lib. 1. opin. c. 6. & Robertus disp. 5. ad Inst. thes. 4.* Hucque referantur, quæ copiosiùs exposita sunt *ad §. item inviti. 2. n. 26. cum seqq. supr. de curatorib.*

Non minùs anceps ac difficilis est illa quæstio: Nun- 134
quid pupillus & minor 25. annis sine auctoritate tutoris, vel consensu curatoris, & judicis decreto, prædium aliquod in emphyteusin accipere queant? Quod licèt quidam affirmandum censeant, *Alvar. Valascus in tract. de jure emphyteut. quæst. 36. num. 5. Francisc. de Caldas in d. l. si curatorem 3. C. de in integ. restituit. minor. in verb. contractum fecisti. num. 3. Eggebrecht. in synopsi*

Digitized by Google

Synopsi juris emphyteut. conclus. 16. negantem tamen ego opinionem amplecti nihil dubitaverim, *arg. l.* 1. *§. fin. & l.* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tutelâ, vel curâ sunt, sine decreto non alienand.* ubi minori non permittitur, sine debitâ solennitate prædia emere cum pacto, quòd sint pignorata usque ad pretii solutionem; quamvis cum dominio pignus quæsitum fuerit, & ab initio obligatio inhæserit, ut Paulus *in d. l.* 2. loquitur. Ex quo colligere promptum est: minorem etiam illi prædio, quod de novo acquirit, onus aliquod sine juris solemnitatibus, hoc est, curatoris consensu & judicis decreto imponere, & consequenter prædium, eâ lege, ut id emphyteuticarius oneribus obnoxium faciat, accipere non posse. Confert etiam huc, quòd contractus emphyteuticus locationi & conductioni, itemque emptioni & venditioni (quam sine consensu curatoris minorem contrahere non posse notum est, *d. l.* 3. *Cod. de in integr. restit. minor.*) proximè accedit, *ut ex hoc nostro §. indubitatè apparet.*

135 Neque valde me moverit, quod objici solet, contractum emphyteuticum respectu accipientis esse causam lucrativam: proindeque eum, nullâ etiam adhibitâ juris solennitate, à minore celebrari posse, *arg. d. l. contra juris* 28. *ff. de pactis & princip. J. de autoritate tutor. vers. unde in his causis. &c.* Verius namque esse puto, emphyteusin intuitu accipientis non merum continere lucrum: cum emphyteuta quotannis canonem ex re emphyteuticâ præstare teneatur: quæ sanè præstatio non lucrosa, sed onerosa illi esse consuevit. Quinimò usuvenire etiam potest, ut emphyteusis propter canonis solvendi magnitudinem plus damni & oneris, quàm commodi & lucri emphyteutæ adferat. Cum itaque pupillus sive minor 25. annis emphyteusin accipiendo, & ad annuum canonem sese adstringendo sive obligando lædi possit: in propatulo est, hunc contractum perinde, ac venditionẽ, locationem, similesque contractus, tutoris curatorisvè
136 auctoritatem, & judicis decretum desiderare. Siquidem obligatio illæc ad annuam tendit præstationem: quæ tam respectu recipientis, quàm solventis inter immobilia computatur, *per Clement. exivi. vers. cùm annui reditus de verb. sign. Parisius consil.* 85. *num.* 10. *lib.* 3. *Simoncell. in tract. de decret. d. lib.* 2. *tit.* 6. *num.* 31. Etsi verò contractus emphyteuticus, quo minor absque tutoris vel curatoris auctoritate & consensu fundum in emphyteusin accepit, in præjudicium ejus non subsistit: attamen hoc casu contractus emphyteuticus non planè nullus est, sed
137 tantum claudicat. Ideòque permittitur minori post legitimam ætatem, vel curatore interveniente, ante legitimam ætatem hunc contractum approbare, etiam invito domino directo: qui perinde ex isto contractu obligatur, atque si ab initio legitimè celebratus fuisset, *arg. l. Julianus* 13. *§ si quis à pupillo* 29. *ff. de act. empt. & vendit. l. si pupillus* 9. *in princ. ff. de novat. & delegat. D. Halbritter. in tract. de jure emphyt. cap.* 2. *in fine.*

138 Res porrò, in qua constituitur emphyteusis, vel quæ in emphyteusin potest dari, est prædium, ager, sive fundus, *hoc §. nostro ibi. de prædiis & ibi, id prædium, &c. l.* 1. *& rubr. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l.* 2. *ibi à prædiis emphyteuticariis C. de jure emphyteut. & ostensum supra nu.* 8. Et quanquam primitùs fundus tantum incultus, sive sterilis & desertus, ut melior redderetur, in emphyteusin fuerit datus, *arg. d. l.* 2. *verb. nomine meliorationis & l.* 3. *verb. suas meliorationes C. eod. tit. ibique Cujac. in pa-*
139 *ratit.* postea tamen ager, etiam cultus & fertilis in eandem dari cœpit, *arg. hujus §. ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur d. l.* 1. *§.* 1. *ibi, fundum fruendum ff. si ager vectigal. & l.* 1. *C. de jure emphyteut.* quæ lex generaliter concepta est de re in emphyteusin concessa; nec inter rem sterilem & fertilem distinguit. Consuetudo item declarat, agros quoque fertiles & excultos, sub annuâ aliquâ pensione, in emphyteusin concedi. *D. Bocer. class.* 2. *Disp.* 14. *thes.* 12. *lit. b. edit.* 2. *Elbert Leoninus ad rubr. C. de jure emphyt. nu.* 5. *Rutger. Ruland. in tract. de commissar. & commiss. Cam. Imper. part.* 3. *lib.* 5. *cap.* 9. *n.* 23. Et meritò quidem: quoniam tam cultæ & fertilis rei, quàm incultæ & sterilis dominium (quod vocant) utile transferri in alium eâ lege potest, ut is eam colat, & eâdem fruatur, atque in recognitionem dominii directi, certam annuam pensionem domino solvat. *Vide Dn. Collegam Besoldum in thesauro practico lit. H. nu.* 43. *p.* 415.

Sed utrùm non tantum prædia rustica, veluti agri; sed 140
etiam urbana, putà ædes, in emphyteusin deduci possint, dubitari solet? Donellus (cujus sententiam esse probabilem, dicit Bachovius *in suis not. ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 29. *th.* 9. *lit. E. p.* 1126. quamque ibidem sequitur etiam Hunnius *quæst.* 34. *p.* 1787. *item D. Bocer. hic n.* 15. *& seqq. p.* 425.) id apertè negat, *lib.* 9. *Commentar. de jure civ. cap.* 13. *pag.* 444. *n.* 30. dum ita scribit: *In emphyteusin dari non possunt res mobiles, ed. nec ex immobilibus ædes, &c.* Verum contrarium jam probavimus *suprà circa principium hujus §. n.* 2. *& auctoritatibus & juribus, nempe Novell.* 7. *cap.* 3. *§. fine* 2. *Novell.* 120. *cap.* 1. *in fin. Auth. si quas C. de SS. Eccles. & l. si finita* 15. *§. si de vectigalibus ædibus* 26. *ff. de dam. infect.* ubi expressa vectigalium ædium reperitur mentio: sicque innuitur, illas quoque in emphyteusin concedi posse. Accedit *l. tutor* 16. *§ ult. ff. de pignorat. act.* ubi indefinitè prædium vectigale vocatur. At verbo prædii, etiam urbanum prædium, atque adeò ædes continentur, *l. urbana* 198. *ff. de verbor. signif.* Præterea omnes emphyteuseos proprietates & requisita, supra in definitione ejus posita, non minùs exerceri possunt in prædio urbano, quàm rustico. Etenim ut agrum culturæ causâ, sic & domum alteri fruendam eâ lege concedere possumus: ut ipse eâ fruatur, sartam tectamque conservet, & augendo ædificia, ampliorem melioremque reddat, & in dominii recognitionem quotannis canonem præstet. Nec 141
cum Donello loco antè notato, rectè dicetur: ædes vectigales, *in d. l. si finita* 15. *§. si de vectigalib. ff. de dam. infect.* abusivè pro superficiariis esse dictas: aut hoc verbo illas ædes designari, quæ sunt in prædio vectigali ædificatæ. Nam prius *per d. l. tutor.* 16. *§ ult. ff. de pignorat. act.* satis refutatur: cùm ibi prædium vectigale à superficiario perspicuè distinguatur. Posterius ex perpetuo hujus verbi usu refellitur: quia ut vectigalis ager, & vectigalis fundus, emphyteuticarium agrum & fundum denotat, *t. tit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petat. l. sciendum* 15. *§.* 1. *ff. qui satisdare cogant. &c.* ita & non immeritò, vectigales ædes significare ædes emphyteuticarias, statuimus. Multò minus 142
cum Hunnio *loco præallegato* dicendum erit: ædes in emphyteusin dari non posse per se, sed per consequentiam, quatenus nempe fundus, in quo sunt istæ ædes, in emphyteusin datur. Etenim cùm isthæc responsio *dictæ auth. si quas C. de SS. Eccles. & juribus similib.* contrarietur (utpote quæ de istis ædibus, in emphyteusin datis, disertè loquatur) adeòque meram divinationem sapiat: eâdem facilitate rejicitur, qua adstruitur. Neque adversatur, quòd in locis plerisque, agri solummodo vectigalis fit mentio, *l.* 1. *& tot. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex vectigali* 31. *ff. de pignoribus.* Hoc enim non ideo factum est, quòd emphyteusis in agris duntaxat, & non in ædibus constitui possit; sed propter frequentiorem usum: quoniam videlicet frequentius agri, quàm domus & ædificia urbana in emphyteusin dari consueverint. *D. D. Halbritter. in tract. de jure emphyteut. cap.* 3. *in princip. & in disput. de jure emphyteut. de Anno* 1602. *Respond. D. D. Bansovio th.* 2. *ad lit. e. D. Obrecht. Disput.* 36. *de jure emphyteut. thes.* 49. *& aliquot subseqq.* Prædictas rationes, & contrariorum refutationes, vel non omnes legit Dominus Collega Bocerus hîc *d. n.* 15. *cum seqq.* (nam *n.* 18. allegavit solummodo meum *numerum* 2. cùm tamen hoc loco *sub n.* 140. *& seq.* hac de re uberiùs disseruerim, ut ex dictis patet) vel non rectè ponderavit. Alioqui procul dubio erroneam suam opinionem mutâsset, utpote cujus nullum idoneum satis & solidum afferre possit fundamentum. Primum ipsius argumentum, *sub nu.* 27. *pag.* 426. *positum,* hoc est: quia passim legimus agrum vectigalem, fundum vectigalem; id est, emphyteuticarium, *d. l.* 1. *& tot. tit. ff. si ager vectigal. &c. d. l. sciendum* 15. *vel penult. §.* 1. *ff. qui satisdare cogantur, & similibus.* At debilitas hujus argumenti

Digitized by Google

ex iis, quæ modò diximus, evidentissima est. Et insuper non tantùm agri aut fundi vectigalis; sed etiam ædium vectigalium, id est, emphyteuticariarum, in jure nostro fit mentio, *ut in d. l. si finita.* 15. §. *si de vectigalibus ædibus.*26. *ff. de dam.infect.* Nec admittenda est divinatio D. Boceri hic *sub n.* 22. post Donellum (quem tamen ad hoc non allegat) putantis; eo loco per ædes vectigales significari ædificia in vectigalibus; id est, emphyteuticariis prædiis posita. Repugnat etenim isthuic divinationi perpetuus hujus vocabuli usus, sicuti paulò antè ostensum est. *num.* 141. Alterum D. Boceri argumentum, *ex d. l. tutor.* 16. §. *ult. ff. de pignorat. act. periuum*, planè insulsum est. Haud enim sequitur: Prædium vectigale seu emphyteuticarium apertè distinguitur à superficiario prædio. Ergo emphyteusis non consistit in ædificio. Nam per prædium superficiarium non omne ædificium intelligitur: sed tantùm id, quod in solo alieno positum est. At si quis in ædibus, quas in suo solo positas habet, alicui emphyteusin constituere, easque hoc pacto fruendas concedere velit, ut quamdiu canonem præstiterit, tamdiu iis frui queat: hoc, *inquam*, quò minùs fieri possit, nulla juris ratio prohibet aut impedit. Postremum Boceri argumentum, *sub n.* 28. *pag.*426. consistit in eo, quòd vox ἐμφυτεύσεως Græcis significet culturam, implantationem, insitionem. Hæc verò prædiis rusticis conveniant, non ædificiis. Ast hanc Boceri argumentationem frivolam, nulliusque momenti esse, vel ex eo patescit: quòd hinc sequeretur, agrum cultum & fertilem in emphyteusin dari non posse: quod tamen utique fieri posse, paulò antè probatum est *num.* 138. Proinde animadvertendum: ideo ἐμφυτεύσεως nomen huic contractui inditum esse, quòd primitus (sicuti supra attigimus, *num.*138.) fundus tantum incultus sive sterilis & desertus, ut melior redderetur, in emphyteusin datus fuerit. Quemadmodum ergo vitiosa esset collectio, si quis inde concludere vellet, fundum cultum & fertilem in emphyteusin hodie dari non posse: ita quoque prorsus inconcinnum est, hinc argumentari velle, solos agros & fundos rusticos in emphyteusin dari, ædificia non item: maximè cùm pacta dent legem contractibus, *l. contractus* 23. *in fine ff. de regul. jur.*

143 Non solùm autem res immobiles; sed & res solo cohærentes, unà cum solo, cui cohærent, in emphyteusin concedi possunt, *arg. c.* 1. §. *sciendum de feudi cognit. lib.* 2. *Feud. tit.* 1. *Alvar. Valasc. in tract. de jure emphyteut.*
144 *quæst.*12. *nu.*3. Cæterùm solo cohærere illæ res dicuntur, quæ rei immobili, vel solo affixæ, ita accedunt sive cohærent, ut vel pars ejus sint, vel ab eâ omninò non separari, vel saltem non utiliter, & bonæ fidei intuitu, separari possint, *ut notat Schraderus in tract. feud. part.*3. *cap.* 2. *n.*55. *ex sententiâ Joan. Ferrar. Montan. in tract. feud. lib.*2. *cap.*3. veluti sunt fructus pendentes, *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindicat. l. si pendentes* 27. *ff. de usufructu.* omnia ædificiis affixa, *l. Julianus* 13. §. *ult. cum* 5. *ll. sequentibus & l. si venditor* 38. §. *fin. ff. de actionibus empti.* servus glebæ adscriptus, & mancipia rustica, *l. longæ* 3. *ff. de divers. & temp. præscript. l. quemadmodum* 7. *C. de agricol. & censit.* servitutes tam urbanorum, quàm rusticorum prædiorum, §. *adeò autem* 3. *J. de servitutib. rusticor. & urb. præd. l.* 1. *ff. communia prædior, &c.* annonæ civiles, *l. fin.* §. *præterea* 2. *C. de jure dot. Novell.*7. *cap.* 3. *in princ. vers. aliter autem, &c.* vectigalia omnia, sive sint pedagia, passagia, salinaria, sive alia quocunque nomine appellata, *Bartol. in l. si is, qui* 11. §. *fin. ff. de pignorib. Bald. Matthæus de Afflict. & plerique Feudistæ in d. c.* 1. §. *sciendum de feudi cognit.* item jurisdictiones, *juxta Bartol. Alexand. Jason. & Dec. in l.* 1. *ff. de jurisdict.* nec non jus venandi, aucupandi, piscandi, &c. Hæc, & similia solo cohærentia, quanquam per se in emphyteusin dari nequeunt: tamen cum ipso prædio, sive re, cui cohærent, atque ita per consequentiam, ut in feudum, ita & in emphyteusin rectè
145 conceduntur. Multa enim accessoriè permittuntur, quæ per se sive principaliter prohibentur, *l.* 1. *in fin. ff. de fundo dotali. l. quædam* 62. *ff. de acquir. rer. dom. & similib. Zasius in Epitome juris feud. part.* 4. *Molin. in consuetud. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 8. *num.*18. *& seq. Sonsbeccius in Commentariis ad usus feudor. part.* 8. *num.* 21. *& seqq. Schrader. d. part.* 3. *cap.* 2. *num.* 55. *& seqq.*

Sed quid de arboribus dicendum? Et eas cum solo 146
cujus pars censetur, rerumque immobilium numero habentur, in emphyteusin dari posse, non ambigitur, *d. l. fructus* 44. *ff. de rei vindic.* Ast illud dubio haud caret: an arbores absque solo, cui cohærent, in emphyteusin concedi possint? Quod asserit, ex mente Baldi, Jason *in l.*1. *num.*103. *C. de jure emphyteut.* Verùm sententia contraria est verior: quia arbores per se, sine solo consideratæ, sunt soli superficies, *arg.* §. *sed si*
gregis 38. *J. de rer. divis.* Aliud autem est jus emphy- 147
teuticum, aliud jus superficiarium: aliud item prædium emphyteuticum, aliud superficiarium prædium, *l.* 3. §. *si quis ἐμφυτευτικόν.* 4. *ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. d. l. tutor* 16. §. *fin. ff. de pignorat. act. D. Bocer. d. class.* 2. *disp.* 14. *th.* 13. *ad lit. b. Eggebrecht. de synopsi jur.*
*emphyteutici cap. conclus.*26. Porrò arboribus in emphy- 148
teusin datis, solum quoque, cui cohærent, datum intelligitur: quemadmodum oliveto vel vinea in emphyteusin concessa, ipsum etiam solum concessum putatur, *arg. l. certo generi* 13. *in princ. ff. de servitutib. præd. rusticor.* Ideòque in quamcunque formam fundus sive superficies mutetur: concessionem istam non expirare, certum est, *Schrader. d. tract. feud. part.*6. *cap.* 6. *num.* 116.
Valasc. d. tract. de jure emphyteut. q. 12. *n.* 2. Sed illud 149
non usque adeò est expeditum: num fundo simpliciter pro dimidiâ parte in emphyteusin dato, arbores etiam partis dimidiæ contineantur? Jason, post Speculatorem
à se allegatum, id negare videtur *in d. l.*1. *n.* 104. *C. de* 150
jure emphyteut. Ego verò id non sine ratione affirmo: quoniam arbores sunt pars soli *ut suprà dictum n.* 146. proindeque solo pro dimidiâ parte concessio, ipsæ quoque arbores pro eâdem parte concessæ meritò censentur, *d. l. fructus* 44. *ff. de rei vindicat.*

Ecquid feudi in emphyteusin concessio teneat, non 151
injuriâ quispiam titubaret? Et (*minimè obstante contrariâ Joannis Fabri hic num.*3. *opinione*) inutilem istam esse concessionem, nisi dominus consentiat, Doctores plerique intrepidè statuunt, *Fridericus Schenck. in* §. *rursus, num.* 3. *quib. mod. feud. amitt. tit.* 5. *lib.* 1. *Feud. Gloss. Jacobus de Belvis. Baldus, Alvarot. Joan. Raynald. & alii in c. imperialem in princip. de prohib. feudi alienat. per Frid. tit.* 55. *lib.* 2. *Feud. quos refert & sequitur Curtius*
junior in tract. feud. part. 4. *num.* 91. Ejusque ratio non 152
obscura est: quia concessio in emphyteusin est alienatio. *Novell.* 7. *cap.* 1. §. *alienationis autem, &c. l. fin. C.*
de reb. alienis non alienand. Sed omnis alienatio feudi 153
prohibita est, *tit.*52. *in princ. vers. hortatu itaque & consilio & d. tit.* 55. *in princ. vers. habito ergo consilio lib.* 2.
feud. Idque non tantùm in proprio feudo, sed & impro- 154
prio procedere verisimile est: propterea quòd feudum improprium in omnibus & per omnia sequitur naturam feudi proprii, præterquam in iis, in quibus feudi proprii naturæ vel regulis per investituram expressim est derogatum, *c.* 1. *de feudo non habente propriam feudi naturam t.* 48. *lib.*2. *F. D. Bocer. d. class.*2. *disp.*15. *th.*14.
Nec obstat, quòd sicut subinfeudatio sine consensu do- 155
mini licita est: ita & permissa sit datio in emphyteusin, *c. un.* §. *si verò qualiter olim poterat feud. alienari tit.* 9. *lib.* 2. *& c.* 1. §. *similiter* 2. *de lege Corradi tit.* 34. *lib.* 2. *Feud.* Nam magna subest diversitatis ratio. Siquidem vasallus non potest, nisi æquali, & bona fide, atque eodem planè modo, quo ipse feudum possidet, subinfeudationem facere, *d. cap.*1. §. *similiter de lege Corradi.* Atqui feudum tali modo in emphyteusin dari nequit. Aliàs enim non emphyteusis, sed feudum concessum censeretur. *Clar. lib.*4. *sent.* §. *feudum qu.* 32. *num.* 4. *Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part.*12. *num.* 94. *Curt. jun. d. part.*4. *num.*91. *in fine.* ubi ex traditione Fabri *in hoc* §. & Raynaldi *in d. c. imperialem. de prohib. feud. alienat. per Frid.* subdit, quicquid sit de stricto jure; de generali tamen consuetudine vasallum res feudales incultas sine licentia domini in emphyteusin tradere non
prohiberi. Quinimò vasallus etiam res cultas feudales 156
proxi-

proximo agnato, qui alioqui successurus esset; in emphyteusin dare absque consensu domini potest, §. *si verò de alienatione feudi tit. 13. lib. 1. F. Schenck. in d. §. rursus n. 5. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib. 1. F.* Fit enim eo casu magis refutatio, quàm alienatio, *d. §. post princip. ibi, non est libellus, sed quædam refutatio de alienat. paterni feudi. tit. 39. lib. 2. F.* Et hoc in feudo antiquo locum habet, non in novo: quia agnati & collaterales in novo non succedunt. *cap. 1. de success. fratr. tit. 11. &c. 1. de fratrib. de novo benefic. investitis. tit. 12. lib. 2. F.* Descendentibus verò feudum indistinctè, sive novum, sive antiquum fuerit, (quia utrobique succedunt) in emphyteusin dari poterit, *d. c. 1. de alienat. paterni feud. Sonsbecc. d. part. 12. num. 94.* De ista quæstione vide quoque Dn. Bocerum *in tract. de jure & commodo senioris. lib. 2. c. 6. num. 129. & seqq. pag. 348. cum seq.*

157 At quid dicendum, si vasallus rem feudalem in emphyteusin eâ lege concedat, ut dominium utile in recipientem non transeat: num hoc casu concessio emphyteutica valebit? Et verius videtur, ne isto quidem modo feudum in emphyteusin dari posse: quandoquidem emphyteusis ex conditionis natura id habet, & in eo prorsus similis est venditioni, quòd per eam dominium utile transferatur in accipientem: sicuti in venditione fieri solet dominii translatio, *argumento hujus §.*
158 *nostri.* Venditio autem, quâ disertè id agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit, *l. cum manu 8. §. ult. ff. de contrah. empt.* Ergo & contractus emphyteuticus, cui addita est pactio de utili dominio non
159 transferendo, nullius momenti erit. Quid? quòd commoditas fructuum, quæ ad longum tempus transfertur, pro vera alienatione in materia prohibitiva, ad evitandam fraudem, habetur, *per notata Baldi in Auth. hoc jus porrectum col. 1. vers. 6. C. de SS. Eccles. Fabiani de monte sancti Savini in tract. de empt. & vendit. in 4. quæst. principali quæst. ult. vers. circa tertium. Molinæi in consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 41. quæst. 8. num. 36. prope finem & Didaci Covarruv. lib. 2. variar. resolut. cap. 16. num. 1.* Eadem à nobis tradita sunt *in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis quæst. 5.*

160 De bonis majoratûs, hoc est, perpetuò ad familiam pertinentibus (vulgò *Stammgüter*) controvertitur, utrùm in emphyteusin à possessore concedi possint? Sed verissima est sententia existimantium: cum, qui ejusmodi bona majoratûs possidet, non nisi quoad vixerit, illa
161 in emphyteusin extraneo dare posse. Cùm etenim jus in illis bonis, morte possessoris dantis tollatur: meritò quoque accipientis jus simul extinguitur, per vulgatam regulam, quâ traditur. Quòd resoluto jure dantis, resolvatur etiam jus acceptoris, *l. lex vectigali. 31. ubi gloss. in verb. evanuisse. ff. de pignorib. & hypoth. & l. si quis domum. 9. §. 1. ff. locati. ubi Paulus Castrens. num. 3. & ll. similibus; allegatis in princip. s. hoc tit. n. 34.* Nec enim is, qui possidet bona majoratûs, contra præceptum ac voluntatem primi disponentis, aliis de familia successoribus præjudicare potest, *arg. l. eum, qui 3. ubi Bart. ff. de interdict. & relegat. l. unum ex familia. 67. §. 1. ff. de legat. 2. Decius cons. 445. num. 23. Gozadin. consil. 75. Pinel. in l. 1. part. 3. num. 65. C. de bonis mater. pag. mihi 356. aliique ab eo relati.* Quibus accedit Ludovic. Molin. *de contract. disp. 470. num. 1.* hujusque agnatus Ludovicus de Molina *lib. 1. de Hispanor. primogeniis. cap. 21.*
162 *ubi hanc quæstionem pluribus excutit.* An autem ejuscemodi bonorum in perpetuam emphyteusin facta concessio, pro eo saltem tempore valeat, in quod fieri poterat; an verò in totum sit inutilis, sententiis variatum est? Pro-
163 babilius ego putaverim: concessionem istam valere, quoad concedens vixerit: ne utile per inutile in separabilibus vel dividuis vitietur. *l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. obligat. l. sancimus. 34. circa princip. & l. seq. §. sin autem. C. de donationib. c. utile. 37. de regul. jur. in 6. Bald. in Auth. si quas ruinas. C. de sacrosanct. Eccles. latius, post alios ab ipsis citatos, Molinæus in consuetud. Paris. d. tit. 1. §. 41. quæst. 10. n. 40. & Covarruvias d. lib. 2. var. resolut. c. 16. num. 5.*

164 Ad res Ecclesiæ quod attinet: eæ, non interveniente justâ causâ, itemque scripturâ, & totius Cleri sive Capituli tractatu ac consensu, aliisque legitimis solennitatibus, (quas, post alios, recenset Covarruvias *d. lib. 2. var. resol. cap. 17. Wesenbec. consil. 59. per totum. D. Bocer. class. 2. disp. 14. th. 21. edit. 2. Lud. Molina tom. 2. de justit. & jur. tract. 2. disp. 468. n. 3. & seq.*) non adhibitis, in emphyteusin, etiam bene de Ecclesia merito, in perpetuum tradi nequeunt. *Novell. 7. in princ. §. 1. vers. ult. & c. 3. §. scire autem vers. non enim in illis, &c. Novell. 120. cap. 5. & 6. §. licentiam igitur & §. in venerabilibus verò, &c. cap. 1. vers. quia etiam tractatus solennis, & cap. 2. de reb. Eccles. non alienand. in 6. c. sine exceptione 51. caus. 12. quæst. 2. c. 1. c. tua nuper. 8. de his, quæ fiunt à Prælatis, &c. Panormitan. in c. 2. n. 5. de donat. Ludolphus Schrader. in tract. feud. part. 4. cap. 2. n. 13.* Atque istæ solennitates requiruntur, 165
etiamsi fundus sterilis, vel saxosus, vel pestilens in emphyteusin concedatur, *l. si fundus 13. in princ. ff. de rebus eor: qui sub tutela, &c. cap. ut super 8. §. ult. de reb. Eccles. alienand. vel non*, nisi exiguus & angustus sit locus. *can. terrulas 52. caus. 12. quæst. 2. arg. l. scio. 4. ff. de in integr. restit. l. 1. §. proinde 8. ff. de ædilit. edict. & l. 1. §. fin. ff. de ventre inspic. Albertus Brunus in tract. statut. art. 9. nu. 96. cum seq. huncque referens Andreas Gail. lib. 1. observ. 151. n. 13.* vel ultra hominum memoriam incultus fuerit, *arg. cap. ad aures 7. ubi Panormitan. & cæteri Canonistæ de reb. Eccles. alienand. vel non cap. 2. ibi, conditionem Ecclesiæ meliorare potest, facere verò deteriorem non debet, de donationibus. Matth. de Afflict. ad tit. 1. in princ. n. 42. lib. 1. Feud. Schrader. d. part. 4. cap. 2. n. 15. ad finem.*

Sed magni momenti quæstio est: An rei Ecclesiasticæ 166
in emphyteusin concessio, sine debitis solennitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesiæ utilitate conjuncta sit? Et nec tum eam jure subsistere arbitror, *l. obligari 9. §. hæreditatem adire 3. ff. de auctorit. & consensu tutor. & curat. & §. neque tamen 1. f. de auctoritate tutor.* quibus 167
in locis dicitur, pupillum sine tutoris auctoritate hereditatem adire non posse: quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum. Huc quoque confert, *d. can. sine exceptione 51. caus. 12. quæst. 2. & d. cap. tua nuper 8. de his, quæ fiunt à Prælatis, &c. & c. 1. tit. 4. de reb. Eccles. non alienand. in Clementin. cum similibus:* in quibus præter utilitatem Ecclesiæ, legitima solennitas in alienatione rei Ecclesiasticæ apertè exigitur. Vide Camillum Borellum *in summa Decis. tit. 33. de emphyteusi n. 127.* huncque allegantem Nicolaum Eggebrecht, *d. synopsi jur. emphyteut. conclus. 54.*

Huic sententiæ non obstat, *l. non eò minus 14. C. de procuratorib.* ubi sententia pro minore lata valet, tametsi 168
absque curatore judicium agitatum fuerit. *Nam* quando quæritur, utrùm actus ab Ecclesia vel minore sine solennitatibus utiliter gestus valeat, nec ne: diligenter inquirendum & dispiciendum est; num actus sive contractus iste sit talis, ex quo Ecclesia vel minor non obligetur, sed alium sibi obliget: velut si stipuletur, aliquid sibi dari vel donari. Hujusmodi sanè contractus à minore, Ecclesiavè, solennitatibus legitimis neglectis, celebratus sustinetur: si modò minori aut Ecclesiæ utilis existat. Nec enim hoc casu aliqua specialis solennitas introducta reperitur, *per princ. tit. super. de auctorit. tutor. §. pupillus 9. supr. de inutilib. stipulationib. l. contra juris 28. ff. de pactis l. obligari 9. ff. de auctoritat. tutor. &c.* ex quibus liquet, quòd pupillus alium sine tutoris auctoritate sibi obligare possit. Et de hac specie exaudiendus est textus *in d. l. non eò minus 14. C. de procuratorib.* ubi sententia pro minore, non legitimè defenso, ideo subsistit: quòd per eam non minor alii, sed alius minori obligatur. Quâ 169
ratione acceptilatio quoque, cum pupillo sine tutoris auctoritate facta, valet: quòd pupillus faciens, sibi acceptum ferri, non obligatur; sed obligatione eximitur; adeoque ejus conditio melior redditur, *l. 2. ibique Gothofred. ff. de acceptilat.*

Similiter non adversatur *l. cùm hi, quib. 8. §. eam transactionem 6. ff. de transact.* ubi actus sine solennitate 170
est validus: si expediat ei, cujus gratiâ solennitas ista introducta est. *Nam* & ibi nihil agebatur, quo alimenta-

 rius

Digitized by Google

rius obligaretur : sed ipse alium meliore modo, quàm
ex legato obligatus esset, sibi obligavit. Nec movet,
quòd cùm in specie d. §. *eam transactionem*, alimentarius
transigendo à lite discesserit: videatur quoque ex ipsius
parte aliquid remissum esse. Hæc siquidem à lite discessio
in nihilo obligat alimentarium : quippe cùm ea sit ne-
cessaria potiùs, quàm voluntaria. Fit enim eam ob cau-
sam; quòd heres, à quo relicta fuerant alimenta, non
solùm id ipsum, ad quod tenebatur, sed plus etiam (*ut
ex textu patescit*) alimentario præstet, eâque præstatio-
ne ab obligatione sese liberet, *l. si reus paratus. 73. ff.
de procuratorib. l. si debitori. 21. ff. de judic. l. ult. §. ult.
ff. de reb. credit. si cert. pet.* Id ipsum docui etiam *in
addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 6. n. 7.*
171 Verùm enim verò si constitutio emphyteuseos ob de-
fectum consensus Capituli, aut Papæ sive Sedis Apostoli-
cæ (cujus licentiam in alienatione rei Ecclesiasticæ etiam
desiderari, manifestum est *ex d. cap. 2. in princip. de reb.
Eccles. non alienand. in 6.*) irrita dicatur : ratihabitione
Pontificis vel Capituli valida efficitur. *c. cùm nos. 3. de iis,
quæ fiunt à Prælatis, &c. c. cura pastoralis. 11. de jure pa-*
172 *tronatus.* An autem Pontifex, vel Capitulum sua ratifi-
catione emphyteuticam concessionem in tantum robora-
re queat, ut emphyteuta nolēs volens habere emphyteu-
173 sin cogatur, quæri solet? Et emphyteutam non esse co-
gendum, ut invitus emphyteusin possideat, verius cen-
setur, *arg. l. si absente. 48. & l. cùm fructuarius. 64. ff. de
usufructu.* ubi respondetur, quòd usufructuarius invito
174 domino usumfructum derelinquere possit. Quo facit,
quòd vasallus etiam sine domini voluntate rectè feudum
refutare potest, *per textum in cap. 1. de vasallo, qui con-*
175 *tra constitutionem Lotharii, &c. tit. 38. lib. 2. F.* quia
favori & lucris suis renunciare cuilibet permittitur, *vul-
gatâ l. si quis in conscribendo. 29. Cod. de pact. late Za-
sius in Epitom. feud. part. 10. num. 85. & seq. Cujac. ad
tit. 14. lib. 2. F. Duaren. de feud. cap. 12. n. 18. & Wesen-
bec. de feud. cap. 9. & 10. num. 3. quos citat, probatque
D. Bocerus class. 2. disp. 14. thes. 24. edit. 2.*
176 Planè, interpositâ canonicâ, justâque solennitate ad
veram alienationem necessariâ, res Ecclesiæ in emphy-
teusin eâ conditione dari possunt: ut non modò ad filios
& nepotes emphyteuticarii, sed ad extraneos etiam he-
redes, emphyteusis ista transeat. Certi namque juris est,
solennitatibus legitimis observatis, res Ecclesiasticas om-
ninò alienari posse. *Clement. 1. & 2. de reb. Eccles. non
alienand.* Multò itaque magis isthac conditione in em-
phyteusin dari poterunt: cùm earum proprietas hoc ca-
su retineatur. Cui sententiæ suffragatur non parùm *No-
vell. 120. c. 6. §. 1.* ubi Justinianus in hæc verba scripsit:
*Licentiam igitur damus, prædictis venerabilibus domibus,
non solùm ad tempus emphyteusin facere immobilium re-
rum sibi competentium, sed & perpetuè hæc eis emphyteu-
tico jure volentibus dari, &c.* Cùm ergo emphyteusis re-
rum Ecclesiasticarum in perpetuum alicui tribui possit:
consequens est, eam non tantùm ad filios nepotesque,
sed & ad extraneos heredes emphyteuticarii per con-
ventionem extendi posse. Eidem assertioni robur ad-
dit textus *in c. ad aures 7. de rebus Eccles. alienand. vel
non.* ubi traditur, quòd Ecclesia jure hereditario fun-
dos suos in emphyteusin concedere alicui valeat. Di-
cuntur autem hereditario jure concedi, quæ ad quos-
cunque heredes, sicque etiam extraneos, transmittuntur.
177 Non obstat *Novell. 7. c. 3. in princ.* ubi Justinianus di-
sertè sancivit; emphyteusin Ecclesiasticam in accipien-
tis personâ, & in duobus ejusdem personæ heredibus
deinceps, filiis tantùm solis masculis, aut fœminis, aut
nepotibus utriusque naturæ, permitti : adeoque ad ex-
traneos heredes non deferri. *Nam* aut id, quod *in d.
Novell. 7. cap. 3.* dicitur, res Ecclesiarum in emphyteu-
sin datas, ad filios & nepotes, non etiam ad ulteriores
descendentes, vel extraneos, transire debere, correctum
est *per d. Novell. 120. c. 6. §. 1.* ubi res Ecclesiæ in per-
petuum dari in emphyteusin possunt: aut certè *d. Novell.
7. cap. 3.* eo de casu est accipienda, quando res Ecclesiæ
dantur in emphyteusin, juxta peculiarem consuetudinem
absque canonica & debita solennitate; quo casu non
transit in heredes extraneos, nec ultra tertiam genera-
tionem: *quemadmodum sentire videtur Covarruv. lib. 2.
variar. resol. cap. 17. num. 5. allegans ad hoc glossam, Bar-
tolum, & Alexand. in l. etiam filios 18. ff. soluto matrim.
Anton. de Butr. Imol. Panormitan. Felin. & Decium, in
cap. præsentia 8. de probationib. & Ludov. Gozadinum
consil. 39. num. 6. & 12.* Eandem decisionem probant *D.
Halbritter. in tractat. de jure emphyt. c. 3. & D. Bocer. d.
class. 2. disp. 14. thes. 34.* Vide Treutlerum *disp. 29. vol.
1. th. 10. lit. A.* & ibi Bachovium *in suis not. pag. 1128.
& seq.* item Hunnium *quæst. 36. p. 1789.*
Cum ex his, quæ modò exposita sunt, constet: res 178
Ecclesiæ dari in emphyteusin eâ conditione posse, ut ad
extraneos etiam heredes transeat: paucis nunc declaran-
dum erit, quibusnam verbis id actum esse censeatur. Du-
bium autem non est ullum, quin emphyteusis Ecclesia-
stica ad extraneos heredes descendat, si data sit Titio, &
quibuscunque ejus heredibus. Particula enim, *quibus-* 179
cunque generalis est, & ambitu suo omnes omninò com-
plectitur, *cap. solitæ 6. in fin. ibi, nihil excipiens, qui di-
xit, quodcunque de majoritate & obedient. cap. super quæst.
27. §. nos autem statuimus, ibi, vel judex quicunque, de
offic. & potest. judic. deleg. cap. 1. ibi, personis quibuscun-
que, ubi gloss. tit. 1. de judiciis lib. 2. Clementinar. Anton.
Gabrielius Roman. lib. 6. commun. conclus. tit. de verbo-
rum significat. conclus. 4. Roland. à Valle, cons. 96. num.
28. vol. 1. Jul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis quæst.
28. num. 5. & 9. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3.
num. 17.*
Nunquid verò rei Ecclesiasticæ emphyteusis (*Nam* 180
de emphyteusi civili minime dubitatur aut controvertitur)
Titio, ejusque heredibus, simpliciter concessa, non
tantùm ad filios vel descendentes, sed & extraneos Ti-
tii heredes devolvatur, multùm controversa quæstio
est? Et licèt negativam sequantur plerique omnes,
quorum latam densamque sylvam allegat Julius Clarus
in d. §. emphyteosis quæst. 28. num. 6. & Joannes Aloy-
sius Riccius *in praxi rer. criminal. decis. 132. num. 1.
pag. 126.* affirmativam tamen ego *cum eodem Claro d.
num. 6. ad finem, & Covarruv. d. lib. 2. var. resolut. cap.
17. num. 5. vers. 4. conclusio, &c.* in puncto juris verio-
rem esse pronuncio. Tum quia heredis nomen genera- 181
le est, etiam extraneos heredes continens, *per princip.
& §. in extraneis 4. in pr. de heredum qualit. & different.*
Tum quia generaliter is, qui paciscitur, quibuscunque 182
suis heredibus, atque adeò etiam extraneis, pacisci in-
telligitur, tametsi eorum nullam mentionem faciat, *l.
juris gentium. 7. §. pactorum. 8. & l. tale pactum. 40. in
princ. ff. de pact. l. si pactum. 9. ff. de probationib. l. sicut
re. 8. §. si debitori. 16. §. quib. mod. pig. vel hypoth. sol-
vit. l. veteris. 13. C. de contrah. & committend. stipulat.*
Tum quia si servatis debitis solennitatibus res Eccle- 183
siastica, quoad utile, & directum (quod ajunt) domi-
nium, alienari potest, sicque alienata ad extraneos he-
redes transit, *c. sine exceptione 12. quæst. 2. arg. c. 1.
2. & 3. de his, quæ fiunt à prælat.* cur non etiam em-
phyteusis Ecclesiastica Titio, ejusque heredibus con-
cessa, ad extraneos heredes derivaretur, si Titius nul-
los descendentes reliquerit? Hanc sententiam novissi-
mè suo calculo comprobavit Christophorus Philipp.
Richter *in d. tractat. de contractib. disp. 10. th. 4. sub
lit. A. pag. 318.*
Nec adversatur, quod vulgò objicitur, emphyteu- 184
seos Ecclesiasticæ hanc esse genuinam naturam, ut ad
tertiam solummodo generationem, non autem extraneos
heredes porrigatur, *d. Novell. 7. c. 3. in princip.* Nam con-
trarium verius esse opinor: quòd videlicet emphyteusis
Ecclesiastica, inspectâ suâ naturâ ad quoscunque here-
des transeat. Quælibet enim emphyteusis regulariter 185
sui naturâ intelligitur esse perpetua, atque ita ad quos-
vis heredes transitoria, *l. 1. in princ. ubi Bald. & Angel.
ff. si ager vectigalis, id est, emphyt. pet. Jason in l. 2. num.
160. C. de jure emphyteut. Socin. sen. consil. 50. num. 15.
lib. 4. Ruin. consil. 3. num. 18. & consil. 160. num. 10. lib. 1.
& consil. 151. num. 14. lib. 4. Balb. in tract. de præscrip-
tionib. in 1. part. 3. partis principal. quæst. 10. num. 35.*
Alciat.

Digitized by Google

Alciat. in tractat. de præsumptionib. regul. 2. præsumpt. ult. hosque referens & sequens Menochius de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 109. n. 7. & seqq. A quâ regulâ cùm emphyteusis Ecclesiastica excepta non inveniatur; meritò illi standum & adhærendum est, *juxta gl. in l. omnis definitio 202. ff. de reg. jur. ibique Cagnol. n. 57.*

186 Nec resistit *d. Novell. 7. c. 3. emphyteusin, &c.* Etenim quòd ibi emphyteusis Ecclesiastica ad heredes extraneos non defertur; non fit secundùm, sed potiùs contra naturam emphyteuseos Ecclesiasticæ. Est siquidem hoc introductum ex prohibitione singulari, in favorem Ecclesiæ Constantinopolitanæ majoris (*ut Gothofred. ibidem annotavit*) & reliquarum venerabilium domuum ad eam pertinentium, contra hujus contractûs naturam & conditionem. Quod vel ex eo manifestum efficitur. Si enim hæc contractûs emphyteutici per Prælatum & Capitulum celebrati fuisset natura, ut ad extraneos heredes de-
187 volvi non posset: prohibitione dictæ Nov. 7. c. 3. desuper factâ haud opus fuisset: quoniam naturalia cujusvis rei, etiam de iis dispositio vel mentio nulla fiat, per se tamen inesse creduntur, *arg. l. pacta conventa 72. ff. de*
188 *contrah. empt.* Adde, quòd prohibitio *dicti c. 3.* jure novissimo sublata est, & constitutum: quòd emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum, atque adeò omnibus, etiam extraneis heredibus concedi possit, *prædictâ Novell. 120. c. 6. §. 1. licentiam igitur, &c. & jam suprà monitum num. 176.*

189 Hisce ita cognitis & explicatis, dijudicare cuivis facile erit: an veritati consentaneum sit, quod communiter statuitur, emphyteusin Ecclesiasticam simpliciter absque mentione heredum datam, præsumi usque ad tertiam generationem solum concessam. *Bald. in d. l. 2. col. 2. C. de jure emphyteut. ibidemque Jason n. 160. vers. istam conclusionem, &c. Alexand. in l. qui in aliena 6. in princ. nu. 7. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Cravett. in tractat. de antiquit. tempor. in quarta parte princip. in initio n. 70. Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de jur. emphyteut. n. 6. aliique adducti à Menochio d. lib. 3. de præsumptionibus, præsumpt. 209. num. 15.* Isthæc namque communis opinio ex falso illo fluit principio: quòd emphyteusis Ecclesiastica sui naturâ non sit perpetua; nec ad extraneos heredes, sed tertiam duntaxat accipientis generationem, transitoria. Verùm hoc pronunciatum cùm satis jam refutatum sit: intelligere promptum est, opinionem istam communem, utpote ruinoso fundamento subnixam, subsistere neutiquam posse: præsertim cùm emphyteusin Ecclesiæ à Prælato recipiens, nullâ etiam heredum mentione factâ, præsumatur non
190 suo tantùm; sed omnium heredum, sicque extraneorum quoque nomine illam recepisse, *d. l. si pactum 9. ff. de probationib.* propterea quòd heres una quodammodo, eademque persona cum defuncto, qui contraxit, reputetur, *per Novell. 48. in fin. princip.*

191 Sanè si res Ecclesiastica, in emphyteusin dari solita, ad Ecclesiam fuerit reversa, quin Prælatus absque legitimis solennitatibus eam alicui in emphyteusin concedere possit, si ejus conditionem non reddat deteriorem, nequaquam ambigitur, *c. 2. extr. de feud. in fine princip. & tit. 26. §. in clericorum lib. 1. F. & tit. 35. in fin. lib. 2. F. c. 2. ibi, conditionem Ecclesiæ meliorare potest, &c. extr. de donationib. & tit. 91. de invest. veter. & nov. benefic. §. à Prælatis ibi, dum tamen dissipator videri non possit, in extraord. cc. lib. 2. F. Schrader. in tractat. Feud. part. 4. cap. 2. n. 20.*

192 Huic consequens est, quòd si emphyteusis priùs data sit singulari personæ; civitati aut collegio, vel potentiori, dari nequeat, *per t. 34. de lege Corradi. §. similiter. 2. ibi,*
193 *si secunda persona sit talis, &c. lib. 2. F.* Cùm enim civitas aut collegium nunquam mori intelligatur: spes nulla est fore, ut emphyteusis aliquando ad Ecclesiam redeat, *l. an ususfructus 56. ff. de usufruct. l. si ususfructus 8.*
194 *ff. de usu, & usufruct. legat.* & difficilius est litem intendere potentiori, quàm inferioris sortis homini plebejo, *l. 1. in fin. cum l. seq. ff. de alienat. jud. mut. caus. fact. & tot. tit. Cod. ne liceat potentiorib. patrocin. litigantibus præsta-*
195 *re, &c.* Præterea si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem: non poterit Prælatus hanc concessionis formam immutando, in perpetuum emphyteusin illam concedere, *d. tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. in princ. versic. profectò ille, ibi, non debet alia lege dari, &c. lib. 2. F. Curt. Jun. in tract. de feud. part. 2. quæst. 6. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 25. lit. d. edit. 2.*

Cæterùm de eo valde controversantur Interpretes: 196 annè Prælatus emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, etiam consanguineis suis denuò in emphyteusin tradere valeat? Et quicquid dicant alii, *quos refert & sequitur Nicolaus Everhard. in Topic. legal. in loco, à feudo ad emphyteus. num. 20. itemque D. Bocerus d. disp. 14. th. 27.* negantem ego sententiam veriorem esse judico, motus expresso textu *in Novell. 120. cap. 5. §. œconomis 1. & hinc sumptâ Auth. quibuscunque C. de SS. Eccles.* Verba d. Novellæ ita habent: *œconomis verò & orphanotrophis, & reliquis venerabilium domorum ordinatoribus, nec non omnibus chartulariis, & parentibus eorum, & filiis, & aliis, qui per genus eis, vel nuptiarum jure conjuncti sunt, interdicimus emphyteusin & locationes sive hypothecas rerum, ipsis venerabilibus domibus competentium, aut per semet ipsos, aut per interpositam personam accipere, &c.* Quibus verbis apertè sancit Justinianus: non tantùm œconomos, sed & reliquos venerabilium domorum ordinatores, hoc est, administratores, eorumque cognatos aut affines, in emphyteusin capere non posse res Ecclesiasticas. Unde errare videtur Abbas Panor- 197 tan. *consil. 41. nu. 3. lib. 1.* qui hanc Justiniani sanctionem de œconomis solummodo, qui non habent ita pingue jus, sicut Prælati, exaudiendam opinatur, negans Prælatos, (quos tamen non dubium est ordinatores seu administratores Ecclesiarum esse, de quibus constitutio disertè loquitur) sub eadem constitutione comprehendi. Huic enim Abbatis interpretationi tam verba, quàm mens relatæ constitutionis repugnant. Eadem siquidem est ratio in Prælato, quæ est in œconomo: quòd videlicet alienatio & ab œconomo, & à Prælato in favorem consanguineorum interposita, ad fraudandam Ecclesiam facta præsumatur, *can. decenter. 6. distinct. 89. Bartol. Bald. & Alberic. in d. Auth. quibuscunque C. de SS. Eccles. Alciat. in tract. de præsumpt. regul. 1. præsumpt. 29. & Menoch. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 54. num. 4. & aliquot seqq.*

Hanc sententiam non turbat *c. relatum est auribus 12.* 198 *§. licèt autem extr. de testamentis.* ubi quæ Clericus sive Prælatus relinquere valet extraneis, etiam consanguineis suis concedere non prohibetur. *Nam* agitur eo in loco de bonis mobilibus, jure dominii ad Prælatum vel Clericum spectantibus, quamvis per Ecclesiam sive intuitu Ecclesiæ acquisitis, *per text. ibi, mobilia per Ecclesiam acquisita, &c.* De his sanè Prælato, ut cuivis Clerico, per ultimam voluntatem tam in sanguine junctos, quàm extraneos, bene de se meritos, liberalitatem exercere suam permittitur. Ast in proposita quæstione Prælatus non 199 sua, sed Ecclesiæ bona, alicui ex cognatis suis emphyteusin concedendo, alienat: cùm is rerum Ecclesiasticarum non dominus, sed duntaxat usurarius sive usufructuarius esse censeatur; *ut, post alios, responderunt Socinus Sen. consil. 32. col. 2. lib. 1. & Bellon. consil. 3. hosque citans Menochius dict. lib. 3. præsumpt. 54. num. 9.* Quin & illud probabiliter dici poterit: facultatem disponendi de bonis mobilibus, Clerico per Ecclesiam acquisitis, non ex jure communi, sed ex consuetudine quadam speciali descendere: ad quam consuetudinem respexisse Pontificem, liquet *ex ipsius verbis dicti c. relatum 12. ibi, consuetudinis tamen non est improbanda de testament.* Con- 200 suetudinem autem stricti juris, nec de casu ad casum extendendam esse, notum est, *c. 1. de feudi cognit. §. strenuus ibi, qui consuetudine feudi non sit comprehensus tit. 1. lib. 2. F.*

Nec etiam obstat *c. dilecto filio 25. in princ. extr. de* 201 *præbendis.* ubi Prælatus præbendam nepoti suo concessisse dicitur. *Præbendarum* etenim collatio non est prohibita, sed jure permissa, *tot. tit. de concessione præbendæ, &c.* cùm eam ipsam ob causam illæ sint inven- 202 tæ, ut Clericis pro sustentatione liberaliter conferantur.

c. rela-

Digitized by Google

c. relatum.9. de præbendis, & c. relatum.3.de concess.præbendæ. Atqui in nostro themate tractatur de bonorum Ecclesiasticorum alienatione, quam regulariter prohibitam esse constat. *c. nulli liceat. 5. & tot. tit. de rebus eccles. alienand. vel non, & similib.* Deinde Prælatus alicui conferendo præbendam,nihil ex bonis Ecclesiasticis alienat: quoniam præbenda,post mortem vel resignationem illius, qui eâ fruitur,vacare dicitur:proindeque præbenda vacans, quæ confertur, in dominio Ecclesiæ esse non intelligitur. *c.2.3. 11. & passim, de concessione præbendæ.* Hic autem de bonis ipsius Ecclesiæ, in emphyteusin concedendis, sicque de eorundem alienatione disceptatur.

203 Nihil quoque movet, quòd secundùm naturam sit, ut unusquisque proprium sanguinem extraneæ personæ præferat, *l. cùm acutissimi.30. circa finem. C. de fideicommiss.* & quòd prima liberalitas circa proximos operari debeat. *can. non satis. 14.§. 1. distinct. 86.* Isthæc namque & similia axiomata loquuntur & exaudienda sunt de eo, qui de bonis suis propriis disponit:non verò de eo,qui bona Ecclesiastica alienare,sive in emphyteusin dare præsumit, ut in proposita quæstione. Hæc igitur cùm diversa censeantur: ex iis nihil infertur, *l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib.*

204 Non item adversatur textus *in c.1. de investitura veteris & novi benefic. vers. ult. tit.91. lib.2. F.* ubi habetur: quòd si Prælatus conjunctæ personæ gratiâ,vel etiam alicui alteri tale dedit feudum,quod duos consimiles vasallos acquirere posset,inutile esse beneficium. Igitur consequens esse videtur:si Prælatus feudum concesserit, & ex illa concessione talis gratia vel fraus evidenter non appareret, beneficium illud valere. Hoc, *inquam*, non adver-
205 satur, Argumentum enim ex illo c. petitum, à contrario sensu proficiscitur: quod genus argumentandi non admittitur, quoties in sensu contrario eadem ratio interve-
206 nit,quæ in sensu directo. Identitas quippe rationis fortior est argumento à contrario sensu, *ut tradidit Bald.in l. qui testamento.20. §. mulier. 6. ff. de testament. Alexand. in l.1. in quarto notab.ff. de officio ejus,cui,&c. Jason in l. si extraneus. 6. in tertio notab.per illum text.ff. de condict. causa data, &c. Decius cons.232. col. fin. circa med. Corneus cons.173. lib.1.consil.22. col. quarta.consil.80. lib. 2. & cons.152. col. final. lib.4. quos omnes citat & approbat Cravetta consil.460. num.10.* Sed ratio, ob quam *in d. c. feudali* disponitur, non valere investituram, conjunctæ personæ factam de feudo,quo potuerunt duo vasalli acquiri,hæc est: quòd talis investitura intelligitur in fraudē Ecclesiæ facta esse. Quæ quidem ratio militat, etiamsi Prælatus non tale,sed aliud quodvis feudum concesserit.
207 Nam alienatio bonorum Ecclesiæ,à Prælato in cōsanguineum facta, præsumitur in dubio ad fraudandam Ecclesiam interposita esse. *d. can. decenter.6. distinct.89. Bartol. & alii in d. Auth. quibuscunque C. de SS.Eccles. Barbat. consil. 17. col.2. lib.4. Johan.Jacob. de Leonardis inter consilia Bruni. consil.114. num. 117. Jason consil.183. col. ult. vers. non obstat. lib. 2. & alii superiùs adducti. n. 197.* Nisi luculenter constet eam fuisse factam in Ecclesiæ utilitatem,& observatas fuisse solennitates à lege requisitas. Hoc namque casu omnem præsumptionem & suspicionem fraudis cessare, atque adeò alienationem ipsam æquè valere,ac si cuivis extraneo facta fuisset,multorum auctoritatibus evincit Menochius *d. lib.3. præsumpt. 54. num.1. & consil.79. num.19. & 20. lib. 1.* Quòd si verò hæc resolutio alicui minus arrideat:is hanc responsionem fortassis non incommodam, ferat: dispositionem *dicti c. feudalis.* tanquam specialem, ad feuda solùm pertinere: nec ad bona Ecclesiæ, de quibus contrarium cautum esse in jure communi reperitur, porrigendam esse, *arg. d. c. 1. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. Feud. D. D. Halbritter. Collega & Compater meus peramandus in tr. de jure emphyt. cap. 3. post medium.* Eandem sententiam novissimè defendit Nicolaus Eggebrecht. *in disput. inaugurali. conclus. 59. Præside memorato D. Halbrittero.* Eandem quoque attigi *in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 6. n. 18. & seqq.*

208 Difficilis quoque & perplexa hæc quæstio est: Num Prælatus, sive dominus eampri vat us emphyteusin ad certam generationem datam, eâ finitâ, proximis emphyteutæ cognatis deferre & renovare teneatur: an potiùs, cuicunque velit, eam concedere possit? Et quidem non desunt, qui autumant, dominum in proposita specie teneri, proximiores emphyteutæ consanguineos extraneis præferre, illisque emphyteusim restituere. *Bartol. in d. l. §. permittitur.41. ff. de aq. quotid. & æst. Jason in l.2. num.22 C. de jure emphyt. Decius consil.131. Ripa in l. 1. ff. de privileg. creditor. Mynsinger. cent. 5. obs.56. & cent. 6. obs.79. Fichard. in addit. ad Villalob. lit. V. nu. 8. vers. vasallo mortuo. Horat. Mandos. in addit. ad Roman. consil.22. & alii, quos commemorat Antonius Gabrielius commun. conclus. lib.7. tit. de jure emphyteutico, conclus.1.* Sed ego contrariam in sententiam, utpote longè probabiliorem, sum proclivior. Moveor primò *Novell.7. c.3. §. neque illud.3.* ubi dicitur, pactum non valere, quo cavetur, ut Ecclesia teneatur,finitâ generatione,proximioribus ultimi emphyteutæ consanguineis renovare emphyteusin. Si enim Ecclesia id facere teneretur: nulla esset ratio, cur pactum non valeret, *arg. l. non impossibile.50. ff. de pactis.* Deinde conducit huc, quòd 209
jure nemo compelli possit, ut certo alicui, & non alteri locet, vel vendat. *l. invitos.11. C. de locat. l. invitum. 11. & l. dudum.14. C. de contrah. empt.* Præterea res in emphyteusin concessa usque ad certam generationem, extinctâ eâ generatione, ad dominum revertitur. Ergo domino integrum est eam pro se retinere; vel,cui maluerit, concedere: cùm suæ quisque rei moderator sit & 210
arbiter. *l. in re mandata.21. C. mandati.* & nemini injuriam faciat, qui jure suo utitur. *l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de injur. l. nullus.55. ff. de reg. jur.*

Nihil huic conclusioni obstat *l. 1. in fine. C. de Me-* 211
tallariis, & metallis, &c. ubi conductor, qui jus effodiendi metallum à fisco conductum habet, tenetur fisco præ aliis omnibus metallum collectum vendere,si id distrahere velit. *Quandoquidem* illic speciali ratione est constitutum; quòd illi, qui beneficio Principis, jure effodiendi metallum fruuntur, fisco potius, quàm aliis, metallum, quod congesserunt, vendere cogantur. Ratio specialitatis hæc dari poterit: quòd Reipublicæ multis de caussis intersit; metalla, præsertim auri & argenti, penes fiscum constituta esse.

Nec magis resistit *l. si in emptionem.35.ff. de minorib.* 212
ubi Hermogenianus in hæc verba respondit: *Si in emptionem penes se collocatam minor adjectione ab alio superetur: implorans in integrum restitutionem audietur, si ejus interesse, emptam ab eo rem fuisse, approbetur: veluti quòd majorum ejus fuisset, &c.* Quoniam loquitur de minore in integrum restituendo,ut rem,quæ erat suorum majorum, recuperet. Quod tanquam dissimile, huc non pertinet, *arg. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.*

Neque ad rem facit *l. congruit 4. C. de locat. prædio-* 213
rum civilium vel fiscal. &c. ubi veteres conductores præferuntur novis conductoribus, si modò augmentum precii, ab altero novo conductore oblatum, ipsi præstare parati sint. *Quia* ibi primi conductores, non verò consanguinei eorū, extraneis sive novis conductoribus præferuntur: & sic beneficium illud speciali favore personæ veteris alicujus conductoris indultum,ad ejus consanguineos porrigi non debet. *l. in omnibus caussis id observatur. 68. ff. de reg. jur.* Dein iste textus, non de omnibus, sed publicarum seu fiscalium duntaxat rerum conductoribus loquitur: à quibus ad aliarum rerum conductores argumentari non licet:quoniam illis hoc jus, ut præferantur extraneis conductoribus,singulari concessum est ratione, quæ in privatis conductoribus locum non habet. Ratio 214
autem hujus concessionis hæc est: quia conductores rerum fiscalium, deficientibus aliis conductoribus post finitam conductionem, de novo conducere compelluntur si lucrum aliquod ex priori conductione fecerint. *l. cotem.11. §. ult. ff. de publicanis, & vectigalib.* Quare æquissimum visum est, pro hoc,quod sustinere coguntur, onere & incommodo,ipsis alio modo succurri, quod nimirum finita conductione aliis conducere volentibus præponantur, *arg. l. secundùm naturam.10.ff. de reg. jur.*

Nihil

Digitized by Google

215 Nihil quoque negocii facessit *d. l. 1. §. permittitur. 41. cum seqq. ff. de aqua quotid. & æst.* ubi respondetur, quòd quando aquæductus concessus est personis, non transeat ad heredem vel emptorem: si tamen eis petentibus non concedatur, injuria fit. *Nam* agit JCtus ibi de servitute aquæ ducendæ & ostendit, quòd is illam indubitatè impetrare queat, ad quem fundus pervenit, si ejus domino priori servitus debeatur. Longè verò alia est ratio rei in emphyteusin datæ, quæ majoris est momenti: nec proximior agnatus docere potest, eam sibi deberi ideò, quòd aliarum rerum dominium ad se transierit.

216 Rursus non refragatur *l. 1. ff. de privileg. creditor.* (*in Gothofredi corpore est l. cum bona. 16. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.*) *& l. Imperator. 60. ff. de pactis.* ubi in emptione bonorum debitoris cognati anteferuntur extraneis emptoribus. Unde dicendum videtur, quòd & in emphyteusi cognati extraneis sint præponendi: siquidem emphyteusis magnam similitudinem cum emptione & venditione habeat, *per hunc §. nostrum.* Non, *inquam*, leges istæ refragantur. Loquuntur enim in speciali casu: quando scilicet bona debitoris obærati, auctore judice, possidentur & venduntur. Tunc sanè cognati & creditores in venditione bonorum extraneis præferuntur: modò eandem conditionem, quam extranei, præstent: quod cum præsenti quæstione nihil commune habet.

217 Denique nihil prorsus movet *l. jubemus. 3. §. & filios advocatorum 5. C. de advocatis diversor. judicum.* ubi dicitur, quòd si officium Advocatorum, per eorum mortem fuerit finitum, ipsorum liberi & propinqui ad idem officium accedere cupientes, extraneis sint anteponendi. *Etenim* loquitur de officiis publicis, in quibus distribuendis utique præ cæteris habenda est ratio filiorum, quorum parentes in eodem genere officii de Republ. optimè sunt meriti; quia filii sperantur similes futuri suis parentibus, si deprehendantur ad illud officium idonei. Sed in proposita quæstione disputatur de jure privato, quod cujusvis domini arbitrio ac potestati subjectum est. *d. l. in re mandata. 21. C. mandati.* Reliqua, quæ decisioni nostræ opponi solent, leviora sunt: & ex hactenus adductis facile dilui possunt. Eam autem comprobant & defendunt, post alios, quos allegant, *Franciscus Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. cap. 7. num. 2. Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 100. Gail. lib. 2. observat. 148. n. 2. Zas. consil. 101. n. 8. Brenchorst. cent. 1. Miscellanear. assert. 41. Hackelman. disp. 11. thes. 16. lit. b. & Hunnius in resolut. ad Treutl. vol. 1. disp. 29. quæst. ult. pag.* 1803. *& seq.*

218 Præcedenti non dissimilis, nec minùs ardua, usuque forensi tritissima illa est quæstio: Utrùm rei Ecclesiasticæ, in emphyteusin concedi solitæ concessio, non planè consueto modo interposita, in totum censeatur inutilis, an verò valeat, quatenus secundùm morem consuetum fieri potuit? *Et* (*non obstante contrariâ Bartoli in Auth. qui rem. n. 7. C. de SS. Eccles. & sequacium opinione, quam veriorem existimat Didacus Covarruv. lib. 2. var. resolut. cap. 16. n. 5. vers. tandem ut liberè, &c.*) frequentioribus Doctorum calculis recepta, adeoque in praxi tenenda conclusio est: quòd emphyteusis à Prælato ultra legitimam solitamque metam concessa, ob largiorem hanc concessionem non omninò corruat: sed potiùs, quatenus facta est intra solitam formam, subsistat. *Bald. in Auth. si quas ruinas. n. 2. C. de SS. Eccles. Paulus Castrens. & Philipp. Dec. in d. Auth. qui rem. C. eod. Alexand. consil. 38. vers. non obstat. & vers. seq. vol. 2. Franc. Curt. jun. in tract. feud. part. 1. quæst. 6. n. 11. Tiraquell. de tractatu convent. ad finem tituli. §. 36. gl. 2. n. 146. Clarus in §. emphyteusis. quæst. 6. n. 2. Gail. d. lib. 2. obs. 4. n. 14. Molinæus in consuetud. Paris. tit. 1. §. 41. n. 43. & seq. Bocer. class. 1. disp. 15. thes. 28. & alii ab illis relati.* Hæcque conclusio probatur ex regula illa generali: quòd in omnibus dispositionibus utile non vitiatur per inutile, quoties aliqua separationis vel divisionis ratio iniri potest. *c. utile. 38. ibique gloss. de reg. jur. in 6. l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. obligat. l. sed etsi. 12. ff. de constit. pecun. l. pecuniæ. 9. l. placuit. 29. ff. de usur. l. 1. §. sed Pomponius. & §§. seqq. ff. quod fals. tut. auctor. gest. esse dic. l. sed si sibi. 11. ff. de stipulat. servor. l. proprium. 5. ff. communia prædior. &c. l. sancimus. 34. in princ. & l. seq. §. sin autem. C. de donat. l. donationes, quas parentes. 25. C. de donationib. int. vir. & uxor. cum similib.* Eadem sententia luculentiùs confirmatur *ex Novell. 7. c. 3. §. 3.* ex quo apparet; si res Ecclesiæ, quæ ultra secundam generationem concedi non potest, ad tertiam vel ulteriorem data sit, concessionem valere usque ad generationem secundam, tanquam solitam, sicque jure factam. Tot enim censentur 220 esse concessiones, quot sunt generationes: ut sic una non vitietur per aliam. Sed & huic conclusioni patrocinatur *tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. 2. vers. profectò. lib. 2. Feud.* ubi dicitur: si vasallus feudum, quod possidet, 221 aliâ lege, quam ipse habet, alii concesserit; puta si pro masculis tantum concessum, ipse pro masculis & fœminis dederit: quibusdam placuisse, eum amittere beneficium: alios verò dixisse, id tunc domino aperiri, cùm masculi defecerint. Et horum opinio, ceu ultimo loco relata, 222 approbata esse intelligitur, *per notata gloss. in l. qui filium 74. in fine super verb. & alia ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* Constat ergo, infeudationem istam non penitus esse mutilem, sed eo valere modo, quo potest. Quare & emphyteusis à Prælato ultra legitimam metam concessa, non tota vitiabitur; sed intra terminos consuetos, jureque permissos, consistet.

Neque obstat *cap. un. in extravagantib. communibus. tit. de reb. Ecclesiæ non alienand. incipiens, Ambitiosæ, &c. §. si quis autem. &c.* ubi in emphyteusin concessio 223 aliter, quàm ab antiquo fieri solita est, facta, nullius omnino roboris vel momenti esse dicitur. *Nam* textus *illius c.* hunc habet sensum: ut quatenus concessio aliter, quàm ab antiquo fieri solita sit, facta fuerit, nullius omnino roboris & momenti sit: & consequenter quatenus secundum morem antiquum sit facta, eatenus valeat.

Sic non multum stringit *Novell. 7. cap. 3. in fine principii. ibi, neque quod sit, habere aliquod penitus robur sinimus. &c. 7.* ubi statuitur; contra legis observationem, 224 accipientem emphyteusin statim cadere ab emphyteusi; adeoque etiam ab eo jure, quod licitè ei concedi potuit. *Respondetur* enim, ista *dicti cap. 3.* verba non referri ad totam concessionem, sed solummodo ad excessum insolitum ac prohibitum: ut ejus sententia hæc sit: rem Ecclesiæ non posse dari in emphyteusin, nisi usque ad metam ibi taxatam; & quod aliter fit, id est, ultra metam taxatam, id nihil penitus habere roboris: sed propterea non tolli, quò minùs id, quod intra metam licitam contractum est, vires habeat: cum illud non aliter sit factum. Eâdem etiam ratione verba *in d. c. 7.* non eum recipiunt intellectum, quem Covarruvias *loco suprà adducto* tradit. Manifestum namque est, in eo textu hoc dici, contrahentes cadere ab eo contractu, qui nullus sit. Ait enim: *Si verò & perpetuam quispiam emphyteusin accipere præsumpserit, quod non licet: etiam sic cadat ab emphyteusi.* An non ex his verbis clarè patescit; dictionem, *cadat*, etiam referri ad emphyteusin planè illicitam? Et ideo corruere Didaci Covarruv. argumentationem, non dubium est. Quin & hoc dici poterit: Imp. Justinianum istis verbis (*aut temporalem quidem, non tamen secundum hujus nostræ legis observantiam*) loqui de observatione formæ, quæ divisionem non accipiat.

Et sic quoque non urget textus in *Clement. 1. vers. si* 225 *quis autem. ibi, nec ex concessione ipsius, recipienti jus aliquod acquiratur. de reb. Eccles. non alienand.* Siquidem ad illum eodem modo rectè respondetur, ut nunc breviter *ad d. Novell. 7. c. 3.* est responsum. Nec movet, quod objicitur, *in d. Clement. 1.* negativam dictionem cum voculâ *aliquod* conjunctam, in minima etiam parte effectum habere; ut ex istorum significatione verborum concessio facta, in totum dicenda inutilis existimetur. Nam hoc non ita perpetuò dici posse; evincitur haud obscurè ex textu *d. Novell. 7. cap. 3.* ubi similiter negatio verbo *aliquod* juncta invenitur: nec tamen negationem illam, ad minimam quoque partem posse ac debere referri, censuerunt *Molinæus d. tit. 1. § 41. n. 46. Decius in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Alciat. in d. l. 1. §. sed si mihi. ff. de verb. oblig. & alii.*

Præterea

Digitized by Google

226 Præterea conclusioni nostræ minimè resistit *l. non for-*
tem 26. §. si centum 4. ff. de condict. indeb. ubi si res ma-
joris precii in solutum per errorem data fuerit, datio ist-
hæc in totum vitiatur: non autem valet in eo, quod est
debitum. Hujus enim juris ratio in illa lege manifestè
hæc exprimitur: quòd qui fundum ducentorum per er-
rorem solvit, cùm centum deberet, invitus non compel-
litur ad communionem; ut fundum pro parte dimidia
cum eo, cui solvit, habere communem cogatur. Cæte-
rum si res alia, cujus communio non induceretur, soluta
fuisset: eo sanè casu totius soluti condictio non fuisset
concessa, *per ea, quæ ibidem tradit Bartol. & Curtius ju-*
nior de feud. d. part. 1. q. 6. num. 14.

217 Enimverò sententia hactenus defensa restringitur, ut
locum sibi non vendicet, si probabiliter appareat, conces-
sionem aliter, quàm facta sit, unum aut alterum contra-
hentium subsistere sive valere noluisse: idque ex causis,
quarum illi mentionem faciunt. Tunc etenim separatio
utilis ab inutili fieri non potest: sed perpetuò utile per in-
utile vitiatur & impeditur: quoniam scilicet utile per se
stare contrahentes noluisse, verisimiliter constat, *l. Pedius*
7. in fine. ff. de receptis, qui arbitrium, &c.

228 Tribus porrò modis emphyteusis constitui potest: ul-
timâ voluntate, præscriptione, & pactionibus. Ultimâ
voluntate rectè constituitur, duobus principaliter concur-
229rentibus, Primum est, si quis per testamentum, vel codi-
cillum, vel per mortis causa donationem, cuipiam rem
immobilem, sub annua pensione, heredi præstandâ, u-
tendam fruendam concedat, *arg. l. 3. in princ. & l. usus-*
fructus 6. in princ. cum l. seq ff. de usufruct. l. ult. C. de
codicill. l. 1. §. sed & 7. ff. de superfic. l. ult. C. de donat.
caus. mort. Alterum, si legatarius dixerit, sibi legatum &
pensionem constitutam placere; quia nemo invitus potest
obligari, *l. qui in aliena 6. in princip. ff. de acquir. vel amit-*
tend. heredit. latius Donellus lib. 9. Commentar. de jure
civ. cap. 13. pag. 444. n. 50. D. Obrechtus disput. 36. th.
58. cum seqq. & D. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 45. &
230*seq. edit. 2.* Cæterùm patrem uni ex filiis emphyteusin
suam testamento relinquere posse, communiter placuit,
arg. hujus §. nostri. ibi, cuivè conductor heresvè ejus id
prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dede-
rit, aliòve quocunque modo alienaverit, &c. Jason ad l. 2.
n. 207. & seqq. C. de jure emphyteut. qui hanc rem plenè
excutit, & tandem *nu.* 211. distinguendo Doctorum di-
231screpantes opiniones conciliat & exponit. Circa istum
modum quæri poterit: quânam actione emphyteusis,
testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis?
Et breviter dicendum: eam petendam esse vel actione in
personam, nempe ex testamento, vel in rem, §. 2. *vers.*
nostra autem constitutio supr. de legat. l. 2. ff. de Public. in
rem act. Dn. Collega Bocer. d. disput. 14. thes. 45. lit. b,
Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 33.
232Præscriptione acquiritur emphyteusis, si quis fundum
quendam à non domino in emphyteusin acceperit: vel
licèt non acceperit, tamen illum ut emphyteuticum (præ-
stando scilicet quotannis ipsi domino fundi canonem)
per triginta vel 40. annos possederit, *arg. l. 3. 4. & 6.*
ubi Bartol. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & arg. tit.
233*26. §. si quis per triginta libr. 2. F.* ubi feudum, cui em-
phyteusis similis est, triginta annis præscribitur, *& l.*
agricolarum 18. C. de agricol. & censit. ubi possessio lon-
gissimi temporis, triginta scilicet annorum, facit adscri-
ptitium colonum, cui emphyteuta assimilatur. Et ita Do-
ctores communiter tenent, *Angel. in l. Prætor 4. §. 1. ff.*
de edendo, Jason in l. 2. nu. 155. C. de jure emphyt. Joan.
Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 2. partis tertiæ
principal. quæst. 10. nu. 36. & part. 4. quartæ principalis
q. 10. Paulus Picus à monte Pico ad tit. ult. nu. 1. lib. 1.
feud. Chassanæus consil. 18. colum. 1. Ruin. cons. 151. nu.
5. lib. 4. Paris. cons. 23. num. 5. lib. 4. Clarus lib. 4.
sentent. §. emphyteosis q. 7. Menochius de præsumptionib.
lib. 3. præsumpt. 108. n. 4. Ferrar. in rubr. C. de jure em-
phyteut. Wegner. disp. 12. thes. 5. sub lit. g. Borcholt. in
tract. de feud. c. 7. n. 4. & seqq. pag. mihi 172. Bronchorst.
cent. 1. ἐναντιοφανῶν, assert. 52. edit. 1. & cæteri, quos isti
citant. Quamvis alii ad hanc præscriptionem tempus
longum sufficere contendant: *Bald. in l. 1. nu. 15. C. de*
fideicommiss. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 43. lit. b. Ba-
chovius in suis not. ad Treutler. disp. 29. vol. 1. th. 11. lit.
B. pag. 1132. Eggebrecht. d. synopsi conclus. 105. Ma-
scard. in tract. de probationib. vol. 1. conclus. 337. n. 2. ubi
plures enumerat. Pactionibus denique jus emphyteuti- 234
cum constituitur, si de re in emphyteusin dandâ, inter
dominum & emphyteutam convenit: ut nimirum præ-
dium & emphyteuta ad tempus, vel in perpetuum,
ad fruendum acciperet, idque excoleret, & domino quo-
tannis certam pensionem solveret. Atque pactiones istæ,
quantumvis contra naturam contractûs interpositæ, fir-
mæ, illibatæque perpetua stabilitate modis omnibus cu-
stodiendæ sunt, *l. 1. C. de jure emphyteut. & hoc §. no-*
stro. ibi, & si quidem aliquid pactum fuerit, &c.

Utrùm autem pactio seu conventio de certo precio, 235
ultra pensionem, ab initio hujus contractûs emphyteuti-
ci domino præstando, necessaria sit, non immeritò hoc
loco quæritur? Sunt sanè Interpretes non pauci, qui di-
cunt, de substantia hujus contractûs esse, ut ultra pen-
sionem certa quantitas pro ingressu seu introitu contra-
ctûs, ab emphyteuta domino solvatur, *Jacob. de Aren.*
& Alberic. de Ros. Raphael Fulgos. & Guarnerius de Ca-
stel. in d. l. 1. C. de jure emphyt. Hostiens. in summa de
locato. n. 11. Joan. Baptista Ferret. consil. 81. nu. 3. Dec.
in cap. in præsentia n. 48. de probationib. & alii, quos re-
fert Stephanus Bertrand. cons. 34. incip. principalis diffi-
cultas num. 5. lib. 7. Cæterùm alii, & quidem numero
plures, contrariam amplectuntur sententiam: quòd ni-
mirum in contractu emphyteutico celebrando conven-
tio, de certo precio ab initio domino annumerando, ne-
cessaria non sit. *Cynus, Salicet. Bald. & Jason num. 3. in*
d. l. 1. C. de jur. emphyt. Corasius ibidem in Rubr. nu. 11.
Natta cons. 49. Paris. cons. 77. nu. 13. libr. 3. Alex. cons.
117. viso processu. num. 13. lib. 4. Clarus d. §. emphyteo-
sis quæst. 3. Alvar. Valasc. in tract. de jur. emphyt. quæst.
10. Joannes Orosciius Hispanus ad l. juris gentium 7. ff.
de pactis aliique ab his designati. Et hæc sententia suo
non destituitur fundamento: quia nullis legibus, etiam
accuratè & ex professo de substantia atque naturâ con-
tractûs emphyteutici tractantibus, cautum reperitur;
quòd ad perfectionem sive substantiam hujus contractûs
ab initio certum precium requiratur, *sicut videre est ex* 236
præsenti §. & l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectigal. itemque
d. l. 1. & 2. C. de jure emphyt. Non debemus, autem
plus ad formam seu substantiam alicujus actûs exigere,
quàm lex ipsa exigit, *arg. l. illam meritò 19. vers. super-*
stitibus quidem C. de collationib. & Novell. 18. cap. 15.
Præterea vana & insipida veterum fuisset dubitatio, an
contractus emphyteuticus locationi & conductioni ad-
scribendus esset, si is contractus ad sui perfectionem,
certum ab initio precium requireret: quoniam omnibus,
etiam tyronibus, notum est; quòd locatio ad sui substan-
tiam seu perfectionem, ab initio certum precium præ-
standum non requirat.

Nec obstat huic decisioni nostræ, quòd emptio-vendi-
tio & contractus emphyteuticus magnâ inter se familia-
ritate ac similitudine conjuncti sint, *per hunc §. nostrum.*
Nulla verò emptio sine precio consistat, §. *precium autem* 237
s. tit. proximo l. 2. §. 1. l. cùm in venditione 36. l. nuda 55.
& l. pacta conventa 72. ff. de contrab. empt. Nam non in
omnibus contractus emphyteuticus & venditio inter se
conveniunt: alioqui non similes contractus, sed iidem
penitùs essent, *contra d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Con- 238
venit autem emptioni & venditioni cum contractu em-
phyteutico potissimùm in eo: quemadmodum per em-
ptionem & venditionem dominium in emptorem trans-
fertur, venditore domino existente, *l. ex empto 11. §. &*
in primis 2. ff. de actionib. empt. adeò, ut non valeat con-
traria conventio de dominio non transferendo, *l. cùm ma-*
nu fata 80. §. ult. ff. de contrab. empt. ita & per contra-
ctum emphyteuticum jus aliquod dominio simile (quod
dominium utile vulgò indigitant) in emphyteutam trans-
fertur, *d. l. 1. ubi Dd. ff. si ager vectigalis, &c. & jam osten-*
sum suprà. n. 11. & seqq. ubi inter emptionem & hunc con-
tractum aliquot exposuimus differentias.

Non

239 Non etiam resistit textus *in l. fin. vers. penult. C. de jur. emphyt.* ubi dum traditur, quinquagesimam partem precii ab emptore fundi emphyteutici, pro impetrandâ investiturâ, domino præstandam esse: ex eo necessariò sequi videtur, certum precium ab initio & in ipso limine contractûs emphyteutici, ab emphyteuta ipsi domino esse exponendum: cùm quinquagesima precii pars pro investiturâ obtinendâ in considerationem venire nequeat, nisi precium in ipso contractu certum fuerit constitutum. Quomodo enim pars precii esse potest, si nullum precium constitutum est? Textus, *inquam*, ille non resistit. Justinianus namque in eo non loquitur de precio, ab initio hujus contractûs domino fundi numerando: sed de quinquagesimâ parte precii illius, quod emphyteutæ venditori, pro fundo emphyteutico vendito, ab emptore ex conventione præstandum est. Cujus precii, à contrahentibus in conventionem deducti, quinquagesima pars ab emptore, sive emphyteuta novo, pro inductione in possessionem, & signo novæ acquisitionis (*quam investituram vocant*) domino præstari debet. Neque verò illius quinquagesimæ partis præstatio ad substantiam hujus contractus referri potest: cùm is, etiam antequàm ea præstetur, indubitatè subsistat.

240 Pariter non refragatur textus *in Auth. qui res. C. de SS. Eccles.* ubi ratione contractûs emphyteutici aliquid datum fuisse, certum est. *Nam* etsi ex eo apparet, posse fundum non gratuitò, sed aliquo accepto, in emphyteusin dari: haud tamen propterea consequens est, de substantiâ contractûs emphyteutici esse, ut aliter: nisi precio à principio soluto, iniri non possit.

241 Sic quoque nihil obest *l. privatæ* 10. *ibi, præter primum delegationis canonem C. de excusationib. mun.* ubi etiam in ipso limine contractûs quippiam datum fuisse videtur. *Quandoquidem* lex ista accipienda est de annuo canone, in recognitionem directi dominii præstando: non verò de precio, à principio contractûs emphyteutici per emphyteutam domino numerando. Quòd si verò pro introitu quid numeretur: id ex consuetudine potiùs, aut pacto, quàm ex naturâ contractûs fieri, notat Baldus *in d. l. 1. n. 3. C. de jur. emphyteut.* Si tamen quantitas soluta pro ingressu valorem pensionis excedat: venditionis potius, quàm emphyteuseos contractum censeri, tradit Valascus *d. quæstion.* 10. *n.*7. cumque novissimè sequens Nicol. Eggebrecht. *in synopsi juris emphyteut. conclus.* 42.

242 Etsi autem conventio de precio certo, ab initio hujus contractûs domino solvendo, necessaria non est, *ut modo explicatum*: plerisque omnibus tamen in confesso est, de substantiâ ejusdem contractûs esse, ut de canone seu pensione, in recognitionem dominii ab emphyteuta quotannis exsolvenda, conventio celebretur; *quemadmodum supra circa definitionem nu.* 40. 82. 104. *& seqq. docuimus.* Cum igitur pars substantiæ sit, de pensione conventio: inde sequitur, contrahentes pacisci non posse, ne domino pensionem emphyteuta solvere teneatur, *l. 1. in princip. ibi hac lege. ut tam diu pro his vectigal. solvatur. ff. si ag. vectigalis, &c. & hoc §. nostro ibi, ut quamdiu pensio, &c. Coras. in l. 2. num. 4. vers. unde nec in specie & ibid.*

243 *Ferrarius in principio. C. de jure emphyt.* Pacta siquidem contra substantiam contractûs inita, ipso jure nulla & inutilia putantur, *arg. l. cùm precariò 12. in princ. ff. de precario & l. si donationis 3. C. de contrah. empt. & vend.*

244 *Sichard. ad l. 2. nu.* 14. *C. de jur. emphyt.* Sanè ex postfacto pensionis remissionem à domino fieri posse, emphyteusi nihilominus durante, probabilius est, *argumento l. cùm satis* 23. *C. de agricol. & censit. §. item precium* 2. *supr. de empt. & vendit. junctâ l. precii* 9. *de rescind. vendit. Eggebrecht. d. synopſ. conclus.* 47. Non possum hîc silentio præterire insignem errorem Joannis Ulrici Wolffii, à *Todten-Wardt*, &c. aliquot ante annos hac in Academiâ summis juridicæ laureæ honoribus à me condecorati. Is *in suo prodromo responsor. & consilior. jur. consil.* 1. *numero* 311. ita scribit: *Quartò faciat, quòd pensionis præstatio de substantiâ & formâ emphyteuseos non sit, quidquid etiam statuat Joannes Harpprecht. &c.* Equidem, mi Wolffi, non sum ex eorum numero, qui nefas esse arbitrantur, si juvenis contra senem, aut discipulus contra Præceptorem statuat; sed tamen hoc exigo, ut dissensio illa modesta sit, & veris ex fundamentis extructa. Neutrum à te factum videtur. Non prius: quia verba illa (*quidquid etiam statuat Joan. Harpprecht.*) quid aliud, quàm inflatum & tumentem animum præ se ferunt? Verùm hoc tantoperè non curo. Et posset utique condonari aliquid fervori tuo; si modo posterius rectè se haberet: & rationes illæ, quibus me oppugnatum ire satagis, non tam prodigiosè & intolerabiliter ineptæ falsæque essent: ut mox videbis & fateberis. Primò igitur in eo hallucinaris: quòd putas, me statuere, ipsam pensionis præstationem de substantiâ & formâ emphyteuseos esse: cùm tamen apertè hîc scripserim *sub num.* 232. (*in primâ editione num.* 223.) de substantiâ hujus contractûs esse, ut de canone seu pensione, in recognitionem dominii ab emphyteuta quotannis exsolvendâ, conventio celebretur, &c. Et quanquam supra *num.* 40. (*in priori edit. num.* 36.) dixi; de substantiâ emphyteuseos esse consensum, rem immobilem, & pensionem annuam domino præstandam: attamen illa verba ideo saltem addita sunt; ut declaretur, qualis debeat esse ille consensus, qui emphyteusin efficit; nempe quòd debeat interponi de re immobili fruendâ, pro pensione annuâ, domino in recognitionem dominii præstanda: neutiquam verò, quòd putem, ipsam pensionis præstationem de substantiâ emphyteuseos esse: cùm certum sit, eam ad effectum emphyteuseos jam constitutæ pertinere; nullatenus verò ad formam & substantiam emphyteuseos constituendæ requiri. Quò respexi quoque in definitione emphyteuseos *supra n.* 4. asserens: emphyteusin esse contractum, *solo consensu* constantem, &c. Nam emphyteusis est contractus ex consensu. At contractum ex consensu ad sui substantiam præter consensum nihil aliud desiderare, tyronibus juris notum est, *ex toto tit. supr. de oblig ationibus ex consensu.* Sic, *verbi gratiâ*, de formâ & substantiâ emptionis-venditionis est solus consensus, de re certo precio habenda, non ipsa rei traditio & precii numeratio, *§. cum autem emptio.* 3. *supr. de empt. & vendit.* Ita quoque in locatione-conductione, ut substantiam capiat obligatio, nihil aliud requiritur, quàm consensus de re certâ mercede faciendâ vel utendâ; non ipsa mercedis, vel facti, vel usus præstatio, *in princip. supra hoc tit.* Nec quenquam hîc turbet, quòd ibidem *nu.* 12. à me dictum est: tria ad hujus contractûs substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur. Etenim solo quidem consensu initur hic contractus; sicuti apparet ex definitione, *in d. princ. num.* 3. positâ; ibi, *solo consensu initur*: attamen hic consensus duo alia includit, nempe mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur: non quidem, quòd ante præstitam mercedem, vel ante factum, quod locatum est, implementum, vel ante præstationem usus rei locatæ, hic contractus non subsistat (etenim ut ad horum quid agi possit, præcedere oportet locationem-conductionem) sed tantum, quòd consensus de his interponi debeat: nec perfecta dici possit locatio-conductio: nisi de re, certâ mercede, utenda vel faciendâ, conventio celebrata fuerit. Eodem igitur modo de substantiâ & formâ emphyteuseos est solus consensus de prædio perpetuò fruendo, sub annuo canone, in recognitionem directi dominii præstando. Hac ratione corruunt ultrò omnia argumenta Wolffii, quibus id solummodò evincere conatur, præstationem canonis de substantiâ & formâ emphyteuseos non esse. Veruntamen si penitiùs inspexerimus ipsius argumenta: manifestissimum evadet, quòd ne hoc quidem efficere valeant. Nam primò inquit: Emphyteusis pro uno nummo fieri potest, & in re minimâ consistere. Ergo pensionis præstatio non est de substantiâ emphyteuseos. Sed vanitatem argumenti quis non videt & ridet? Quomodo enim sequitur: canon emphyteuticus etiam in re minimâ consistere potest. Ergo nullus omnino canon requiritur? Plus nempe est in conclusione, quàm in præmissis: quæ id duntaxat efficiunt, magni canonis præstationem non requiri ad emphyteusin: sed sufficere etiam modicam pen-

pensionem: cùm per ejus præstationem æque,ac per magnæ pensionis solutionem, dominium recognosci: adeoque finis, ob quem exigitur pensio, perinde haberi queat, *per dicta ad num.247.infra hoc §.* At nullam omninò requiri pensionem, hinc nemo rectè intulerit. Deinde, prioris argumenti debilitatem proculdubio ipsemet antagonista animadvertit: proindeque pergit, & ait:imò plane sine interventu pensionis(emphyteusis) valere potest, *§. quia verò Leonis. Auth.de non alienand. aut permutand. reb.Eccles. sic.hoc est, Novell.7.cap.3.§.1.* Hîc verò, mi Wolffi, moneo atque hortor te amanter: ut posthac in allegandis textibus,quos nondum bene intelligis.parcior sis & cautior. Etenim *in illa Nov.7.c.3. §. quia vero Leonis.1.vers.si verò alicujus. &c.* quam pro adstruendo tuo paradoxo adduxisti, plurimum invenio, quod meæ sententiæ patrocinetur: quod obstet,nihil. Verba ita habent: *Si verò alicujus Ecclesiastici prædii suburbani emphyteusis detur: qualia plurima maximè in hoc novimus felicissimâ consistere Civitate, multo quidem digna precio, parvas verò reddentia pensiones, aut nihil pensionum omnino: non ex reditibus metiri emphyteusim, sed æstimari suburbanum subtiliter,& reputari ex precio collecto reditus possibiles in viginti annis computari: & in reditibus ex hoc computatis agi emphyteusim; non perpetuo, sed in eum, qui percipit, & duas ex eo successiones, & viro & uxori, sicut prædiximus, faciendam.* Wolffius itaque, ut apparet, in errorem seductus fuit ob illa verba: *nihil pensionum omnino.* Quasi hic esset sensus: Imperatorem multa novisse prædia Ecclesiastica suburbana, in emphyteusin data, ex quibus nulla pensio ab emphyteuta præstetur. Quid verò, mi Wolffi, potuisses dicere inscitius? Non enim loquitur Imperator de prædio Ecclesiastico suburbano, quod jam datum sit in emphyteusin: sed ostendit, qualis pensio, & quomodo sit constituenda, si tale prædium in emphyteusin detur: ut ipsa verba planissimè evincunt. Ideoque nec vocabulum (*pensionum*) de emphyteuticâ pensione exaudiri potest. Quod ipsum etiam ex vocabulo (*reddentia*) magis perspicuum fit. Haud etenim ipsa prædia emphyteutica pensionem seu canonem emphyteuticum præstant, sed emphyteuta. Ex quo vel solo errorem tuum videre potuisses: nisi à temerariâ contra Promotorem insurgendi libidine occæcatus, prorsus cæcutisses. Verùm agè, mi Wolffi, tute in me fuisti temerarius: ego in te ero beneficus: malumque bono pensabo: & verum intellectum tibi dabo illius textûs, quem tu non bene intellectum malè allegâsti. Hoc igitur vult Imperator: Si prædium aliquod Ecclesiasticum, pretiosissimum quidem, sed tamen vilissimum, aut nullum omnino habens reditum, in emphyteusim detur: tunc canonem emphyteuticum non esse metiendum ex quantitate reditûs (alioquin etiam canon vilis foret, cum detrimento Ecclesiæ) sed prædium illud æstimandum esse, & vicesimam partem precii, canonis nomine constituendam, & quotannis ab emphyteuta præstandam. *Verbi gratiâ:* Si prædium Ecclesiasticum suburbanum sit M. tunc canon constituendus erit L. ita ut canon cumulatus in spatium 20. annorum, ascendat ad veram prædii illius æstimationem & valorem. Huncque verissimum intellectum colligere possumus ex Juliano Patritio & Antecessore Urbis Constantinopolitanæ, integerrimo Novellarum Justinianearum Interprete. Eundemque intellectum haud obscurè probant Guilielmus Rodeanus *in suo tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 19. n. 3.* Speculator *in tit. de emphyteusi.n. 14. & seq.* Corneus *consil. 265. part. 1. & consil. 201. & 285. part. 3.* nec non ipse Accursius *in d. Novell.7.cap.3.§.1. ad verb. computari.* eumque communiter Interpretes sequuntur, ut mirum sit, Matthiam Colerum, aliàs Jureconsultum non incelebrem, quem refert & sequitur incautè Wolffius, hac in re errasse, *consil. 5. num. 33.* Et hæc de illâ Novella, in quâ anchoram suam posuit Wolffius. Adducit tandem idem Wolffius pro stabiliendo errore suo quædam alia; sed leviora & puerilia: adeòque sibilis,quàm refutatione,digniora, Si [inquit] *pensionis præstatio de substantiâ emphyteuseos non est: sequitur,quòd si præstatur, eo ipso emphyteusis non possit induci. Aliàs enim necessariò inferretur: Pensio præstatur. Ergo est emphyteusis: & contrà: Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis. Sed hoc juri communi, præsertim verò allegato §. quia verò, tam est adversum, quàm quod adversissimum.* Pessimè argumentaris, mi Wolffi:teque, ut in juridicis,ita quoque in Logicis ridiculum præbes. Etenim si maximè statuamus: pensionis præstationem esse de substantiâ emphyteuseos: tamen non sequitur; nec rectè, multò minus necessariò infertur: Pensio præstatur. Ergò est emphyteusis. Contrà verò optimè colligitur, & necessario sequitur: Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis: utcunque tu id ex falso præsupposito & sinistro intellectu *dict. Novell.7.cap.3.* juri communi adversissimum esse putes. In re admodum facili, utar exemplo non difficili. Notum est; ad substantiam hominis requiri, animal & rationale. Nec tamen necessariò infertur: Rationalis est. Ergo homo est. Nam potest esse Angelus. Nec etiam sequitur: Animal est. Ergo homo est. Namque potest esse leo aut lupus. Contra verò optimè concluditur: Non est rationalis. Ergo non est homo. Item non est animal. Ergo non est homo. Cur ita? Nempe quia à positione unius partis substantialis, non rectè argumentamur ad positionem totius substantiæ: contra verò à remotione unius partis substantialis, necessariò infertur ad remotionem substantiæ. Verum hæc Baccalaureis nata sunt. Eodem ergo modo positâ pensionis præstatione, non ponitur emphyteusis: at remotâ pensionis præstatione, removetur etiam emphyteusis. Nam est quidem pensionis præstatio de substantia emphyteuseos: at non sola; cùm etiam requiratur, ut conventio celebretur de prædio fruendo, itemque de pensione in recognitionem directi dominii præstanda. Refutatis itaque omnibus argumentis Wolffii: verum relinquitur, præstationem pensionis, seu (ut apertius mentem meam explicem) conventionem de præstanda pensione esse de forma & substantia emphyteuseos: *quicquid etiam statuat Doct.Wolffius, contra Jurisconsult. Hunc prechtum.*

Et quid verò pensio sive canon iste, ab emphyteuta 245
quotannis præstandus, in nummo uno, vel re alia quavis minima constitui possit, scrupulo non caret? Et posse,rectè à plerisq; affirmatur. Nam in emptione quoque pre- 246
cium,& in locatione (cum quibus contractibus emphyteusis maximam habet familiaritatem, *per hunc §. n.*) merces uno nummo constitui potest: dummodo id non donandi, sed vendendi & locandi animo fiat. *l. si quis donationis.38.ff.de contrah.empt.& arg. l. si quis conduxerit. 46.ff. locati.* ubi Ulpianus respondit, conductionem uno nummo factam, ipso jure nullam esse, eâ subjecta ratione: quia hoc donationis instar inducit. Si ergo ex conductione, nummo uno facta, non elucescit mera donatio: sed constat,hanc exiguam mercedem conductionis causa à contrahentibus fuisse appositam: conductionem valere dicendum est. Idem erit judicium, si de precio minimo in emptione & venditione contrahentes, non animo donandi, inter se convenerint. Quid enim, si quis rem uno saltem nummo dignam tanti vendiderit: Nemo profectò sanus hanc venditionem, donationis causa contractam, adeoque inutilem fuisse dixerit. Proinde & canon emphyteuticus ex placito partium uno definiri nummo poterit. Idque ex eo apparet luculentius: quod 247
canon ex origine proprioque fine hujus contractûs, quatenus domini utilitatem respicit, ad dominium solummodo recognoscendum requiritur, *ut monitum suprà n.113.* Sed dominium per unius nummi, reive levissimæ præstationem æquè, ac per solutionem rei magnæ recognosci posse, in propatulo est. Atque ita sentiunt *Bald. in Rubr. C. de jur. emphyt. Jason in l. 1. n.4. C. eod. Connan. lib. 6. Commentar. c. 12. n.6. vers. similiter conductiones, &c. Mynsing. resp. 66. n.6. & resp.78. num. 11. Valascus in tract. de jur. emphyt. quæst. 1. n.11. 19. vers. tu adverte, &c. Knipschildt d. exercitat. Acad. 9. quæst. 6. pag. 329. & seq.* Quanquam contrarium, ut verius, placeat *D. Bocero class. 2. Disputat. 14. thes. 22. edit. 3.*

Nec nostram turbat sententiam *l. si quis ante 10.§.fin.ff. de acquir. vel amitt.poss.l.sicut 20.§.1.& d.l. si quis condux.* 248
46. ff.

26. ff. locati & d. l. si quis damnationis 38. versic. totiens
enim dicimus , &c. ff. de contrah. empt. ex quibus locis
evincitur, quod conductio sive emptio, quæ celebratur
uno nummo , minimè valeat. *Illæ* namque leges eo de
casu intelligendæ sunt, quo manifestum est; mercedem
vel precium vilissimum, nimisque exiguum , non qui-
dem vendendi vel locandi , sed mero donandi animo
inter contrahentes constitutum fuisse. Hoc sanè casu
venditionem vel locationem non esse contractam.palam
est, *ut etiam expositum est in §. 1. supr. hoc tit. nu. 9.* Ast
in contractu emphyteutico canon, quantumvis exiguus,
nunquam donationis causa, sed ob id semper constitutus
esse censetur, ut per præstationem illius directum (quod
ajunt) dominium recognoscatur. Ex quo fit, ut contra-
ctus ille semper subsistat , etiamsi de vilissimi canonis
præstatione in eo actum fuerit.
249 Unde contractus emphyteuticus ita perfici posse vide-
tur ; si inter partes conveniat, ut canonis sive pensionis
nomine tantum emphyteuta præstet , quantum justum
fuerit. Canon siquidem (*ut & ante dictum*) hoc in con-
tractu ratione ejus originis & finis , duntaxat ad recog-
nitionem domini directi desideratur. Jam verò si con-
ventum sit, ut emphyteuta pensionis nomine solvat tan-
tum, quantum ipsi placuerit , vel justum fuerit : unius
solutione nummi recognitionem dominii æquè præstat,
ac si certam aliquam magnam pensionem solvat : ut ni-
hil prorsus substantiæ hujus contractus ex modicitate
250 seu parvitate canonis decedat. Et quamvis in venditio-
ne certum ac determinatum exigatur precium, *§. sed &*
certum sup. de empt. & vendit. l. ult. C. de contrah. empt.
latè, post alios, Fachinæus lib. 2. controvers. jur. c. 1. a-
liud tamen in contractu emphyteutico obtinet : propte-
rea quòd venditio rei æstimandæ causa celebratur. Nul-
la autem est æstimatio rei, cujus precium non est defini-
tum. Cæterum in emphyteusi , ex proprio ejus fine,
quatenus utilitatem domini concernit , hoc agitur : ut
per solutionem canonis directum dominium recognos-
catur : quæ quidem recognitio etiam vilissimi canonis
præstatione expeditur, *ut sæpius jam inculcatum.*
251 Porrò si exculti ac fertiles agri , non solùm pro reco-
gnitione directi dominii, in emphyteusin dentur : sed
etiam , ut fructuum contemplatione pensio solvatur, ut
hodie plerunque fieri assolet : hoc casu canonem non
minus certum esse debere dicimus, quàm in locatione
pensionem sive mercedem , & in emptione precium ,
propter eandem juris rationem. Ideoque tunc sicut in
locatione mercedis,& in emptione precii definitio in cer-
tæ personæ arbitrium confertur, *l. si merces 25. ff. locati*
l. ult. C. de contrah. empt. ita quoque hoc casu canon si-
ve pensio in certi hominis arbitrium conferri poterit.
Quicquid enim in emptione & locatione constitutum est:
etiam ad hunc ferè contractum emphyteuticum perti-
net , canone fructuum contemplatione constituto. *Fa-*
ciunt huc not. Valasci , d. tract. de jur. emphyt. q. 11. n.
10. cum seqq. & Sichardi ad l. 1. n. 28. c. de jur. emphyt.
& Gail. lib. 2. obs. 23. n. 24. & seq.
252 Constituta & acquisita ritè emphyteusi , videndum est:
quod commodum emphyteuta ex jure constituto perci-
piat : quod item onus vicissim pro eo præstet & subeat.
Imprimis autem emphyteutæ competit facultas haben-
dæ & possidendæ rei emphyteuticæ. Ita enim hæc res
illi tradita est, ut eam habere & possidere liceat , *hoc §.*
nostro vers. ut ecce de prædiis , &c. l. 1. ff. si ager vectig.
253 *&c.* Et quamvis prædii emphyteutici dominus non sit ,
d. l. 1. §. 1. ff. in d. tit. tamen quasi dominus, & jure no-
stro simpliciter fundi dominus (licèt minus propriè)
appellitatur, *l. possessores 12. in fine. C. de fund. patrimo-*
nial. & similib. allegatis in princip. tit. supr. de rer. divis.
n. 44. ubi ea de re nos latius. Unde ei res emphyteutica,
ne quidem ab ipso domino auferri potest, quamdiu pen-
sionem sive canonem debitum exsolvit, *hoc §. & d. l. 1.*
in princip. ff. si ager vectigalis, &c.
254 Quæri hic potest : an emphyteuta verè & civiliter, an
verò tantum naturaliter prædium emphyteuticarium
possideat? Et communis Dd. resolutio est : dominum
directum civiliter, emphyteutam autem, ut & vasallum
(cùm uterque sciat, dominium rei emphyteuticæ & feu-
disticæ suum non esse) naturaliter tantum possidere. Ita
tenent Bartolus, *Alexand. Jason & alii in l. possideri 3. §.*
ex contrario & in l. naturaliter 12. in princ. ff. de acquir.
vel amitt. possess. Menoch. de retinenda possess. remed. 3. n.
82. 83. & 85. & idem de recuper. poss. remed. 1. n. 68. Ful-
gos. consil. 1. nu. 3. pluresque alii , quos refert & tan-
dem post longam disputationem probat Valascus *in*
tract. de jure emphyt. qu. 18. n. 1. & 6. sub finem. Confer
Dn. Andream Dinnerum *in explicat. tit. ff. si ager vectig.*
&c. qu. 5. cumque laudantem Nicolaum Eggel recht. *d.*
synopsi juris emphyteutici , concl. 116. & seq. Cæterùm 255
possessio naturalis perhibetur, quando quis rem possidet
justè vel injustè corpore & animo ; sed non animo, opi-
nione , cogitatione domini , sive non jure dominii. Ci- 256
vilis possessio dicitur , quando quis rem ex justa causa
possidet corpore & animo, opinione, aut cogitatione do-
mini ; sive , quod idem est , quando quis rem possidet
jure dominii. Hocque jus dominii , quod quis cogitat
in re possessa , civilem possessionem facit. Nam qui alio
quodam , quàm dominii jure rem detinet , civiliter non
possidet. Argumento & exemplo sit creditor, qui rem 257
pignori accepit. Hic jure quidem rem detinet : at non
jure dominii, sed jure pignoris, *l. quæcunque 13. §. 1. ff.*
de Publ. in rem act. Scit enim, rem, quam pignori acce-
pit, non suam , sed debitoris sui esse : idcirco civiliter
non possidet, sed naturaliter , *l. in hac actione 3. §. fin. ff.*
ad exhibend. l. cum & fortis 35. §. ult. & l. debit. 40. §.
fin. pignorat. act. Sic & is, qui precario rem rogavit, ju- 258
re rem detinet : verùm non jure dominii, sed jure pre-
carii, *d. l. quæcunque 13. §. 1. ff. de Public. in rem act.*
Haud siquidem & ipse ignorat ; rem , quam precario
accepit, suam non esse, sed ejus à quo precario accepit:
& ideo civiliter non possidet , sed naturaliter *l. in rebus*
4. §. 1. & §. ultim. d. & habet 15. §. eum , qui 4. ff. de
precario. Quod planius & explicatius prosequitur Jo-
hannes Borcholt. *in Commentar. de acquirend. vel amitt.*
possess. cap. 2. nu. 12. & 13.
Deinde competit emphyteutæ jus utendi fruendi re, in 259
emphyteusin concessa , *hoc §. nostro ibi , quibusdam*
fruenda traduntur , d. l. 1. §. 1. ibi , fundum fruendum
conduxerunt ff. si ager vectigal. juxta legem conventio-
nis : quoniam contractus ex conventione legem acci- 260
piunt, *l. 1. §. si convenit 6. ff. de posit. l. contractus 23. ibi,*
legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur. nihilque tam
congruum est fidei humanæ , quàm ea , quæ inter ali-
quos placuerunt, servare, *l. 1. in princip. ff. de pact. & l.*
1. in pr. ff. de constit. pecun. Quod si igitur in fundo em- 261
phyteutico inveniantur fodinæ sive secturæ auri , ar-
genti,plumbi,ferri,arenæ, lapidis, calcis, cretæ, sulphu-
ris, picis, &c. iis emphyteuta, ut bonus paterfamilias, uti
frui poterit, *l. item si fundi 9. §. sed si lapidicinas 2. & §.*
seq. l. si cujus 13. §. inde est quæsitum 5. ff. de usufr. Ejus- 262
modi enim lapidicinæ , argenti & aurifodinæ fructus
prædiorum censentur: si modò lapides & metalla, hisque
similia, post separationem à solo factam, renascantur: *uti*
arguit diserte textus in l. fructus 7. §. si vir. 13. & §. seq. ff.
solut. matrim. & l. ult. in fine principii ff. de fundo dotali.
Hinc meritò dubitatur: an etiam illæ res, quæ erutæ 263
& separatæ à solo , non renascuntur , emphyteutæ ce-
dant? Et affirmantem ego sententiam probabiliorem esse
judico, *idque per textum in d. l. fructus 7. (in quibusd. ex-*
emplar. est l. divort.) §. si vir. 13. ff. soluto matrim. Si
vir , inquit ibi Papinianus , *in fundo mulieris dotali lapi-*
dicinas marmoreas invenerit , & fundum fructuosiorem fe-
ceris : marmor, quod cæsum, neque exportatum, est mariti:
& impensa non est ei præstanda: quia nec in fructu est mar-
mor; nisi tale sit, ut lapis ibi renascatur. Hic Papinianus, 264
fundo per lapidicinæ inventionem fructuosiore facto ,
denegat marito impensam. Ex quo apertissimè cognos-
citur, quod etiam in casu, quo lapis non renascitur, mari-
tus lapidibus excisis frui debeat. Alias enim textus non
diceret, quod hoc casu non essent marito impensæ præ-
standæ. Injustissimum namque esset; maritum, qui ex in-
ventione lapidicinæ fundum reddidit fructuosiorem, la-
piduncæsorum commodo privare, ipsumque simul pen-

ſarum ſolutione gravare. Ideoque non malè totum iſ-
tum §. Paulus de Caſtro, Raphael Fulgoſius & Duare-
nus genericè procedere ſcribunt: non ſolum quando ma-
ritus reddit fundum dotalem utiliorem ex inventione la-
pidis, qui exciſus renaſci ſolet: ſed etiam quando renaſci
non ſolet, verùm alia ex cauſa fundus utilior & fructuo-
ſior redditur: veluti ſi propter lapides in eo exiſtentes
antea inutilis erat, coſique aut ſeminari non poterat: la-
pidibus autem exciſis factus fuit ad colendum ac ſemi-
nandum utilis. Nec movet, quòd textus *in d. §. ſi vir.
circa finem*, innuere videtur, lapides non renaſcentes in
fructu non eſſe. Nam etſi propriè ac ſtrictè loquendo,
lapides, metalla, & ſimilia, quæ non renaſcuntur, in fru-
ctu non ſunt: tamen loco fructuum, obventionum, atq;
commoditatum habentur: ut proinde ejuſcemodi lapides
& metalla ad eum, qui jus fruendi habet, jure ſpectent:
quamvis propriè loquendo fructus non ſint, *l. uſufruct.
legato 7. & d. l. item ſi fundi 6. ff de uſufructu, Ludovicus
de Molina lib. 1. de Hiſpanor. primogeniis cap. 23. n. 9.*
265 Nihil etiam adverſatur *d. l. fin. ff. de fundo dotali.* ubi
Javolenus reſpondit: fundum non reddi deteriorem, ſi
tales lapidicinæ ſint inventæ, in quibus lapis creſcere
poſſit. Licèt enim ibi hoc dicatur; non tamen ex eo col-
ligendum eſt, aperta lapidicina, & cæſo lapide fundum
ſemper deteriorem reddi, niſi lapis renaſcatur. Hoc nam-
que planè falſum eſſe, quotidiana experientia teſtatur;
& omnibus non tantum Jureconſultis, ſed etiam ruſticis
notum eſſe poteſt, *ut rectè tradit Duarenus ad d. l. fruct.
7. §. ſi vir. ff. ſoluto matrim.*
266 Similiter non obſtat *l. ſi ex lapidicinis 32. ff. de jure
dotium*, ubi lapides ex lapidicinis, in fundo dotali inven-
tis, à marito exciſi, ſi non renaſcuntur, nec in fructu ſunt,
non cedunt marito, ſed dotem augent. Etenim maritus
in ſpecie iſtius legis aperiendo lapidicinam, fundum
procul dubio non fructuoſiorem, ſed deteriorem fecit:
quæ cauſa eſt, ut lapides ſeparatos à ſolo ſuos non fa-
ciat, *arg. dictæ l. fructus 7. §. ſi vir. 13. ff. ſolut. matrim.*
267 Denique non refragatur textus *in tit. 56. quæ ſint rega-
lia lib. 2. feudor.* ubi argentariæ, id eſt, argentifodinæ
(idem generaliter etiam de auri, & cujuſvis alterius
precioſi metalli fodinis exaudiendum eſt) regalibus ſim-
pliciter connumerantur, & conſequenter ad emphyteu-
tam, vel quemcunq; alium privatum ſpectare nullo mo-
do (ſive metalla renaſcantur, ſive non renaſcantur)
poſſunt. Quandoquidem eo in tit. exemplum iſtud de
argentariis ſeu argentifodinis nequaquam accipiendum
aut interpretandum eſt de proprietate argentifodinarum,
quæ ad ipſos privatos, tanquam fructus prædiorum,
pertinent, *d. l. fructus 7. §. ſi vir 13. & §. ſeq. ff. ſolut. ma-
trim. l. 3. in fin. ff. de rebus eor. qui ſub tutel. vel cura ſunt
d. l. item ſi 9 §. ſed ſi lapidicinas 2. & §. ſeq. ff. de uſufr.* ſed
de tributo & vectigali quodam, quod ipſi privati ex ar-
gentifodinis, quas ſuis in prædiis habent, fiſco Impera-
toris præſtare tenentur. *per textum in l. inter publica 17.
§. ultim. ff. de verb. ſignif. l. 2. & 3. C. de metallariis & me-
tallis & l. ſi quis 11. C. de vectigalibus.* Sic ſentiunt *Boſſius
in tit. de metall. & argentifod. n. 3. Petr. Gregor. in Syn-
tag. jur. lib. 3. c. 3. n. 1. Afflict. deciſ. 32. n. 5. & 14. Hen-
ning. Gœd. conſil. 2. & 3. Schneidewin. in §. conſtituitur n.
6. ſupr. de uſufruct. Ferrar. de feud. libr. 5. cap. 7. Myn-
ſinger. reſponſ. 39. nu. 10. & ſeq. Roſenthal. in ſynopſi to-
tius jur. feud. cap. 5. concluſ. 86. aliique, quos recenſet &
ſequitur D. Collega Bocer. in tractat. de regalib. c. 3. nu.
166. p. 357.* Nec huic interpretationi quicquam retra-
hit, quod *in d. tit. quæ ſint regal.* ipſæ argentariæ ſimpli-
citer, ſineque ulla diſtinctione regalibus accenſentur.
268 Cùm enim eo loco non ipſa nominatim proprietas ar-
gentariarum, in prædiis privatorum repertarum, regali-
bus adſcribatur: certè novam illam legem trahere jube-
mur ad priores leges, & has ad illam; atque novam hanc
poſteriorem conſtitutionem explicare ex legibus priori-
bus: ut ſcilicet & antiquiores illæ leges ſalvæ maneant,
& nova hæc legiſlatio ſuam quoque vim obtineat, *l.
269 non eſt novum 26 & duab. ll. ſeqq. ff. de legib.* Nam quic-
quid nova lege ſpecialiter ac nominatim expreſſum non
eſt: id veterum legum conſtitutionumque regulis re-
lictum intelligitur, *l. præcipimus 32. §. ult. C. de appel-
lat.* & conſtitutio noviter edita non cenſetur in aliquo
veteri derogare legi, niſi id expreſſe in ea caveatur, *c.
1. in fin. de conſtitution. in 6.* Quare cùm quædam le- 270
ges veteres Juſtinianeæ teſtentur, quod argentifodi-
næ in privatorum prædiis inventæ, ut fructus ipſorum
prædiorum naturales (ſiquidem ſua ſponte proveniant
metalla, abſque opera & labore hominum) pertineant
ad dominos prædiorum: quædam etiam leges velint,
quòd reditum ſive vectigal aliquod ipſi prædiorum do-
mini ex argentifodinis ſuis pendere Imperatoris fiſco
cogantur: utique ad has leges priores pertinebit quo-
que lex Friderici Imperatoris, *in d. tit. Quæ ſint rega-
lia per textum in l. ſed & poſteriores 28. ff. de legib. Bo-
cer. in tractat. de regalib. c. 3. nu. 166. pag. 358.* Con-
trariis itaque argumentis refutatis, omnino tenendum
eſt; emphyteutam lapides vel metalla, & ſimilia, ex
fundo emphyteutico effoſſa atque eruta acquirere, ſi-
ve renaſcantur, ſive non renaſcantur. Huicque pro-
nuntiato noviſſimè ſubſcripſit Nicolaus Eggebrecht. *d.
ſynopſi juris emphyteutici concluſ.* 122. Quod tamen 271
temperandum eſt, ut non procedat, ſi ex venæ lapi-
deæ, quæ renaſci non ſolet, inventione fundus non
fructuoſior, ſed deterior effectus ſit. Tunc etenim la-
pides ex eo cæſi emphyteutæ non acquiruntur. Id
namque in marito, cujus in fundo di tali vena lapidea
hujuſmodi inventa eſt, omnes Dd. indifferenter pro-
bant, *per dict. l. fin. ff. de fund. dotal. & d. l. fructus 7.
(alias eſt l. divortio) §. ſi vir. ff. ſolut. matrim.* ut teſtis
eſt Ludov. de Molin. *d. lib. 1. de Hiſpanor. primogen.
c. 23. nu. 10. verſ. ſecunda concluſio, &c.*
De theſauro quæſtio elegans movetur: an ille, in fun- 272
do emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad
dominum proprietatis pertineat? Et illum ad proprieta-
tis dominum pertinere, non ſine luculentis rationibus
ſtatuitur: dummodo inventori, ſive is emphyteuta, ſive
quis alius ſit, pars dimidia relinquatur. I. Quia theſau- 273
rus in loco alieno, non datâ operâ repertus, ex ſemiſſe
domini ſoli eſt, ex altero ſemiſſe inventori cedit. *§. the-
ſauros 39. verſ. at ſi quis in alieno, &c. ſup. de rer. di-
viſ. l. ſi is, qui, 63. in princip. ff. de acquir. rer. dom. l. u-
nic. verſ. ult. C. de theſaur.* Atqui prædii emphyteutici
dominus non eſt emphyteuta: ſed ille, à quo prædium
in emphyteuſin ipſe habet, *leg. 1. §. ult. ff. ſi ager ve-
ctigalis, &c.* Non ergo ad emphyteutam, ſed ad pro-
prietarium pars dimidia theſauri, in ſolo emphyteutico
à tertio quodam inventi, ſpectat. II. Quia theſaurus, 274
quem uſufructuarius, vel tertius aliquis in fundo fru-
ctuario invenit, in fructu non computatur: ac proinde
pro parte dimidiâ lucro domini cedit, ad quem pro-
prietas fundi fructuarii pertinet, *l. fructus 7. §. ſi fundum
12. verſ. non magis ff. ſolut. matrimon.* Cùm igitur em-
phyteuta in prædio emphyteutico uſumfructum ſaltem
habeat, *d. l. 1. §. ult. ibi, fundum fruendum conduxerunt.
ff. ſi ager vectigalis, &c.* certè theſaurus, quem vel
ipſe, vel alius aliquis in ejuſmodi prædio invenit, ex
ſemiſſe domino, ad quem fundi pertinet proprietas, ac-
quiritur. III. Quia actus agentium ultra eorum inten- 275
tionem nihil operatur, *l. non omnis 19. in princip. & ibi
Bartol. ff. de rebus credit. & l. obligationum 3. §. 1. ff. de
oblig. & act. Covarruv. lib. 1. variar. reſolut. c. 2. n. 2.* Sed
inter emphyteutam & dominum concedentem fundum
ſuum in emphyteuſin, id agitur: ut is, qui fundum in
emphyteuſin accipit, eo duntaxat utatur, *d. l. 1. § ult.
ibi, fundum fruendum conduxerunt ff. ſi ager vectigalis,
&c.* Ergo ultra uſumfructum emphyteuta in prædio
emphyteutico nihil habet. Ideoque theſaurus, quem
in prædio iſtiuſmodi invenit, ex ſemiſſe domini eſt; ex
altero ſemiſſe eum ſibi vindicat emphyteuta, non qui-
dem propter emphyteuſin, ſed ob ſolam inventionem:
quippe cùm pars dimidia etiam extranei inventoris lu-
cro cederet. IV. Quia Paulus JC. reſpondit: ante om- 276
nia animadvertendum eſſe, ne conventio in una re fa-
cta, noceat in re alia, *l. Firmus 27. §. pacta, quæ tur-
pem 4. verſ. ante omnia ff. de pactis.* Quapropter cum
inter dominum & emphyteutam conventio facta ſit
in

in prædii usufructu: sanè isthæc conventio domino con-
cedenti, in thesauro invento nocere non debet. Atque
hanc ita defendunt sententiam, *post Placentinum in d. §.
thesauros 39. supr. de rer. divis.* Alvarus Valascus *in tr.
de jur. emphyt. qu. 15. n. 1. vers. sunt tamen aliqui, &c.
D. Bocerus class. 2. Disput. 14. thes. 51. & edit. 2. item in
tr. de regalib. c. 3. num. 181. Eggebrecht. de synopsi juris
emphyteut. conclus. 126.* aliique nonnulli, quos memo-
ravimus, *in d. §. thesauros supr. de rer. divis. num.* 18.
ubi communem Dd. Scholam aliter sentire simul osten-
dimus.

277 Nostram autem decisionem non imminuit *l. possessores
12. in fin. C. de fund. patrimonialib.* ubi emphyteutæ sim-
pliciter domini appellantur. *Tum* quia eo loco emphy-
teuticarii fundorum domini dicuntur, non quòd revera
domini sint effecti, sed quòd pro dominis habeantur, *ut
ibidem sentit Cujacius.* Tum quia illic emphyteutæ im-
propriè & καταχρηστικῶς domini vocantur, *tradente Joan.
Borcholt. in Commentar. de feud. c. 1. num.* 15. Tum quia
locus ille accipiendus est non de omni emphyteuta, sed
de eo, qui fundum patrimonialem, id est, fiscalem, pri-
mò quidem in emphyteusin accepit, postea autem jure
privato seu proprio cum sibi comparavit, salvo tamen
ipsi fisco annuo canone. Quòd verò fundi patrimonia-
les, ex jussu Principis, fieri alicujus possint, canone sal-
vo, arguit etiam *l. servus 39. §. ult. ff. de legat. 1. l. qui
fundos 9. C. de omni agro deserto l. universis 9. & l. fun-
dos 10. C. de fiscalis patrimonialib.*

278 Nihil item decerpit nostro pronunciato, quòd emphy-
teutæ plenius tributum est jus in fundo emphyteutico,
quàm usufructuario in solo fructuario: cùm emphyteu-
sis regulariter ad heredes transeat, *hoc §. nostro l. 1. ff.
si ager vectigal. & similib. s. num. 92. adductis*: ususfru-
ctus autem morte fructuarii extinguatur, *§. finitur. s. de
usufruct. l. 3. §. ult. ff. quib. mod. ususfruct. amitt. l. cor-*
279 *ruptionem 16. C. de usufruct.* Quamvis enim in qui-
busdam plenius sit jus emphyteutæ, quàm usufructua-
rii: inde tamen necessariò non colligitur, similiter in the-
sauro illi plenius jus competere, quàm huic: tum quia
thesauri jus à jure veri domini pendet, *arg. d. §. thesau-
ros 39. s. de rer. divis. & d. l. fructus 7. §. si fundum 12.
vers. non magis ff. solut. matrimon.* tum quia successio in
emphyteusin est quippiam diversum & separatum à the-
sauro: ut illa concessa, hic similiter concessus dici non
possit, *arg. l. penult. vers. neque enim sicut illud receptum
ff. de reb. credit. l. duobus 25. ff. de testament. tutel. & l. in-
ter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt.*
280 *ff. de verb. obligat.* Quinimò argumenti istius nullum es-
se robur, ex eo etiam liquet: quòd similiter usufructua-
rio in quibusdam jus plenius tributum est, quàm emphy-
teutæ. Hic siquidem jus suum emphyteuticum venden-
di aut alienandi liberam potestatem non habet, *l. 3. C. de
jure emphyteut. & latius explicabitur infra suo loco.* Ille
verò jus suum percipiendi fructus aliis liberè vendere,
locare, aut gratis concedere potest, *§. 1. in fin. s. de usu &
habitat. l. arboribus 12. §. 2. l. non utitur 38. ff. de usu-
fructu l. necessario 8. §. ult. ff. de peric. & commod. rei*
281 *vendit.* Præterea emphyteuta, non item usufructuarius,
domino suo quotannis canonem emphyteuticum præ-
stare cogitur, *hoc §. nost. l. 2. & 3. C. de jur. emphyteut.
& explicatum s. n. 104. & aliquot seqq. Reliqua argumenta,
quæ nostræ traditioni adversari videntur, confutata sunt
tum à nobis, in d. §. thesauros 39. num. 21. & seqq. s. de
rer. divis. tum à D. Bocero d. tract. de regalib. c. 3. num.
182. & seqq.*

282 Illud quoque notatu dignum est: quòd, si in prædio
emphyteutico sit vivarium, in quo feræ capi solent; em-
phyteuta in eodem venari possit: dummodò ferarum nu-
merus, qui fuit eo tempore, quo emphyteusis fuit con-
cessa, per singula genera conservetur. Quod in usufru-
ctuario disertè respondit Triphonius *in l. usufructuarium
62. §. si vivarium 1. ff. de usufructu,* & in eo, qui emit cum
pacto redimendi, probavit Cagnolus *in l. 2. Cod. de pact.
inter empt. & vendit. q. ult.* bidemque referens Tiraquellus
in tract. de retract. convent. §. 3. gl. 1. n. 23. in fine. Si
283 item in fundo emphyteutico sit lacus, stagnum vel pisci-
na, in quibus pisces, ut ibi multiplicentur & crescant,
habeantur: reditus piscationum ad emphyteutam perti-
nere non dubium est, *arg. l. item si fundi 9. §. aucupio-
rum 5. vers. ergo & piscationum ff. de usufruct. & l. quid ta-
men 10. §. sed & si stagni 3. ff. quib. mod. ususfruct. vel usus
amittitur.* Ejusque ratio est perspicua: quia pisces, qui 284
in stagno sunt, ut ibidem multiplicentur & crescant, ad
instar fructuum pendentium pars fundi dicuntur: ideo-
que usufructuarius, emphyteuta, vasallus, & similes, pis-
cando iis frui possunt: ita tamen, ut piscium numerus
subinde per substitutionem conservetur. Tametsi pisces,
custodiæ duntaxat causa in stagno vel piscina repositi,
pars fundi esse non dicantur, sed quid ab ipso fundo,
fructibusque fundi separatum ac diversum, *l. lines & la-
bra 15. in fin. ff. de actionib. empti. ibique Bartol. & Gotho-
fredus.* Siquidem per surrogationem corporum, fructus
stagni perpetui efficiuntur, *l. cum debere 33. ff. de servi-
tutib. præd. urbanor.* Et licèt spacio temporis singula cor- 285
pora mutentur: mediante tamen surrogatione; semper
eadem res dicitur, *l. proponebatur 76. ff. de judiciis l. sic ut
7. §. in decurionibus ff. quod cujuscunque universitatis no-
mine, &c. d. l. quid tamen 10. §. in navis 7. ff. quib. mod. usus-
fruct. vel us. amitt. l. servitutes 20. §. si sublatum 2. ff. de ser-
vitutib. prædior. urban. l. si grege 22. & l. si ita legatum 65.
§. ult. ff. de legat. 1.* Et hac de re videantur *Guido Papæ de-
cis. 91. n. 4. Chassan. ad consuetud. Burgund. tit. 4. §. 2. gloss.
pen. col. fin. Molinæus ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 8. n.
18. & 19. & seq. Cæpoll. de serv. prædior. rust. c. 42. n. 6. Zas.
in Epitom. jur. feud. part. 4. n. 2. & 3. Hartman. Pistoris lib. 1.
qu. jur. qu. 23. n. 65. & seq. Schrader. in tr. feud. part. 3. c. 4.
n. 7. & 2. part. 9. part. princ. sect. 4. n. 10. Bocer. class. 2. Disp.
14. th. 53. ed. 2. & d. tr. de reg. c. 3. n. 150.*

Similiter si inter alia bona emphyteutica sit sylva cæ- 286
dua, id est, quæ succisa rursus ex stirpibus vel radicibus
nascitur, *l. sylva cædua 30. in pr. ff. de verb. signif.* emphy-
teutæ ex ea arbores & ligna excidere licet: si modò fru-
giferis & grandibus arboribus parcat, cædendoque con-
suetum usum non excedat, *l. ex sylva 10. & l. seq. l. si cujus
13. §. fructuarius, ibi, & non debet neque arbores frugife-
ras excidere, &c. & l. si à fente 48. ff. de usufruct. l. fru-
ctus 7. §. si fundum 12. ff. solut. matrim.*

Ecquid verò emphyteuta ejusmodi sylvam cædere 287
queat, quæ non brevi, sed longo temporis intervallo suc-
cisa renascitur, non omnium eadem sententia est? Id
equidem negare videtur Arius Pinelus *ad l. 1. part. 2. C.
de bon. mater. n. 59. circa finem, post Paul. à monte Pico,
Arnulphum Ruzeum, & Sigismundum Losfred. ab ipso re-
latos,* per hanc rationem: quòd pullulare & renasci di-
ci non debet, quod annorum multitudinem exigit, *arg.
ante-penult. ff. famil. ercisc.* Verum contrarium magis 288
probatur, *Joan. Garsiæ in tract. de expens. & meliorat. c.
11. n. 35. Alexandro consil. 118. n. 3. & 7. lib. 5. Parisio consil.
111. n. 32. lib. 1. Curtio Seniori cons. 70. n. 8. & Bocero d.
class. 2. Disp. 14. th. 54. ad lit. c.* Tum quia *d. l. sylva 30.
ff. de verb. signif.* sylvam cæduam esse definit, quæ suc-
cisa renascitur, nulla distinctione facta, brevi, an longo
temporis intervallo renascatur. Emphyteutam autem
generaliter ex quavis sylva cædua arbores succidere
posse, constat *ex d. l. ex sylva 10. ff. de usufruct.* Tum 289
quia textus *in d. l. fructus 7. §. si vir. 13. ff. solut. matrim.*
expressè dicit: lapidem quoque in fructu fundi esse, si
cæsus renascatur: quales in Gallia & Asia lapides esse
feruntur. Atqui si tales inveniuntur lapides, qui cæsi 290
renascuntur, proculdubio tardissimè succrescunt. Qua-
re cùm lapides, quantumvis longo temporis intervallo
renascentes, in fructu sint: idem sanè de arboribus cæ-
sis, quamvis longissimo tempore renascentibus, statuen-
dum est. Ex quo clarè satis evincitur; emphyteutam,
ad quem fructus rei emphyteuticæ omnes spectant, ejus-
cemodi arbores succidere posse.

Nec obstat *d. l. antepenult. ff. famil. ercisc.* Quia Ul- 291
pianus in ea, de difficultate maxima; quæ impossibilitati
comparatur, disertè loquitur, *arg. l. nepos Proculo 125.
ff. de verb. signif.* Ast in nostra specie non est tanta rena-
scendi difficultas, in arboribus, ut propterea impossi-
bilis judicari debeat: Adde, quòd terminus ille, ad

Digitized by Google

renaſcendum conſtitutus, planè naturalis eſt: ac propterea ob hoc temporis intervallum, ab ipſa natura præfinitum, dicendum non eſt: renaſcendi facultatem in arboribus difficilem, nedum ferè impoſſibilem eſſe. Rectè ergo concluditur: ſylvam cæduam ab emphyteuta ſuccidi poſſe, etiamſi longo temporis intervallo arbores ſuccisæ renaſcantur. Et de prædictis videantur, quæ annotavi *in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteuſis quæſt.* 41. *n.* 7. *& ſeqq.*

292 Præterea incrementum fundi emphyteutici, quod ei obvenit, ad emphyteutam jure emphyteutico pertinere, palam eſt, *l. item ſi fundi* 9. *§. huic vicinus* 4. *ff. de uſufr.* Nec hic quiſpiam probè diſtinxerit (*ſicut fecit gloſſ. in l.* 1. *ſuper verb. emphyteuticarius C. de jure emphyteut. & alibi.*) inter incrementum latens, ut ſi per alluvionem quid acceſſerit, & inter incrementum patens ſive apparens, ut ſi inſula in flumine juxta fundum emphyteuticum enata fuerit. Omne quippe incrementum, ſive appareat,
293 ſive lateat, ad emphyteuticarium ſpectat. Quemadmodum enim omne damnum, ſive patens, ſive latens, in re emphyteutica contingens, emphyteutam reſpicit, niſi funditus rem ipſam abſumat, *l.* 1. *Cod. de jure emphyteut.* ita æquitati & rationi congruit, ut omne commodum & augmentum, ſive latens, ſive apparens, eundem ſequatur, *arg. l. ſecundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* Deinde eadem aſſertio confirmari poterit per textum *in tit. §. ſi*
294 *quis de manſo* 5. *lib.* 1. *feudor.* ibi cum Feudiſta dicit, omne incrementum jure feudi ad vaſallum pertinere, ſi dominus in ipſa curte ſeu villa nihil ſibi reſervavit: eo ipſo apertè diſtinctionem incrementi latentis & evidentis
295 rejicit: quia hæc eſt natura hujus vocis univerſalis, ut omnes caſus includat & comprehendat, *arg. l.* 1. *§.* 1. *ff. de legat. præſt. in d. l. ſi ſervitus* 23. *ibi, verbo generali omne lumen ſignificari. ff. de ſervit. urban. prædior. l. à procuratore* 13. *C. mandati. can.* 1. *§. dicendo verò omnia, &c. Diſtinct.* 19. Atque ita exaudiunt textum illum *Zaſius in Epit. feud. part.* 6. *num.* 48. *Fridericus Schenck. à Tautenberg. num.* 5. *& Jacob. Cujacius in d. §. ſi quis de manſo. Franciſc. Sonsbeccius part.* 10. *de feudis n.* 6. *aliique.* Et quanquam allegatus textus de feudi duntaxat incremento loquitur: attamen quod de feudo illic dicitur, non inſcitè ad emphyteuſin transfertur: cùm argumentum de feudo ad emphyteuſin valere, extra om-
296 nem ſit controverſiam. Atque hanc ſententiam, ceu communi calculo receptam, probat *Bartol. in d. l.* 1. *nu.* 10. *Alberic. n.* 5. *&* 9. *Salicet. col. penult. & Jaſon* 79. *C. de jur. emphyt. Idem Alberic. in l. de quibus* 32. *n.* 27. *& ſeqq. ff. de legib. ubi etiam Guilielm. de Cuneo, Angelus nu.* 14. *& Franciſc. Oroſcius n.* 21. *latè Tiber. Decianus reſponſ.* 123. *num.* 53. *& ſeqq. vol.* 4.

297 Nec oberit *d. l. item ſi fundi* 9. *§. huic vicinus* 4. *ff. de uſufructu.* ubi dilucidè traditur, alluvionis uſumfructum pertinere ad uſufructuarium: inſulæ autem in flumine natæ uſumfructum, ad uſufructuarium non ſpectare. *Nam* illud ad ſimplicem uſufructuarium, cujus jus morte extinguitur, non ad emphyteuticarium, qui firmius, morteque non finiturum jus utendi fruendique obtinet, & aliàs enim ab uſufructuario multum diſtat (uti ex prædictis videre eſt) pertinet: *ut bene hoc explicant Johannes Borcholt. in Comment. de feud. cap.* 3. *num.* 13. *ad fin. & Alvar. Valaſcus in tract. de jur. emphyteut. quæſt.* 16. *num.* 3. *& ſeqq.*

298 Cùm igitur emphyteutæ utendi fruendi jus, in re emphyteutica competat: inde perſpicuum evadit, omnia remedia, quæ ad uſum rei ſuæ, & fructum tuendum domino jure comparata ſunt, emphyteutæ quoque conſtituta eſſe. Idcirco is non ſolum actione in rem, contra quemvis rei emphyteuticæ poſſeſſorem, *l.* 1. *in fin. ff. ſi ager vectigalis, id eſt, emphyteuticar. pet.* ſed etiam negatoria actione, & interdicto uti poſſidetis, nec non injuriarum actione, aliiſque juris remediis experiri poteſt, adverſus eos, à quibus re emphyteuticaria uti prohibetur. *l.* 2. *l. ſicut* 8. *§. Ariſto* 5. *ff. ſi ſervit. vindicet. l.* 3. *§.* 2. *& §. ſeq. ff. uti poſſidet. l. qui pendentem* 25. *ff. de actionibus empt. & vend. Menoch. de retinend. poſſeſſ. remed.* 3. *quæſt.* 10. *num.* 84. *ubi alios citat.* Sed & experiri poteſt emphyteuta aquæ pluviæ arcendæ actione, *l. quod Principis* 23. *§.* 1. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcend.* itemque interdicto, quod vi aut clam, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de operis novi nunt.* Tum etiam novum opus nunciare poteſt, ſi forte damnum è futuro ædificio ei immineat, *l.* 3. *§. penult. ff. eod. tit.* Ratio manifeſta eſt: quia iſthæc juris remedia 299
ſuperficiario competunt, *dictis jam legibus*; cui emphyteuta ſimilis eſt, *l. tutor.* 16. *§. ult. ff. de pignorat. action.* imò longè potentius jus habet: cùm hic rem ſibi totam; ille verò tantum ædes, ſolo alieno permanente, teneat. Undè ſi emphyteuta ab ædibus ruinoſis damnum metuat: damni infecti utiliter ſtipulari poterit: cùm id etiam ſuperficiarius queat, *l. qui bona* 13. *§ ſuperficiarium ff. de dam. infect.* Verum quomodo ſuperficiarius differat ab emphyteuta, expoſuit Vultejus *hic num.* 9. & prolixè Valaſcus *in tractat. de jur. emphyteut. quæſt.* 13.

Etſi verò jus utendi fruendi emphyteutæ conceſſum 300
eſt: rem tamen in emphyteuſin datam deteriorem facere, ejuſve formam ac faciem etiam mutare non poteſt, *argum. principii ſ. de uſufruct. l.* 1. *l. ſi cujus* 13. *circa princip. l. uſufructuarius* 61. *& l. ſed cum fructuar.* 65. *ff. eod. tit.*
Unde controvertitur: an emphyteuta nemus ſeu ſylvam 301
extirpare, eamque in pratum, vineam, olivetum, agrum, hortum, quodve ſimile convertere, vel aliter rem emphyteuticam in aliam formam redigere & tranſmutare poſſit? Et quidem expeditum eſt, ſi ex hujuſmodi mutatione ſylva deterior fiat, illam mutationem emphyteutæ permiſſam non eſſe. Quòd ſi verò res emphyteutica melior ac fructuoſior efficiatur, communiter ita diſtingui ſolet: Aut ſermo eſt de area in emphyteuſin con- 302
ceſſa: quo caſu concors ſententia eſt, emphyteutam in illa quodcunque ædificium extruere poſſe. Licèt enim rei forma per iſtud ædificium mutetur: facillimè tamen, eo ſublato, area ad antiquam ſpeciem, formamque priſtinam reduci poteſt. Aut quæſtio eſt de ſylva cædua vel non cædua, ſive de vinea, horto aut oliveto: quo caſu rurſus recepta concluſio eſt, emphyteutam illa extirpare, aut aliam in formam mutare non poſſe: tametſi ex tali mutatione res utilior & fructuoſior reddatur. Hæc ſiquidem res in aliam formam converſa ad primævum ſtatum facile reduci nequit. Quam diſtinctionem non obſcure probant, *Baldus in l.* 1. *n.* 11. *& Jaſon n.* 99. *C. de jure emphyteut. Cæpoll. de ſervit. ruſtic. cap.* 22. *n.* 10. *& Pinelus ad l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 2. *nu.* 52. Nec ei 303
quod dictum eſt, emphyteutam in area extruere ædificium poſſe, obſtat *l. uſufructu* 7. *§.* 1. *verſ. hâc ratione ff. de uſufruct. & l. repeti.* 5. *§. ult. ff. quib. mod. uſusfruct. vel uſus amitt.* quibus in locis traditur, uſufructuarium non poſſe areæ imponere ædificium. Quamvis enim emphyteuta, ad inſtar uſufructuarii, utendi fruendi jus habeat: attamen exploratum eſt, & hactenus ſæpe inculcatum, *nimirum ſ. nu.* 117. *&* 278. jus emphyteutæ competens plenius potentiuſque eſſe, quàm illud, quod ad uſufructuarium ſpectat. Qua ratione contingit, ut emphyteuta in nonnullis longe majorem, quàm uſufructuarius, poteſtatem obtineat.

Ex commodis porrò, quæ in re emphyteutica ſunt 304
comparata emphyteutæ, ſupereſt rei emphyteuticæ alienatio. Emphyteutæ equidem meliorationes ſuas, & ipſum jus emphyteuticum vendendi facultas conceſſa eſt, certis tamen conditionibus: ut videlicet teneatur ipſe domino denunciare teſtatò, adeſſe aliquem, qui velit emere jus emphyteuticum; & indicare: quantum ille offerat; ſimulque domino facere poteſtatem; ut, ſi velit, eodem precio rem emere, & ad ſe recipere poſſit. Quam emendi poteſtatem ſeu prærogativam Doctores appellant jus προτιμήσεως den vorgang, vorkauff, item jus retractus, *das Standrecht. Dinnerus in explicat. tit. ff. ſi ager vectigal. quæſt.* 8. *eumque referens Eggebrecht. d. ſynopſi juris emphyteutici concluſ.* 138. Quod ſi dominus ita interpellatus, non eſſe ſibi voluntatem emendi, declaret; aut intra duos menſes poſt factam denunciationem ſileat: tum demum ille liberè, neglectoque domini conſenſu, jus ſuum transferre in quemcunque alium, idoneum & capacem poterit. Hocque caſu dominus novum emphyteutam in poſſeſſionem ſuſcipere, ſoluto ei laudemio, hoc

eſt,

Digitized by Google

est, quinquagesimâ parte precii vel æstimationis rei, compellitur, *l. 3. Cod. de jure emphyteut. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 14. Bocholt. in Commentar. de feud. c. 5. nu. 36. & seqq. D. Halerstter. in Disput. de jure emphyteut. de anno 1601. Respondente D. Samuele Bansovio th. 19. & aliquot subsequentibus.* Tametsi interdum plus, interdum minus pendi soleat; ut testatur Stephanus Gratianus *tom. 1. discept. forens. c. 180. n. 2.* cumque citans Dn. Collega Besoldus *in thesauro pract. lit. H. nu. 12. p. 377.*

305 Laudemium illud (quod novus emphyteuta domino honorarii loco pro subscriptione, inque possessionem inductione, præstare tenetur, *arg. d. l. 3. & ibi gloss. in verb. accipere C. eod. l. debet 26. ibi, emptorem sequeretur ff. de aedil. edic. Jul. Clar. lib. 4. recept. sent. §. emphyteosis qu. 23. nu. 4. Jason nu. 45. & Sichard. nu. 33. in d. l. 3. sive ult. C. de jur. emphyt.*) alias vocari solet laudativum sive laudatitium, ex eo fortè, quod dominus laudet, seu approbet contractum; ut, *post Afflictum in c. imperialem §. illud quoque n. 1. de prohib. feud. alienat. per Frider. in usib. feud.* docet Wesenbecius *consil. 26. de laudemiis nu. 11.* & Dn. Besoldus *dicto loco.* Leo Imperator *in Nov. 13.* [illegible], Galli l'accordement, *Schepliz. in not. ad promptuar. jur. civ. & feud. Balthas. Klammert tit. 10. n. 13.* vulgò *handlohn, handlesen, weglæsin, Sichard. ad d. l. ult. n. 20. sub fine,* Saxones *Lehenwahr*, appellant, Eggebrecht. *d. synopsi jur. emphyt. conclus. 172. Paul. Matthias Webner. in suis practic. observat. lit. H. in verb. handlohn, &c.* Vide Amadæum à Ponte *in tract. de laudemiis, qu. 1. per tot.* & ea, quæ fusius annotavi ad Julium Clarum *d. §. emphyteusis qu. 23.* itemque Georgium Frantzkium *in tract. de*
306 *laudemiis, cap. 1.* Sanè si decederet dominus directus, proprietate heredi, alteri verò usufructu legato, & res emphyteutica alienaretur; hoc casu laudemium usufructuario solvendum esse, frequentius, & quidem non sine ratione, obtinuit. Cùm enim fructus sit, utilitas ex re, vel propter rem proveniens: meritò hoc emolumentum, quod propter rem ipsam provenit, ad usufructuarium pertinere debet, *arg. l. usufructu legato 7. & l. item si fundi 9. in princ. ff. de usufruct. l. fructus 72. ff. de reg. jur. Joan. Andr. in addit. ad Speculat. de emphyteus. §. nunc aliqua q. 93. in fin. verb. qui tabernas Jason in d. l. ult. n. 45. C. de jur. emphyteut. Clarus d. §. emphyteosis qu. 23. n. 5. ubi in fine affirmat, se* [illegible] *ita servari.*

307 Sed hic non inconvenienter quæritur an emphyteuta socio suo, qui eadem de re investitus est, vendere partem suam liberè, & domino irrequisito, valeat? Et Doctores plerique concludunt: emphyteutam, absque prævia denunciatione domino facta, in socium suum liberè alienationem exercere posse, *Bartol. & alii in l. qui Romæ 122. §. duo fratres ff. de verbor. oblig. Jason in l. si domus*
308 *71. §. ult. col. ult. ff. de legat. 1.* Verum sententiam contrariam esse verisimiliorem arbitror, hac ratione motus: quia socius, licèt consanguineus sit, jure communi non potest liberè rem retrahere pro precio, quod ab extraneo offertur, *l. dudum 14. C. de contrahend. empt.* Sed dominus directi (quod vocant) dominii hoc jus retrahendi habet, *d. l. 3. C. de jure emphyteut. c. potuit 4. de locato & conduct.* proindeque dominus in rei emphyteuticæ venditione præfertur socio emphyteutæ: & consequenter ipsi domino emendi conditio & potestas prius offerri debet; etiamsi socio suo vendere emphyteuta vellet. Ex quo perspicuum est, inter socium emphyteutam & extraneum, emere volentem, nullam hac in re differentiam constituendam esse. Ita quoque sentiunt Dn. Collega Bocer. *class. 2. Disput. 14. th. 64. edit. 2.* & Eggebrecht. *d. synopsi juris emphyteut. conclus. 143.*

309 Nec huic reclamat sententiæ Alexander Imp. *in l. voluntas 4. C. de fideicommissis.* ubi prohibitus alienare extra familiam, potest sorori coheredi vendere vel alienare. Ea namque in lege alienatio non simpliciter, sed certo modo à testatore prohibita fuit: ne scilicet fundus extra familiam alienaretur. Ex qua sanè prohibitione colligitur: personis, in eadem familia comprehensis, ex testatoris permissu fundum vendi sive donari posse. Qui enim extra familiam quid alienari prohibuit: is utique, ut in familiam transferri vel alienari possit, concessisse videtur. At nostra in specie res emphyteutica non respectu certarum personarum, sed simpliciter & indistinctè alienari prohibetur, *d. l. 3. C. de jur. emphyt.* Quare hæc prohibitio perinde socium, atque extraneum includit.

Nihil quoque obstat textus *in c. Imperialem §. præterea ducatus tit. 55. lib. 2. Feud.* ubi feudum inter consor- 310
tes sive socios coheredes dividi potest. Etenim textus 311
ille apertè loquitur de divisione, quæ alienatio necessaria reputatur, propter discordiam quæ ex communione oriri posset, *argum. l. in hoc judicium 14. §. si conveniat, 2. ff. communi divid. & l. cum pater 77. §. dulcissimis 20. ff. de legat. 3.* Alienatione autem prohibita, non 312
censetur prohibita aut interdicta alienatio necessaria, *l. Divus 5. ff. de hereditat. petit. l. 1. in princip. ff. de fundo dotal. l. item si res 4. §. si quis 3. ff. de alienat. judicii mutandi caus. fact. l. peto 69. §. prædium, ibique Dd. ff. de legat. 2.* cùm necessitas legem non habeat. *Decius in c.* 313
quæ propter necessitatem 102. ff. de reg. jur. Tiraquell. in tractat. de retraict-lignagler. §. 26. gloss. 1. num. 19. & seqq. ubi de necessitate plura cumulate adducit.

Similiter non adversatur, quod de feudo objicitur, id 314
absque domini consensu insimultaneè investitutum, vel agnatum licitè alienari posse: cùm talis alienatio potius refutatio (quæ sine voluntate domini fieri potest, *tit. 38. lib. 2. feudor.*) quàm vera alienatio intelligatur, *tit. 49. vers. & licet, &c. d. lib. 2. feudor.* Illud enim in feudo ob 315
hanc rationem receptum est: quoniam per ejusmodi alienationem, in agnatum factam, nullus domino feudi contemptus irrogatur: siquidem feudum hac in specie alienatur in eum, qui à domino in prima investitura fuit approbatus. *Hartman. Pistoris part. 1. quæst. 6. nu. 28.* Ideoque cessat isto casu prohibitæ alienationis ratio: quæ in feudo (ut jam monitum) hæc est: quod per alienationem, sine domini consensu interpositam, dominus contemni, adeoque injuria affici videatur. *per textum in tit. 24. §. mal. lib. 2. feudor.* Jus verò emphyteuticum prop- 316
ter hanc potissimùm causam, irrequisito domino, alienari prohibetur: quia domino jus rem emphyteuticam eo precio, quod ab alio offertur emptore, comparandi competit: quo jure defraudare dominum cupit emphyteuta, qui absque denunciatione eidem facta alteri rem emphyteuticam vendit: sive extraneo, sive simul investito, etiam agnato & consanguineo, partem suam vendat.

Sic nihil ad rem pertinet *c. ex insinuatione 43. extr. de* 317
jure patronat. ubi jus patronatus (quod inconsulto Episcopo alienari nequit *c. illud prætereundum 8. eod. tit.*) in compatronum absque Episcopi assensu licitè alienatur. *Nam* jus patronatus individuum est, omnibusque patronis in solidum competit, *c. 1. ibique gloss. de jur. patron. arg. l. loco corpus 4. §. si fundus 3. ff. si servit. vindicet. & l. si libertus 23. in fin. ff. de bonis libertor.* Qua de causa alienatio, in compatronum facta, non alienatio vera, sed potius renunciatio quædam esse intelligitur. *gloss. & Canonistæ in d. c. ex insinuatione 43. extr. de jure patron.* Inconcussa ergo manet sententia nostra, qua statuimus, socium sine denunciatione legitimè domino facta, partem emphyteuticam socio suo, quantumvis sanguine juncto, vendere non posse, tametsi non ignoremus, aliter sentire D. Sichardum *in d. l. voluntas 4. C. de fideicommissis nu. 6. & 7.*

Enimverò quod dictum est: emphyteutam irrequisito 318
domino, & absque denunciatione præcedente, jus emphyteuticum vendendi potestatẽ non habere: illud haud procedere existimo (utut multi dissentiant, *Jacob. Butrig. hunc que citans Speculat. in t. de emphyteusi q. 94. nu. 117. Alexand. consil. 106. viso themate instrumenti n. 3. & 9. vol. 4. Berous consil. 44. n. 20. & cons. 122. nu. 22. & cons. 193. nu. 19. vol. 1. Socin. Jun. consil. 70. n. 9. vol. 3. & alii per eos relati*) si in emphyteutico instrumento disertis exprimatur verbis, quod emphyteuta licentiam ac potestatem alienandi, in quemcunque voluerit, habere debeat: idque primo per textum *in d. l. 3. ibi, sancimus, siquidem, &c. C. de jure emphyt.* ubi expressè cautum est; emphyteutam, qui licentiam alie-

Digitized by Google

nandi à domino accepit, alienare posse. Atqui in proposito licentia potestasque alienandi ab initio concessa emphyteutæ fuit. Itaque is peculiari domini consensu
319 amplius opus non habet. Deinde pacta & conventiones eam semper interpretationem recipiunt, ut aliquid operentur, sicque non superfluè aut frustra à contrahentibus interposita censeantur, *l. si quando* 109. *in princ. ff. de legat.* 1. *l. si stipul.* 4. *ff. de usur. l. cum essent* 33. §. 1. *vers. nisi pactum ff. de servit. præd. rustic. c. si Papa* 10. *ibi,*
320 *cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in* 6. Proindeque conventio illa in contractu emphyteutico interposita, quòd emphyteuta jus emphyteuticum alienare possit, meritò sic exaudienda est, ut etiam sine consensu domini jus illud emphyteuta alienare valeat. Præterea huc facit *l. si convenit* 4. *ff. de pignoratit. act.* & *l. fin.* §. 1. *C. de jure dominii impetrand.* quibus textibus probatur; creditorem, qui jure communi pignus, non interpellato prius debitore, vendere non potest, pacto interveniente, ut vendere ipsi liceat, non teneri debitorem ad-
321 monere seu interpellare. Confert denique eòdem nota juris regula, qua dicitur, quod contractus ex partium conventione, etiam contra illorum naturam, legem accipiant, *l.* 1. §. *si convenit* 6. *ff. depositi. l. in conventionalibus* 52. *ff. de verb. oblig. l. contractus* 23. & *l. semper in stipulationib.* 34. *ff. de regul. jur. l.* 1. *vers. in quo cuncta, &c. Cod. de jure emphyteut.*

322 Assertioni nostræ non refragatur *l. si quando* 35. *in princ. C. de inoffic. testament.* ex qua evinci posse videtur, quòd dominus, qui alienandi facultatem emphyteutæ fecit, intelligatur hoc jus emphyteutæ tribuisse, ut alienare possit rem emphyteuticam, observatis solennitatibus in alienatione ejusmodi necessariis. Requisitionem autem & consensum domini in alienatione rei emphyteuticæ esse necessarium, liquidò constat *ex dict. l.* 3. *C. de jur. emphyteut.* Non, *inquam*, lex ista refragatur. Nam certum est, Imp. Justinianum in specie illius legis alicui (*putà libertino, ut ibi Gothofredus notat*) quoad bona duntaxat, non verò quoad formam & solennitatem, liberam testandi facultatem concedere voluisse. Et quamvis verba concessionis, per se considerata, etiam solennitatis remissionem importare viderentur: mens tamen Imperatoris minimè fuit, de consuetis ac solennibus testamenti formulis per ejuscemodi verba aliquid derogari: cùm non credendum sit, Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatam atque inventam, velle everti, *ut ipsemet Justinianus ibid. loquitur.*

323 Nihil item resistit *l. quaero* 54. §. *inter locatorem ff. locati.* ubi pactum super contractu locationis appositum de non expellendo conductore, in dubio intelligitur secundum naturam contractûs, tametsi nihil operetur: ut scilicet ille non expellatur, si pensionem promissam solverit. *Etenim* in specie hujus legis verba locatoris non fuerunt expressa, quòd eo etiam casu, quo conductor in pensionibus solvendis cessaret, expellendus non esset: sed simpliciter tantum de illo non expellendo conventio interposita fuit. Quæ quidem conventio cùm specialiter in casum pensionis non solutæ facta non fuerit: juxta naturam contractus accipienda est; ut videlicet conductor expelli non debeat, si modo pensionem solverit, & reliqua, quæ sunt de natura hujus contractus, præstiterit. In proposito autem themate verba concessionis non ambigua, sed satis manifesta sunt, suaque significatione hoc important; quod emphyteuta, citra domini consensum & licentiam, alienare jus emphyteuticum queat, in quemcunque voluerit. Ex quibus utique verbis, ab initio contractui emphyteutico adjectis, evidentissimè apparet: ipsum dominum emere non velle, sed alias vendendi liberam potestatem concedere. Qui concedentis sensus cùm planus sit ac perspicuus: juris ratio non patitur, ut verba concessionis, per se satis clara & lucida, in hunc restringamus modum, quasi emphyteutæ sub hac demum conditione, si domino prius denunciationem fecerit, alienare liceat. At quid enim isthac denunciatione opus esset: cùm disertis verbis in ipso contractu emphyteutico dominus declaraverit, rem emphyteuticam se emere nolle, propterea liberam facultatem vendendi, cuicunque voluerit, emphyteutæ concessserit? Refutatis igitur contrariis argumentis, ex communi DD. rum sententia meritò concluditur: emphyteutam, cui ab initio contractus emphyteutici alienandi & vendendi facultas, cuicunque voluerit, tributa fuit, nulla præcedente denunciatione, dominique consensu non requisito, jus emphyteuticum alienare & distrahere posse. *Atque ita docent Salicetus in d. l.* 3. *n.*2. *C. de jur. emphyteut. Baldus ibidem n.*3. & *Jason n.* 4. & 5. *Imol. in cap. potuit* 4. *extr. de locato. n.*64. *Ruin. consil.* 81. *n.*6. & 7. *vol.* 1. *Jacob de sancto Georg. de feud. in verb. ita quod etiam vasalli, &c. n.*1. *Marc. Mant. in tract. de pact. promiss. n.*19. & *plures alii, quos recenset & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap.* 14. *ampliat.* 2. *n.*5. & *aliquot seqq.*

Quæstio hîc pulchra examinanda occurrit: utrum he- 324
res emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, ex eadem licentia antecessori data, emphyteusin absque præfata denunciatione vendere possit? Et licèt sint nonnulli Interpretes, qui censent, facultatem alienandi emphyteusin emphyteutæ concessam, ad heredem ipsius non transire, *ut late concludit in fundo Marian. Freccia de subfeud. Baro. lib.* 2. *quæst.* 5. & *alii, quos ipse allegat.* attamen contrariam, utpote veriorem & receptiorem sententiam, probarunt, *Andr. de Isern. Matth. de Afflict.* & *alii in c. Imperialem de prohibit. feud. alienat. per Frider. cum tit.* 55. *lib.* 2. *feud. item Capic. decis.* 121. *num.* 11. & *Bocerus d. class.* 2. *Disput.* 14. *thes.* 65. *ad lit. b. per textum in l. sicut* 8. §. *si debitori* 16. *ff. quibus modis pig. vel hypothec. solvit.* ubi concessio de alienando pignore debitori per creditorem facta, porrigitur etiam ad heredem debitoris, ut pignus alienare possit.

Non obsistit *l. Lucius* 93. *in princip. ff. de legat.* 3. ex 325
qua colligitur, si testator prohibeat Titium alienare fundum, heredem Titii alienare posse: cùm prohibitio censeatur esse personalis. Ergo ex adverso quando dominus emphyteutæ permittit emphyteusin vendere: videtur hanc vendendi facultatem ad personam emphyteutæ restringere, non autem ejus quoque heredi largiri voluisse. Non obsistit, *inquam*, lex illa. Quod enim in ea heres filiæ (non obstante testatoris prohibitione, de non alienando facta) alienare potest: non fit ea ratione, quasi illa prohibitio personalis esset, nec ad heredem filiæ transiret: sed quòd præceptum de non alienando, tanquam nudum & sine ratione interpositum, nullius momenti fuerit, *per textum ibi, cum hoc nudum præceptum est* & *l. pater* 38. §. *Julius* 4. *ibi. cum hoc nudum præceptum est. ff. eod. tit. de legat.* 3. Quare cùm illud præceptum, ceu nullum & invalidum, filiam non obstrinxerit: consequens est, nec ad heredem quidem filiæ transivisse. Aliter foret respondendum: si testatoris præceptum cum ratione factum, adeoque validum fuisset. Tunc etenim haud dubiè illud etiam ad heredem prohibiti transivisset.

Pariter nihil movet *l. cum quis sibi.* 55. *ff. de verbor.* 326
oblig. ubi cum expressum sit, si creditor debitori concedit facultatem solvendi Titio; non posse debitorem successoribus & heredibus Titii pecuniam creditori debitam solvere: inde dicendum videtur, facultatem vendendi certæ personæ nominatim tributam, ad heredem ejus neutiquam devolvi. Ideo namque heredi Titii, solutionis causâ adjecti, solvi non potest: quia Titio, solutionis causâ adjecto, nec ex stipulatione jus ullum acquiritur: ut proinde nihil sit in eo, quod ad heredem transferat: argumento est, quod Titius solutionis causa adjectus, neque quod in stipulatum deductum est, petere, *l. quod stipulatus* 10. *ff. de solutionib.* neque fidejussorem accipere, *l. fidejussor obligari* 16. *ff. de fidejussorib.* neque promissorem ullo suo facto liberare potest, *dict. l.* 10. *ff. de solutionibus.* Cæterum in proposita specie emphyteutæ, cui facultas alienandi per pactum investituræ concessa fuit, jus aliquod est quæsitum: quod quidem jus omne emphyteutam in heredem suum transferre, non dubitatur, *l. heredem* 59. & *l. hereditas* 62. *ff. de*

Digitized by Google

de reg. jur. Videatur Corbulus d. tract. de jur. emphyt. c. 14. ampliat. 11. ubi utramque in partem plura cumulat.

327 In quæstionem & illud potest vocari: utrum dominus, qui alienandi facultatem permisit emphyteutæ, ante alienationem emphyteuseos factam, & sic rebus omnibus adhuc integris, permissionem & consensum sive permissionem suam revocare possit? Et indubitatè statuendum est: si dominus paciscendo vel contrahendo emphyteutæ facultatem alienandi concesserit: hujusmodi concessionem, pacto seu conventione factam, nullo modo revocari pos- 328 se, *per l. 1. C. de jure emphyt.* ubi dicitur, quod pactiones emphyteuticæ firmæ illibatæque stabilitate perpetua modis omnibus custodiri debeant. Et facit *l. 3. Cod. eod. tit.* ubi haud obscure sancitur, pactum de alienatione juris emphyteutici interpositum, esse observandum. At si non paciscendo, sed simplici permissu dominus in hoc consentiat, ut jus suum emphyteuta alienare queat: hoc casu probabilius videtur, quòd domino, ante alienationem factam etiam invito emphyteuta, permissum sive consensum suum revocare liceat: *idque arg. l. sicut* 8. §. 329 *si voluntate 6. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* ubi responsum est; creditorem, qui debitori vendere pignus permisit, desiderare posse, ut fundus sibi applicetur, si nondum venierit; nec satis esse ad repellendum creditorem, quod debitor vendere voluerit, si venditio secuta non est. Cùm ergo creditor, post alienandi facultatem debitori permissam; avocare pignus, alienatione nondum secuta, possit: intelligere promptum est, creditorem consentiendo, ut pignus distrahatur, non obligari in hoc ut pignus vendi patiatur: alioquin etiam ante venditionem interpositam jus avocandi pignus à debitore non haberet, sed pacti exceptione repelli posset. Cùm igitur *in d. §. si voluntate.* Marcianus sine ulla hæsitatione statuat, si pignus nondum venierit, creditorem, ut sibi id applicetur, petere posse: satis ostendit Jurisconsultus, ex simplici creditoris permissu nullam actionem vel exceptionem debitori quæsitam fuisse. Proinde concludendum est: si dominus permisit emphyteutæ vel vasallo, emphyteusin seu feudum distrahere: consensum hunc à domino ante venditionem interpositam, & rebus 330 adhuc integris, revocari posse. Eandem conclusionem non parum corroborat, *l. quis saxum 6. ff. de donationibus*, cujus hæc verba sunt: *Quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: statim, cùm lapis exemptus est, meus fit: neque prohibendo me evehere, efficit, ut meus esse desinat: quia quodammodo traditione meus factus est. Planè si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui à me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere: si, antequam eximat, me pœnituerit: meus lapis durat, &c.* Ex qua lege hæc doctrina extruitur: quod simplex permissus pactum non inducat: & eapropter, rebus adhuc integris, revocari valeat.

331 Nec obstat, quòd consensus tum demum obligationem non inducat, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari potuit, *l. Lucius 21. ff. de administrat. & peric. tutor.* secus verò sit, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari non potuit: tunc enim consensus obligationem inducat. *Nam* quòd eo etiam casu, ubi quis consentit actui, qui absque voluntate ejus explicari non potuit, ex simplici permissu non inducatur obligatio, probat *d. l. sicut 8. §. si voluntate 6. ff. quibus mod. pig. vel hypothec. sol. & d. l. quis saxum 6. ff. de donationib.* In utraque enim lege consensus super actu, qui non potuit sine voluntate consentientis expediri, fuit interpositus; & tamen nullam obligationem ex tali consensu fuisse natam, constat.

332 Sic quoque non obest, quod objicitur, ex istiusmodi simplici permissu pactum nudum induci, *argum. l. 1. in princ. ff. de pact.* & in pacto nudo, cùm sit contractus innominatus, non correspectivus, *juxta gloss. singularem, in l. 1. in pr. super verb. figuris, ad finem ff. de obligat. & act.* 333 rebus etiam omnibus adhuc integris, pœnitentiæ locum non esse, *Jason in l. si pecuniam 5. in princip. limitat. 9.* 334 *ff. de condict. causa data, &c.* Quoniam respondetur, verius esse, ex simplici permissu & consensu pactum non oriri: cum pactum sit consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus, *arg. d. l. 1. §. ff. de pactis.* Atqui dominus permittendo jus emphyteuticum distrahi, animum obligandi non habet, *d. l. sicut 8. §. si voluntate ff. quib. mod. pign. vel hypothec.* Haud enim omnis consensus animo obligandi fit: & ideo etiam non omnis consensus obligationem inducit, *arg. l. fin. ff. de obligat. & act.* Verum vide Ludolphum Schraderum, hanc quæstionem aliter tractantem, *in tract. feud. part. 8. cap. 4. nu. 6. & seq.*

Est & alia elegans quæstio: si Prælatus vendendi seu 335 alienandi licentiam & potestatem emphyteutæ concessit: utrum isthæc licentia morte Prælati expiret, vel potius etiam post obitum Prælati emphyteusis Ecclesiastica, vigore illius licentiæ, alienari possit? Et licentiam vendendi, mortuo ipso Prælato, qui eam concessit, censeri extinctam, non sine ratione quispiam affirmaverit. Etenim licentia alienandi emphyteusin, vel disponendi de ea in ultima voluntate, nullum jus novum tribuit: sed solummodo impedimentum, quod alienationi obstabat, tollit: ita ut liceat, quod antè non licebat; nempe ut emphyteuta, qui sine consensu domini jus suum in alium transferre nequibat, transferendi nunc potestatem habeat. *Panormitan. in cap. cum ad hoc 16. colum. fin. extr. de clericis non residentib. Cardinal. in clement. fin. de elect. quæst. 5. Bald. in l. si ut proponis 4. C. de servo pignori dato manumisso.* Hæcque opinio confirmari poterit ex *t. 3. lib. 1. & t. 35. lib. 2. feudor.* ubi constitutum est; si Archiepiscopus, Episcopus, Abbas, vel Prælatus investituram ejus feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut post obitum ejus, qui possidet, habeat: & antè decesserit Episcopus, quàm ille, qui feudum possidebat: successores ejus non cogi, eam investituram facere, vel confirmare. Cujus rei hæc est ratio: quia Episcopi & 336 Præsules Ecclesiarum, rerum duntaxat præsentium, non etiam post mortem suam gerendarum, habent administrationem, *arg. c. 2. extr. de donationib. & can. ult. caus. 12. q. 1.* Non igitur, falcem veluti in messem alienam immittentes, successoribus suis præjudicium irrogare poterunt: præsertim cùm illi, qui in ipsorum loca substituuntur, non jure successionis; sed vel postulationis, vel electionis, sicque novo titulo, novoque jure ad istam dignitatem sive officium evehantur, *c. ad decorem 5. extr. de institutionib. c. 2. de concessione præbendæ Joan. de Anania in c. fin. col. 6. in fin. ubi & alii Canonistæ extr. Ne Prælati vices suas vel Eccles. sub annuo censu concedant.* Itaque non mirum est, quod illi Antecessorum suorum, utpote à quibus nullam habent causam, factum præstare non teneantur, *Bald. & Jason in l. 1. ff. de constitutionibus princip.* Et ita in nostris terminis respondit *Hier. Gabriel. cons. 83. per tot. quem refert. & amplectitur Aurel. Corbulus in tract. de jure emphyt. c. 14. ampliat. 6. nu. 6.*

Posteaquam de venditione diximus: nunc de donatio- 337 ne; & aliis alienationis speciebus breviter videbimus. Ardua autem, mirumque in modum exagitata quæstio est: Num emphyteuta, domino non consentiente, jus suum emphyteuticum donare queat? Et emphyteutam jus suum nullo modo sine domini consensu donando transferre posse (*post Irnerium, antiq. glossatorem, & Bart.*) docuerunt *Franc. Sarmient. l. 3. select. interpr. c. 2. n. 3. cum seqq. Fachinæus lib. 3. controv. jur. c. 97. & recenter Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 12. p. 1145. & seqq.* Contrarium verò communiter responderunt *Accurs. in l. fin. in verb. aliis vendere. C. de jur. emphyteut. ibique Jason n. 54. & seqq. & Corasius n. 9. Julius Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteosis q. 15. Corbulus dict. tractat. de jur. emphyteut. cap. 14. limitat. 13. & ferè infiniti, ab his allegati.* Quibus novissime assentiuntur *Joannes Borcholt. de feud. cap. 3. nu. 42. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 14. ibique Hilliger. in suis not. ad lit. G. Andr. Gerhardi decad. 15. quæst. 5. Bronchorst. cent. 1. [illegible] assert. 80. edit. 2. Arumæus Exercit. Justin. 14. D. Obrecht. Disp. 36. de jur. emphyt. thes. 106. & seqq. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. th. 67. lit. a. ed. 2. D. Besold. in prælect. t. ff. si ager vectig. pet. q. 3. itemque in delibat. jur. ex lib. 6. Pandect. t. 3. n. 9. p. 506.*

cum

cum seq. Matthias Stephani cent. 3. q. 83. ad lit. a. Philippus Adolph. à Munchhausen in suis disceptationib. q. 7. Petr. Surd. decis. 293 n. 1. & seq. Riemer. decad. 11. quæst. illustr. 4. Franckius in tract. de laudemiis cap. 9. n. 68. cum seqq. pag. 197. cum seqq. Knipschildt. d. exercitat. Acad. 9. qu. 8. p. 331. cum seqq. & alii. Quorum sententiam, tanquam veriorem, & ego amplector *per l. 1. C. de fundis patrimonialibus*, ubi Constantinus Imp. rescripsit, quod emphyteuta fisci sive Reipubl. jus suum citra judicis voluntatem salvo canone alteri donare possit. Idem ergo & in privata
338 emphyteusi statuendum. Deinde certum est: emphyteutam inconsulto domino, prædium emphyteuticum, vel jus sibi competens, alteri legare posse, *l. si domus 71. §. ultim. ff. de legat. l. in conventionib. 219. ff. de verb. significat.* Legatum autem donationem esse, non ambigitur, *§. 1. supr. de legatis l. legatum 36. ff. de legat. 2.* Et licèt Hunnius *loco supra notato* ad hæc fundamenta respondeat, ea planè huc impertinenter allegari, propterea quod non de jure emphyteutico, de quo hic controvertitur, sed de re saltem emphyteutica loquantur: attamen si quispiam penitus eadem fundamenta nostra introspexerit; facillimè deprehendet, in iis non tam rei emphyteuticæ, sive fundi vectigalis, quàm ipsius juris emphyteutici disertam mentionem fieri: ut mirum sit, Dn. Hunnium, aliàs satis oculeum, hoc non vidisse, adeoque con-
339 trarium adstruere non erubuisse. Ratio porrò differentiæ, cur emphyteutæ permissa sit donatio, inscio seu inconsulto domino, venditio non item, hæc est: quia in venditione idcirco dominus de consensu interpellatur: ut, si velit, eodem precio emere possit, *l. 3. C. de jur. emphyteut.* Ast hæc ratio in donatione non obtinet: quoniam donatio gratuita est, & benevoli erga benè merentem affectûs declaratio, quem non æquè aut saltem per injuriam, erga se, ut erga bene meritum, declarari dominus petit: cùm istius affectionis certæ causæ sint, nec domino cum donatario communes, *arg. l. nec adjecit 9. ff. pro socio. Donell. Arumæus, Corbulus, & alii locis supra designatis.*

340 Non turbat nostram assertionem *d. l. 3. vers. minimè licere, &c. C. de jur. emphyteut.* ubi disertè negatur, jus emphyteuticum absque consensu domini per emphyteutam transferri posse. Ita enim Justinianus loquitur: *Minimè licet emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre.* Illud verbum, *transferre*, etiam donationem includit: cùm per eam procul dubio jus emphyteuticum in donatarium transferatur. Non, *inquam*, versiculus ille nostram assertionem turbat. Nam ex subsequentibus statim Justiniani verbis apparet, ad translationem fundi vel juris emphyteutici consensum domini non simpliciter & præcisè, sed hactenus desiderari, quod emphyteuta domino futuram mutationem, per venditionis titulum factam, ritè denunciare debeat; ut ipse dominus eodem precio meliorationes & jus emphyteuticum emere valeat. At nos in quæstione proposita non de venditione & precio, cujus lex ista tantum meminit, sed gratuito donationis titulo agimus, *Idemque docuimus in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis quæst. 15. n. 4.*

341 Nihil movet trita juris regula, qua dicitur: eidem vendendi jus esse, cui donandi, *l. cujus 163. ff. de reg. jur.* Ideoq: sicut emphyteuta inconsulto domino donare potest: ita etiam eundem vendere posse dicendum videbatur. Nihil, *dico*, hæc movet regula: quia neutiquam procedit, si donandi & vendendi diversa appareat ratio, ut hic.
342 Sic & decurio licèt prædia sua sine decreto judicis vendere vetetur; ea tamen donare non prohibetur, *l. ult. C.*
343 *de prædiis decurionum sine decr. non alienand.* Faciliùs quippe homines inducuntur ad vendendum, quàm donandum, propter commoditatem precii. Hancque ipsam ob causam Senatusconsultum Vellejanum obligatæ mulieri succurrit, non donanti, *l. sed si ego. 4. §. fin. ff. ad SC. Vellejan.* quia mulier non facile donat, & mulierum genus est avarum, auctore Cicerone, *lib. 1. de invent.*
344 & avarissimum, tradente Accursio *in l. Nesennius 34. in verb. ex contrario. ff. de negot. gest. & in dict. l. 4. in gloss. §. 1. ff. ad SC. Vellejan.* imò vice miraculi est, cùm mulier donat, pronunciante Baldo, *quem refert Tiraquellus in legibus connubialib. leg. 9. gloss. 1. part. 9. num. 43. & seq. ubi hac de re prolixe agit.*

Nostram quoque non infringit sententiam *l. universas* 345
2. Cod. ne rei dominicæ vel templorum vindicatio, &c. ex qua patet; quòd Ecclesiæ vel Reipublicæ bona emphyteutica nullo titulo oneroso, vel lucrativo alienari possint. *Quandoquidem* emphyteutæ jus suum, quod in prædio emphyteutico habet, libere donare licet: modò citra fraudem, & cum hac protestatione donet: quod velit jus Ecclesiæ Reivè publicæ nihilominus per istum donationis actum, salvum atque intemeratum esse, *prædicta l. 1. C. de fundis patrimonialib. Baldus in d. l. fin. C. de jur. emphyt.*

Eandem præterea traditionem non debilitat; quod ob- 346
jicitur; invito creditori alium debitorem obtrudi sive substitui non posse, *l. si mandatu 45. § 2. ibi, aut si noluit creditor obligationem mutare. ff. mandati. l. si actor 29. ff. de procuratorib. l. in vendentis 13. C. de contrah. empt. l. pacto successorum 26. C. de pactis cum similib.* Cùm enim fundi vectigalis sive emphyteutici hæc sit conditio & natura, ut in alium transferri possit per emphyteutam: consequens est; dominum, qui fundum vectigalem alii concedit, secundum naturam & conditionem fundi vectigalis dedisse, atque adeo etiam in hoc consensisse, ut fundus ille donando transferri, eaque translatione alius emphyteuta in locum prioris substitui possit. Contrahentes etenim 347
præsumuntur contraxisse secundum subjectam materiam, *arg. l. insulam 6. ff. de præscript. verb. & l. quæro 54. ff. locati.* & naturam rei, in conventionem deductæ, *l. si stipulatus 4. ff. de usuris l. damni 43. ibi, & quod in stipulatione est. ff. de damno infecto, ibique Doctores.* Sed & ipse dominus in dubio censetur accommodasse voluntatem suam ad id, quod jus disponit, *arg. l. si cui. 9. ff. de servit. & l. quanquam 62. in princip. ff. de ritu nuptiar.* 348
Proinde rectè asseritur; emphyteutam, domino etiam non consentiente, jus emphyteuticum donationis titulo in alium transferre posse. Ne verò hac ratione dominus possit ludificari, aut jure suo omnino privari, cui contra donatarium seu novum emphyteutam nulla competit actio personalis, utpote cum quo non contraxit: debebit donatarius (qui rei possessionem nequit auctoritate propria ingredi; sed ab ipso domino introducendus est) requirere dominum, ut se investiat, & in rei emphyteuticæ possessionem mittat. Sicque domino contra novum emphyteutam satis ex nova conventione prospectum erit: debetque donatarius, idemque novus emphyteuta, in præmium investituræ, domino quinquagesimam partem æstimationis rei emphyteuticæ, laudemii loco, persolvere, *d. l. fin. & ibi Coras. n. 9. C. de jure emphyt. Bronchorst. d. cent. 1. assert. 51. edit. 1.* Vide tamen hac de re *Donellum d. lib. 9. Commentar. cap. 14. pag. 449. & seqq. Bocer. d. class. 2. disputat. 14. th. 68. & D. Obrecht. d. disputat. 36. th. 194. & seqq.* Qui Auctores non male 349
tradunt: ipsum veterem emphyteutam à domino testato desiderare debere, ut is novum emphyteutam suscipiat, eumque in possessionem fundi emphyteutici inducat. Hoc facto, ad duos menses emphyteuta vetus domini voluntatem expectare; & si ipse novum emphyteutam admittit, quinquagesimam (*ut modo dictum*) partem æstimationis fundi vectigalis ei præstare debet. At duobus mensibus exactis, si dominus voluntatem suam non aperuit, liberum est emphyteutæ, jus suum in alterum transferre; nec eo nomine quicquam domino præstare tenetur, *d. l. fin. de jure emphyteut. Corbulus in tractat. de jur. emphyt. c. 14. limitat. 5.*

Similis, nec minus investigatu necessaria quæstio se of- 350
fert: an emphyteuta prædium emphyteuticum absque domini consensu oppignorare possit? Et non posse defendere annititur Sarmientus, *d. l. 3. select. interp. c. 2. n. 32.* ubi audacter dicit, eandem denunciationem, quæ in venditione requiritur, requiri etiam in pignoris constitutione. Sicut enim (*inquit*) in venditione potest dominus offerre precium: ita etiam quando res pignoratur, potest dominus mutare pecuniam, sub qua pignoratur. Nam si admitteretur pignoratio sine domini consensu, nulla ei fa-

cta denunciatione: necessariò etiam permitteretur venditio, *per textum in l. si pupillorum 7. §. si pupillus 1. ff.*
351 *de reb. eor. qui sub tutela, &c.* Hæc Sarmienti nova opinio utcunque plausibilis videtur: eam tamen à veritatis tramite longè lateque aberrare exploratum est, *per textum notabilem in l. lex vectigali 31. ff. de pignoribus & hypo-*
352 *thec.* ubi proponitur, fundum vectigalem sive emphyteuticarium ab emphyteuta oppigneratum fuisse: & quæritur, an rectè pignori datus esset? Respondit Scævola: si pecunia intercessit, pignus subsistere. In hac autem lege, domino non consentiente, nec requisito, fundum emphyteuticum obligatum fuisse, ex eo manifestum evadit. *Tum* quod in illa nulla prorsus fit mentio consensus domini: sed potius ex adverso ostenditur, solum possessorem fundi vectigalis contractum pignoraticium cum creditore celebrasse. *Tum* quod in ea lege à Scævola JC. in dubium vocatur: utrum pignus subsistat: ex quo facilè cernitur, nullam domini requisitionem præcessisse. Si enim domini requisitio sive voluntas intervenisset: temere & frustrà Jurisconsultus dubitasset, an fundi vectigalis hypothecatio jure valeret. *Tum* denique, quod eadem in lege subjicitur, si debitor emphyteuta, vel creditor secundum legem contractus emphyteutici canonem non solverit, potiorem esse dominum in fundo vectigali ipso creditore cui fundus obligatus sive pignoratus fuerat. Ex quo rursus infertur: dominum in hypothecationem fundi vectigalis minimè consensisse. Alioquin enim non ipse, sed creditor ratione pignoris, consensu domini constituti, potior esset.

353 Huic decisioni non obstat vulgata regula, qua adstruitur; quod prohibito uno, omnia simul, quibus ad id pervenitur, prohibita esse intelligantur, *l. oratio 16. ff. de sponsalib.* Venditio autem juris emphyteutici, domino non requisito, prohibita sit. Ergo etiam pignoratio per quam ad venditionem pervenitur, interdicta censeatur. Non, *inquam*, ista regula obstat. Venditio namque fundi emphyteutici non simpliciter, sed hactenus prohibita est, ut illum emphyteuta non possit domino (qui requisitus precium offerre mavult) non consentiente distrahere. Cæterum si dominus, post denunciationem sibi factam, precium intra tempus legitimum offerre tergiversatur: eo etiam invito, venditio perfici potest, *l. 3. C. de jure emphyteut.* Sed & per pignorationem, emphy-
354 teutæ concessam, non pervenitur ad venditionem, eidem interdictam. Neque enim, pignoratione fundi emphyteutici interposita, creditori licet fundum hypothecatum vendere; domino, qui requisitus precium offerre paratus est, consensum suum non accommodante, *d. l. 3. C. de jur. emphyt.* Atque hac responsione satisfieri etiam potest dissentientis Sarmienti fundamento, quod extruxit *ex d. l. si pupillorum 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c.* Affirmamus siquidem, pignoratione concessa, haudquam permitti creditori, domino contradicente, fundum emphyteuticum hypothecæ suppositum distrahere. Nam licet minime negetur, creditorem istum fundum vendere posse: hæc tamen venditio secundum conditionem ac naturam rei emphyteuticæ instituenda; adeoque, domino prius requisito, peragenda erit, *d. l.*
355 *3. C. de jur. emphyt.* Nec contrarium *ex d. l. si pupillorum 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c.* colligitur. Quoniam ibi decretum Prætoris, in venditione rei pupillaris, pignori suppositæ, ideo non desideratur: quod decretum illud in contractu pignoris legitimè interpositum fuerat. Sufficit enim, decretum semel in actu intervenire, sive interponi: nec postea in executione ipsius actûs necessario requiritur, *arg. l. quæro 60. §. 1. vers. sed ut expediatur quæstio. ff. de jure dot.*

356 Amplius sententiæ nostræ nihil detrahit *l. final. C. de reb. alienis non alienand.* ubi alienatione prohibita, censetur etiam pignoris datio interdicta esse. *Quia* ea de specie illic tractatur, in qua alienatio simpliciter prohibita fuit: qua prohibitione facta, utique etiam pignoris datio inhibita esse intelligitur. At verò fundi emphyteutici venditio non simpliciter (*ut paulo antè dictum*) sed hactenus emphyteutæ est interdicta, ut illum nequeat, domino, si modò ipse precium offerre velit, non consentiente distrahere, *sæpè allegata l. 3. C. de jure emphyt.* Atque hæc, quam defendimus, receptissima est & communissima Interpretum sententia, *Accursii in d. l. 3. in verb. aliis vendere C. de jur. emphyt. Jasonis ibidem n. 78. & Saliceti nu. 6. Grati consil. 54. num. 5. vol. 1. Boerii decis. 181. nu. 2. Johannis Croti in l. si constante 24. nu. 94. ff. solut. matrim. Suarez. in thes. recept. opin. in verb. emphyteuta nu. 105. Julii Clari lib. 4. sentent. §. emphyteusis quæst. 18. Antonii de Gammia decis. Lusitan. 28. fol. 30. item decis. 108. fol. 87. Johannis Borcholten. de feudis c. 3. num. 42. circa finem Aurelii Corbuli in tract. de jure emphyt. cap. 14. limitat. 33. & aliorum, quos hic prolixe commemorat.*

Huic proxima, nec minus controversa quæstio est: 357
utrùm emphyteuta sine consensu domini, rem emphyteuticam titulo permutationis in alium transferre possit? Et negativè respondere videtur *Speculator in tit. de emphyteusi. q. 121. n. 147. Angel. in l. cum his 8. §. si cui non 24. ff. de transact. & Sarmientus lib. 3. select. interpret. c. 2. n. 20.* Verum contrariam affirmantem sententiam, post multos alios, tuentur *Jason in l. fin. num. 101. C. de jure emphyt. Clarus in d. §. emphyteusis quæst. 17. Tiber. Decian. respons. 55. nu. 61. vol. 3. Tiraquell. de retract. lignag. §. 30. gl. 1. n. 34. Guid. Pap. decis. 92. Hieron. Gabriel. cons. 84. nu. 3. & Corbulus d. tract. de jur. emphyteut. cap. 14. limitat. 12.* Ejusque ratio ferè eadem est, quæ est in donatione, quàm inscio & inconsulto domino fieri posse ostendimus *supra n. 337.* Plerunque enim 358
permutat emphyteuta propter affectionem, quam habet ad rem, quam ex permutatione consequi intendit, ob vicinitatem fortè, vel commoditatem, aliàs non permutaturus, si non posset illam rem assequi. Non igitur citra injuriam emphyteutæ, aliam rem offerendo, permutationem hanc dominus impedire conabitur. Et sane dominus vix idem præstare potest, quod offert is, cum quo permutatio instituitur. Aut enim non habet easdem res, aut non eodem loco sitas, aut non tam commodas emphyteutæ, quàm alter habet. *Dn. Obrecht. d. disput. 36. th. 191.*

Nec adversatur *l. sciendum 19. §. deinde 5. ff de ædil.* 359
edict. l. final. ff. quib. ex caus. in possess. eat. & l. statu liberi 29. ante finem ff. de statu liberis, in quibus legibus dicitur, permutationem esse similem venditioni, verboque emptionis omnem alienationem contineri. Cùm itaque venditio fundi emphyteutici prohibita sit: efficitur inde, permutationem etiam ejus censeri interdictam. Hoc, *inquam*, non adversatur: quandoquidem permutatio venditioni similis est, & verbo emptionis comprehenditur; non utique ratione proprietatis vocabuli, sed ratione mentis & voluntatis, eo scilicet casu, in quo eadem militat permutationis & emptionis ratio. Ast in proposita quæstione longè diversam rationem inter emptionem & permutationem esse, superius ostensum est. Et certè utriusque diversitas vel inde constat; quod permutatio rebus, venditio precio fieri dicitur, *l. 1. ff. de rer. permutat.*

Vicina quoque quæstio hæc est; nunquid emphyteuta 360
absque domini consensu prædium emphyteuticum alicui fœminæ in dotem dare queat? Affirmativæ opinioni plerique Dd. subscripserunt: *Saliceus nu. 10. & Jason nu. 107. in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Speculator d. tit. de emphyteusi qu. 109. nu. 133. Imola in c. potuit. de locato num. 17. Bertrand. cons. 180. vol. 2. Hostiens. in summa tit. de locat. §. fin. vers. nunquid ergo res emphyteutica potest in dotem dari, &c. Tiraquell. de retr. lign. §. 1. gl. 14. n. 95. Corbulus d. tract. de jur. emphyt. cap. 14. limitat. 20. aliique complures, per eos citati.* Et ratio 361
hujus (quemadmodum & præcedentium alienationis specierum) hæc assignari potest: quia denunciatio & expectatio consensus domini in eum finem à lege desideratur, cùm emphyteuta vult vendere jus emphyteuticum, vel meliorationes suas, ut potestas fiat domino eodem precio emendi, si velit, *d. l. fin. vers. sed ne hac occasione C. de jur. emphyt.* Sed huic fini ut locus non est in donatione, legato, oppignoratione, & permutatione, *de quibus supra n. 337. 338. 350. & 357.* ita nec in dotis datione

Digitized by Google

tione. Proindeque in his alienationibus omnibus domi-
362 ni consensum exigere non debemus. Accedit & illud,
quod antiquitus emphyteuta quovis modo alienari libe-
rè impuneque poterat, & in alium transferre jus suum,
ut arguit textus *in hoc §. nostro. vers. ut ecce, &c. & l. 1.*
in princip. ff. si ager vectigal. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pi-
gnor. act. & l. si domus 71. §. fin. ff. de legat. 1. Sed hæc
libera alienandi potestas illi in venditione solummodo,
Justiniani constitutione novâ adempta est, in cæteris ne-
gotiis non item. Itaque cæteræ alienationes ei liberæ
363 relictæ censentur. Quicquid enim nova lege specialiter
non est expressum: id veterum legum constitutionum-
que regulis relictum intelligi debet, *l. præcipimus 32. in*
fine. Cod. de appellationib. Dn. Bocer. class. 2. disput. 14.
thes. 67. sub lit. a. edit. 2.
364 At difficilior videtur quæstio: ecquid emphyteuta
fundum vectigalem æstimatum, domino non consenti-
ente, alicui in dotem dare possit? Et minimè posse, In-
terpretes numero non pauci concludunt, *Speculator d. tit.*
de emphyteusi, q. 110. n. 134. Imol. in d. c. potuit. n. 17.
de locat. Salicet. nu. 16. & Jason n.108. in d. l. fin. C. de
jur. emphyteut. Tiraquell. de retraict-lignag. §. 1. gl. 14.
n.21. Decius consil. 160. col.2. Guido Pap. decis. 48. n. 2.
& alii, quos congessit Corbulus prædicto cap. 14. ampliat.
32. Atque hanc conclusionem veritati omnino esse
congruam, existimo. Etenim ex supra dictis patescit;
venditionem fundi emphyteutici impediri posse per do-
minum, hac ratione, ut ipsemet precium offerat, fun-
dumque emphyteuticum, si velit, emat, *d. l. fin. C. de jur.*
365 *Emphyteut.* Jam autem datio rei æstimatæ in dotem, spe-
cies venditionis reputatur: atque ita in dubio res æstima-
ta in dotem marito data, ei vendita intelligitur, *l. cum*
fundus 3. ff. locati. l. plerumque, 10. §. si ante 4. & l. cum
post 69. §. cum res 7. ubique Gothofred. ff. de jur. dot. l.
quotiens 5. ibique Bald. C. eod. t. Quocirca rectè præfatis
Doctoribus placuit; fundum vectigalem æstimatum, do-
mino invito & dissentiente, in dotem dari non posse:
sed domino facultatem competere offerendi precium, in
quo dos consistat, translato utili dominio in ipsum po-
366 tius, precium offerentem, quàm in maritum. Et quamvis
ab hac opinione, quæ communem nacta est applausum,
recedat Molinæus *in consuetudinib. Parisiens. tit. 2. §. 56.*
gloss. 1. n.36. ob hanc maximè rationem; quod æstima-
tio in dubio venditionem non faciat sive inducat, *arg. l.*
æstimatis 50. ff. solut. matrim. ubi maritus, cui res æsti-
matæ in dotem datæ fuerunt, easdem res adhuc extan-
tes, soluto matrimonio restituere tenetur; adeoque per
æstimationem rerum dotalium venditio non contracta
videtur: attamen cùm supra *ex l. quotiens 5. C. de jure*
dot. & similibus ostensum sit per æstimationem rerum
dotalium regulariter venditionem contractam censeri:
367 non est, quod isthac Molinæi objectione moveamur.
Nam ad præcipuum ipsius fundamentum, *puta d. l. æsti-*
matis 50. ff. solut. matrim. quod attinet: maritus in ejus
legis specie res ipsas æstimatas, in dotem datas, matrimo-
nio dissoluto, idcirco tenetur restituere: quod ex verbis
paciscentium liquido constabat, illud actum fuisse, ut
ipsæmet res perempto matrimonio redderentur. Et qui-
dem contrahentium verbis & illud apparebat, æstimatio-
nem non eo animo, ut contraheretur venditio, sed alio
consilio interpositam fuisse. Etsi enim, *ut dictum,* rerum
dotalium æstimatio regulariter venditionem constituit:
tamen etiam alio fine, alioque consilio talem æstimatio-
nem per maritum & uxorem interponi posse, non dubium
est, *l. si inter virum 21. C. de jure dot.* Interim autem re-
gula isthæc; quòd æstimatio venditionem inducat, nisi
contrarium evidenter actum fuerit, firma permanet.
368 Prætermittenda hoc loco non est quæstio illa: Utrum
emphyteuta prædium emphyteuticum creditori, cui ad
certam pecuniæ summam obligatus est, irrequisito domi-
no, in solutum dare possit? Et breviter statuendum est;
emphyteutam id facere non posse: sed domino faculta-
tem concedi, ut post denunciationem sibi factam ipsemet
pecuniam creditori debitam exponat, sicque prædium
369 ad se recipiat. Hujusque ratio perspicua est: quia da-
tio in solutum, quæ fit voluntariè pro pecunia debita,
mera venditio dicitur, *l. ult. ff. de reb. auctorit. jud. pos-*
sidend. l. si prædium 4. in fin. C. de evictionib. Ludovic.
Bologninus consil. 21. & cons. 25. num. 4. Afflict. decis.
335. n. 18. & decis. 368. n. 2. Aret. cons. 160. n. 15. &
seq. Quemadmodum ergo in venditione; ita & datione
in solutum potestas competit domino offerendi pecu-
niam, eaque oblatione efficiendi, quo minus, se in-
vito, emphyteusis per venditionem vel dationem in
solutum, in alium transferatur, *d. l. fin. C. de jure*
emphyt. ubi Jason num. 113. vers. intelligo tamen, &c.
Decius cons. 166. Bursat. cons. 44. num. 29. vers.
at secus vol. 1. & alii, quos laudat probatque Aure-
lius Corbulus d. tract. de jure emphyt. cap. 14. limitat. 19.
num. 3. & seq.

Denique & illud quæritur: num emphyteuta possit 370
in prædio emphyteutico sine domini consensu servitutem
constituere? Et id illum posse, Doctores communiter,
& meritò quidem, tradiderunt, *Jason in multoties allega-*
ta l. fin. C. de jur. emphyt. nu. 117. & seq. Afflict. decis.
380. n. 2. & seq. Boer. decis. 181. nu. 1. & seqq. Natta
cons. 516. num. 12. Roland. à Valle cons. 59. num. 10. &
13. vol. 2. Corbul. d. c. 14. limitat. 29. Clarus lib. 4. sent.
§. emphyteusis quæst. 21. Joan. Borcholt. de feud. cap. 3.
num. 43. Hac enim ratione nihil domino detrahitur:
cùm is nihilominus rem emphyteuticam salvam habeat,
& quotannis pensionem constitutam accipiat: ipseque
emphyteuta suo tantum, non domini juri præjudicet.
Unde finitâ emphyteusi, finitur quoque servitus: quia 371
extincto jure dantis, etiam jus accipientis extingui solet,
l. Statius Flor. 48. ff. de jure fisci. l. peto 69. §. prædium 1.
ff. de legat. 2. l. lex vectigali 31. ff. de pignorib. Tira-
quell. in l. si unquam super verbo, revertatur, num. 330.
C. de revocand. donat. & in tract. cessante causa, cessat
effectus, limitat. 1. num. 24. itemque in tract. Le mort
saisit levif. declarat. 1. partis tertiæ, num. 8. & monitum
s. numer. 161.

Quemadmodum porrò emphyteuta commoda, incre- 372
menta, & augmenta, fundo emphyteutico obvenientia,
percipit, ut hactenus abundè demonstratum: ita etiam
vicissim incommoda ac onera nonnulla, ad jus emphy-
teuticum pertinentia, sustinere tenetur. Etenim illum ad
annuam pensionem domino præstandam obnoxium esse,
tum ex definitione emphyteuseos, *supra nu. 4.* proposita
effloreseit: tum ex hoc §. nostro, *in verb. ut quamdiu pen-*
sio, &c. l. 1. ff. si ager vectigalis, &c. & l. 2. ibi solitam
pensionem C. de jure emphyt. dilucidè probatur. Interdum 373
tamen emphyteutæ canonis præstationem remittendam
esse æquitatis ratio suadet. Si enim res emphyteutica fa-
tali vel fortuito casu penitus (siquidem ob particularem
rei emphyteuticæ interitum, à pensionis totius præsta-
tione non liberatur, *l. 1. in fine. C. de jur. emphyt. hoc §.*
nostro, in fine. ibique Giphanius, & Vultejus n. 14. & Hei-
gius n. 26. cum seqq.) extincta fuerit, æquissimum est,
à præstatione canonis emphyteutam, cui nihil reliquum
permansit, liberari, & damnum ad ipsum dominum spe-
ctare. Tum quòd re in totum sublata, dominium subla-
tum esse intelligatur; ut ita recognitio dominii, utpote 374
amplius non existentis, esse non possit. Tum quia domi-
nus illud, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo interce-
dente contractu, habiturus fuerat, *d. l. 1. vers. siquidem*
tanta emerserit clades, &c. C. de jur. emphyteut. Et de hoc
illi vulgatissimi, licèt non usque adeo artificiosi rhythmi,
qui à Speculatore in tit. de emphyteusi quæst. 134. *n.* 160.
D. Sichardo in d. l. 1. n. 20. Cod. de jur. emphyteut. &
Claro lib. 4. sent. §. emphyteusis quæst. 8. n. 8. referun-
tur, decantari solent:

Si perit res tota, liberatur emphyteota:
Sed si pro parte, nulla se liberat arte.

Hinc controversia difficilis ac perplexa exoritur: u- 375
trum canon remitti vel reddi debeat emphyteutæ, si pro-
pter bellum, vimvè hostium, & latronum incursum,
non potuit ingredi & excolere fundum emphyteuti-
cum? quamvis variæ & multiplices circa istam quæstio-
nem existant Dd. opinationes, quas (*post Jasonem in d. l. 1.*
num.

Digitized by Google

n. 81. *& seqq. C. de jur. emphyteut.*) accurratè Carolus Molinæus *in consuet. Paris. tit.* 2. §. 62. *n.*54. *cum seqq. & Fachinæus lib.* 1. *controvers. jur. cap.* 90. omnium tamen mihi verissima & æquissima hæc videtur: quòd scilicet emphyteutæ pensio illius temporis, quo fundum possidere non potuit, sit remittenda, *argum. l. cum unus* 12. §. *ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. possideri.* 3. §. *Labeo.* 17. *ff. de acquir. vel amitt. possess. & l. si in venditione.* 10. §. *ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ex quibus legibus evincitur, fundum emphyteuticum, quem ob tumultus bellicos emphyteuta ingredi ac possidere nequit, pro non extante, adeoque pro penitus extincto haberi. Atqui juris non est incogniti, quòd fundo emphyteutico planè extincto, pensio emphyteutæ remittenda veniat, *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut.*

376 Nec adversatur *l. quicunque.* 3. *Cod. de fundis patrimonialib.* ubi ab Impp. Valentiniano & Valente rescriptum est, quicunque possessores jus emphyteuticum susceperint, illos non posse ad refundendum sive reddendum hoc uti prætextu, quod possessiones emphyteutæ desertæ esse cœperint. In ea namque l. nihil agitur de canone, propter desertos agros emphyteutæ emittendo vel reddendo: sed vera mens legis illius hæc est: fundum emphyteuticarium prætextu defectionis & squaloris, vel etiam rescripti, ab emphyteuta relinqui non posse: cum apud eum, & posteritatem ejus perpetuo remanere debeat, *ut rectè Cujacius ibidem explicat.*

377 Sic non obstat, quod dicitur, casus fortuitos omnes ad emphyteutam pertinere. *Novella.* 7 *in præfat.* § *lex itaque talia, &c* & bellum inter casus fortuitos numerari, §. *item, is cui res,* 2. *vers. & is quidem, &c. supr. quibus modis re contrahit. oblig. & l. in rebus.* 18. *ff. commodat.* Etsi enim casus fortuiti, in re emphyteutica contingentes, ad emphyteutam spectant: hoc tamen non procedit in illis casibus fortuitis, quibus fundus emphyteuticus omnino extinguitur. Hos siquidem casus non emphyteutam, sed dominum potius sustinere debere, ostendit *hic* §. *noster & d. l.* 1. *Cod. de jur. emphyteut.* At verò jam ostensum est, fundum emphyteuticum, quem propter vim, & incursiones hostium, bellorumque calamitates ingredi ac possidere emphyteutæ non licet, juris interpretatione pro penitus extincto haberi. Paria quippe esse videntur, rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus. *d. l. cum unus.* 12. *in fine ff. de reb. auctor. jud. possid.* Inundatum autem ab aquis dicitur deperditum, donec & quousque inundatio durat, *d. l. si in venditione* 10. *in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. d. l.* 3. §. *Labeo.* 13. *l. interdum.* 21. §. 1. *& l. qui in universas.* 30. §. *item quod mari.* 3. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ergo etiam fundus emphyteuticus, quem propter vim hostium ingredi non possumus, deperditus esse judicatur, donec vis ista duraverit. Et hanc sententiam frequentiori calculo receptam, atque adeo ab ea in consulendo & judicando non recedendum esse, testantur *Abbas Panormitanus & Imola in cap. potuit. extr. de locato. Alexand. in d. l. interdum.* 21. §. 1. *num.* 7. *ff. de acquirend. vel amitt. poss. Jacob. de Arena, Bartol. Salicet. num.* 13. *Cynus. Fulgos. Guarnerius, Hieron. de Tortis, & Jason. num.* 91. *Cod. de jur. emphyteut. Jul. Clarus lib.* 4. *sentent.* §. *emphyteusis. quæst.* 8. *n.* 6. *Corbulus in tractat. de jure emphyt. cap.* 15. *limitat.* 18. *Valascus in tract. de jure emphyteut. quæst.* 27. *num.* 13. *Gail. lib.* 2. *observ.* 23. *n.* 23. *& seq. Donell. lib.* 9. *Commentar. de jur. civil. cap.* 14. *pag.* 452. *Fachinæus d. lib.* 1. *cap.* 90. *Bocer. class.* 2. *disp.* 14. *thes.* 71. *edit.* 2. *Halbritter. in Disput. de jure emphyt. de anno* 1602. *Respond. Samuele Bansovio. thes.* 26. *sub. lit. c.* Tametsi ex prædictis nonnulli (*ut & Joan. Borcholt. de feud. cap.* 3. *num.* 12 *& Hunnius in resolut. ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 29. *th.* 11. *quæst.* 40. *pag.* 1792.) aliter hanc quæstionem, & quidem variè, expediant.

378 Huic vicina, nec minus ardua controversia est: si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & emphyteuta non modicam, sed magnam fructibusque respondentem pensionem exsolvere teneatur, utrum ea pensio propter sterilitatem illius anni emphyteutæ sit remittenda? Et remittendam esse, censuerunt *Neviz. in consil.* 92. *num.* 44 *& seq. Paul. de Mont. Pic. in repet. auth. præterea. n.* 13. *& seq. Cod. unde vir & uxor. Roland. à Valle consil.* 96. *n.* 26. *vol.* 1. *Aret. consil.* 55 *col.* 2. *& consil.* 110. *col.* 2. *Ruinus consil.* 77. *n.* 7. *& consil.* 161. *n* 21. *vers. secundo principaliter. vol.* 1. *Berous in d. c. potuit.* 4. *n.* 175. *ext. de locat. Cotta in suis memorab. in verb. emphyteuta regulariter. Jacob Port. consil.* 144. *n.* 2. *Molinæus in consuetud. Paris. tit.* 2. § 62. *nu.* 58. 60. *& Bachovius in suis not. ad vol.* 1. *Treutleri, disp* 29. *th.*7. *lit. F. pag.* 1121. Cæterum contrariam, seu veriorem, probarunt sententiam *Gloss. in d. c. potuit. super* 379
verb. expelli. ad fin. in vers. sed nunquid propter sterilitatem. & c. de locato. ibique Panormitan. n. 17. *& Imola n.* 41. *Alberic. de Rosat. num.* 6. *Salicet. num.* 10. *& Jason. nu.* 18. *Bursat. consil.* 11. *num.* 22. *Natta consil.* 49. *num.* 14 *& consil.* 194. *num.* 4. *& seqq. Valascus d. tract. de jur. emphyteut. quæst.* 27. *n.*7. *&* 12. *in fine. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. c.* 15. *ampliat.* 12. *num.* 3. 5. *& seqq. ubi plures enumerat.* Quibus adstipulantur etiam *Clarus in d.* §. *emphyteusis. q.* 8. *nu.* 7. *Gail. d. lib.* 2. *observ.* 23. *num.* 23. *& seqq. Fachinæus d. lib.* 1. *controvers. jur. c.* 89. *ver. cæterum re diligentius, &c. Bronchorst. centur.* 1. *ἐναντιοφανῶν. assert.* 55. *edit* 1. *Borcholt. de feud. cap.* 3. *num.* 11. *& idem part.* 1. *disput. de jur. emphyteut. thes.* 13. *& seq. pag.* 125. Moventur hi 380
Interpretes maximè textu *in l.* 1. *in fin. C. de jur. emphyteut. & hoc.* §. *nostro.* ubi dicitur, damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam spectare. Sed damnum ex sterilitate redundans, non est ejusmodi, quo substantia rei tota perimatur. Ergo ad emphyteutam spectat. Neque verò nervus hujus argumenti præcidi potest insulsa quorundam interpretatione, hunc §. nostrum & dictam *l.* 1. *C. eod.* ea dumtaxat de specie intelligentium, qua non magnus canon, sed exiguus, puta in duobus, tribus, quatuor, aut quinque nummis consistens, in conventionem fuit deductus: quo casu omnes unanimi suffragio concludunt, periculum sterilitatis ad emphyteutam pertinere; sicque eum à præstatione exigui canonis propter sterilitatem non liberari. Huic namque interpretationi primò contradicunt ista generalia *dictæ l.* 1. *C. de jur. emphyteut. & hujus* §. verba, indistinctè de contractu emphyteutico loquentia. Ergò ad illum contractum non sunt restringenda, quo exiguus tantum canon præstandus est: præsertim cum emphyteusis etiam tum rectè constituta dicatur, quando pro re preciosa & fertili, justa & condigna pensio solvitur, *argum. auth. perpetua. Cod. de sacros. Eccles. & Novell.* 7. *c.* 3. §. 1. *quia verò Leonis, &c.* Deinde in *hoc* §. *nostro.* proponitur, prædium quibusdam datum fuisse fruendum: & sic prædium fuisse fructiferum. Ex quo verisimile redditur, non exiguum, sed magnum, 381
& fructibus condignum canonem pro isto prædio in conventionem deductum fuisse: cum nemo suum jactare, patrimoniique sui jacturam facere velle videatur, *l. cum de indebito.* 35. *circa princip. ff. de probationib.*

Non obstat huic sententiæ *l. ex conducto.* 15. §. *si vis.* 2. 382
l. si merces. 25. §. *vis ma.* 6. *ff. locati. l. licet.* 8. *C. de locato &c. propter sterilitatem.* 3. *extr. eod. t.* quibus in locis conductori, cui emphyteuta similis est, propter sterilitatem pensionis sive mercedis fit remissio. *Nam* emphyteutam in multis à conductore differre, contractumque emphyteuticum à locatione & conductione separatum atque distinctum esse, constat *ex d. l.* 1. *C. de jure emphyteut & abunde explicatum est supr. n.*7. *& seqq.* A separatis autem 383
& diversis illationem non concedi, explorati juris est, *l. Papinianus* 20. *ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter stipulantem.* 83. §. *sacram ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. l. neque natales.* 10. *C. de probationib.* Hæcque responsio eò facilius admitti debet, quod magna inter 384
locationem & emphyteusin appareat differentiæ ratio. In contractu namq; emphyteutico pensio, quantumvis magna & fructibus æqualis non præstatur propter rei usum, & in compensationem fructuum: sed propter dominii recognitionem, ad quam, utpote quæ est de substantia contractus emphyteutici, contrahentes potissimũ respicere solent. At verò merces in locatione principalit. præstatur ob usum

Digitized by Google

usum rei: adeo, ut si conductor re uti nequeat; meritò aliquid de mercede remitti ei debeat, quasi ita tacitè inter eum & locatorem convenerit. *d. l. licet.* 8. *C. de locato prolixè Corbulus d. c.* 15. *ampliat.* 12. *num.* 21. *Gregor. Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civ. c.* 16. *pag.* (*mihi*) 81. *& seqq.*

385 Disceptari quoque consuevit: si fundus emphyteuticus aquis submersus vel inundatus fuerit; an emphyteuta anni illius, quo duravit inundatio, canonem domino præstare obligatus sit? Et obligatum non esse, vero propius esse reor, *argum. prædictæ l. cum unus.* 12. §. *ult. ff. de reb. auctor. judic. possid. d. l.* 3. §. *Labeo.* 17. *ff. de acquir. vel amitt. poss. d. l. si in venditione.* 10. *in fin ff. de pecul. & commod. rei vend.* ubi Ulpianus ait, rem inun-
386 datione perire, sicuti chasmate pereat. Jam vero, re tota peremta aut læsa, periculum dominus sustinet, *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut. & hoc §. nostro.* Qui textus non stricte de ipsius substantiæ sive prædii emphyteutici interitu tantum, sed etiam de totius rei damno & læsione, quæ ita substantiam perimat, ut de ejus corpore nihil extantis reliquum remanere videatur, intelligi debent. Utuntur quippe Impp. verbis, *damnum, læsatur,* &c.
387 Quod si enim de eo solo interitu textus isti acciperentur, quo tota rei substantia prorsus è rerum natura tolleretur: certè de casu rarissime eveniente, imò ne vix quidem existente intelligerentur, *contra l.* 4 & 5 *ff. de legib.* Etenim per motu terræ motus; quibus agri ita corruunt, ut nusquam conspiciantur, aut chasmata eveniunt, *teste Plinio lib.* 2 *natural. histor. c.* 80. Et ita in terminis, *post alios, quos citat,* concludit Alexand. *consil.* 112. *videtur in præsenti. vol.* 1. Nec moverit, si dixerit quispiam, emphyteutam ad canonis præstationem obligatione personali esse adstrictum, adeoque ab ea, si fundus aquis submersus fuerit, non liberari: cum ex contractu obligatus sit, personalisque obligatio non rem, sed personam perpetuo sequatur. *l.* 1. §. *si heres.* 16. *ff. ad SC. Trebellian. l. ult. in fin. ff. de contrah. empt. &* §. 1. *infr. de action.*
388 Nam personalis obligatio personam quidem perpetuo comitatur, si simpliciter sit contracta: secus autem est, si ex natura contractus constet, contrahentes eo usque tantum obligatos esse voluisse, quamdiu res, cujus ratione obligantur, in rerum natura manserit. Contrahentes enim secundum naturam contractus contrahere voluisse censentur. *l. quero.* 54. §. 1. *ff. locati. l. si stipulatus* 4 *ff. de usur. Alciat. in tract. de præsumpt. reg.* 3. *præsumpt.* 32. *num.* 1. *late Menoch. de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.*
389 38. Contractus autem emphyteutici eam esse naturam & conditionem, ut re extincta pensio non amplius sit præstanda, liquet ex *d. l.* 1. *Cod. de jure emphyteut.* Ideoque contrahentes huic naturæ & conditioni se conformasse, & hoc voluisse creduntur, ut quovis modo re emphyteutica perempta, personalis quoque obligatio præstandi canonis cessare debeat. Firma igitur subsistit conclusio: quod emphyteuta propter inundationem, qua ager emphyteuticus submergitur, à canonis solutione liberetur per id temporis spacium, quo inundatio duravit.

390 Enim verò conclusio isthæc non procedit, si inundatio, quæ supervenit, non erat insueta, sed solita contingere. Tunc etenim emphyteuta non excusatur, *ut docet Bald. in d. l. licet.* 8. *in* 2. *quæst. Cod. de locato & cond. per d. l. ex conducto.* 15. §. *si vis.* 2. *ibi, si verò nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse ff. locati conducti, & arg. l. qui bona.* 13. §. *de illo.* 6. *ff. de damno infect. Idem tenet Igneus in repetit. l. contractus.* 23. *n.*
391 10 *ff. de reg. jur.* Similiter non locum habet præfata conclusio, si emphyteuta omnium casuum periculum in se susceperit: aut culpa, negligentia, vel incuria sua causam inundationi dedit; fructusve, qui postea inundatione perierunt, justo tempore non collegit. His siquidem casibus à præstatione canonis minimè illum excusari, probabilius est, *arg. l. item queritur.* 13. §. 1. *ff. locati l. quod te.* 5. *ff de reb. cred. si cert. pet. & l. cum res legata* 47. §. *fin. ff. de leg.* 1. *Igneus loco proximè notato: quem refert & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap.* 15. *limitat.* 19. *num.* 3. & 4.

Cæterùm emphyteuta non solum annuam pensionem 392
præstare domino cogitur, *ut hactenus probatum*: sed & publicis præstationibus, fundi emphyteutici nomine, fungitur. *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* Publicæ autem illæ præ- 393
stationes seu functiones sunt publicæ pensitationes, id est, ea, quæ fisco aut Reipublicæ quotannis præstantur: qualia sunt vectigalia, collectæ, tributa, publicæ viæ refectiones, collationes in refectiones aggerum, & similia. Hæc munera quia prædiorum possessores onerant *leg. Imperatores.* 7. *ff. de publican. & vectigal.* idcirco & emphyteuta, qui fundi possessor est, ea præstare compellitur, *l. sciendum.* 7 §. 1. *ff. qui satisd. cogant. Donell. lib.* 9. *Comment. de jur. civil. cap.* 14. *p.* 452. *num.* 30. *Johan. Franc Purpuratus consil.* 50 *num* 7. *consil* 332. *num.* 2. *& consil.* 356. *num.* 4 *item Alvar. Valasc in tract. de jur. emphyteut. quæst.* 17. ubi conclusionem istam, quod emphyteuta tributa, & omnia onera realia, quæ præstantur a re, vel occasione rei, solvere teneatur, multis extensionibus & limitationibus egregiè atque copiosè declarat. Ea de re videantur Bachovius *in suis not. ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 29. *thes.* 10. *lit. B. pag.* 1131. & mihi Hunnius *quæst.* 39. *pag* 1790. D Bocer. *in tract. de jure collectar. cap.* 10 *num* 5. *& seqq.* Stephanus Gratianus *disceptation. forens. cap* 294. *num.* 30. Regner. Sixtin. *in tract. de regalib. cap.* 14. *num* 84. Georg. Mundius, *Gener mihi charissimus, in Disput. de Collectis. thes.* 78. Eggebrecht. *in Synopsi juris emphyteutici, conclus.* 196 & 5. *sequentib.* Eamque rem paulo explicatius tractavi *in addit. ad Jul. Clar.* §. *emphyteusis. quæst.* 46. Adhæc apo- 394
chas (quæ alias Quietationes sive Quitantiæ, vulgò *Quittungen, Quittantzen* appellitantur: *Wehner. in pract. observat. lit. Q. in verbo, Quittantz, &c.*) emphyteuta prædictarum functionum domino exhibere tenetur. Est verò apocha instrumentum pecuniæ solutæ, à creditore debitori solventi porrectum. *l. qui tabulas.* 27. § *penult. & ult. ff. de furt. l. plures.* 19. *Cod. de fide instrument. l.* 3. *& tot. tit. Cod. de apochis publicis, &c.* Et emphyteuta, cum præstationes illas publicas præstitit, apocham à quæstore, cui solvit, exigere in gratiam domini necesse habet. *d. lib.* 2. *Cod. de jur. emphyteut.* Usus 395
porrò hujus apochæ hic est: ut & dominus, reverso ad cum fundo emphyteutico, de publicis illis pensitationibus præstitis omnino tutus sit: quippe cum possessores etiam præteriti temporis isthæc præstare munera teneantur, *d. l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis, & vectigalibus Donell. d. lib.* 9. *cap.* 14. *pag.* 452. *num.* 40. *D. Bocer. class.* 2. *Disp.* 14. *thes.* 70. *sub lit. c. edit.* 2. *& d. tract. de jure collectar. cap.* 10. *num.* 9. *cum seqq. p.* 133. *& seqq.*

Dictum est hactenus, quomodo emphyteusis constitua- 396
tur, & quid juris emphyteutæ in fundo emphyteuticario competat, nec non quid suo ambitu totum jus istud constitutum complectatur: reliquum est ut de modis, quibus ritè constituta finiatur emphyteusis, tractatio instituatur. Finitur verò & extinguitur variis modis. Et primò quidem exploratum est: emphyteusin ad certum & præfinitum tempus, putà ad decem, viginti, triginta, quadraginta, vel centum annos concessam, eo elapso, ad dominum concedentem reverti. Siquidem 397
concessum ad tempus, post illud tempus censetur prohibitum, *arg. l. statuliberum.* 11. §. 1. *ff. de legat.* 2. *l. pater filium.* 38. §. *fundum.* 3. *ff. de legat.* 3. *l.* 1. *in fin. juncta l. ultim. ff. si ager vectigal. &c. Jul. Clar. lib.* 4. *sent.* §. *emphyteusis, quæst.* 42. *num.* 1. *vers. secundo modo, &c. Valent. Forster. lib.* 3. *de successionib. cap.* 20. *num.* 3. & 4. *Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap.* 11. *ubi plures citat.* Idem est, & si nominatim convenerit, ut ad certum tempus vectigali sive canone non soluto, emphyteuticus fundus ad dominum rediret: & lege commissâ, dominus suâ lege utatur, & fundum vindicet. *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignorib. & hypoth.* Quibus casibus hoc quoque eveniret, ut si emphyteuta prius fundum dederit pignori; cum etiam jus pignoris evanescat, *d. l. lex vectigali.* 31. *ff. eod. Donell. lib.* 9. *Commentar. de jure civ. c.* 15. *pag.* 454. *n.* 40.

Deinde & hoc expeditum est: emphyteusin ad certam 398
gene-

Digitized by Google

generationem datam finiri, extincta ipſa generatione. *Clarus d. quæſt. 42. num. 1. verſ. tertio modo, &c. & quæſt. 28. num. 2. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 16. Bocer. d. claſſ. 2. Diſput. 14. theſ. 74. lit. a.*

399 Quamvis alias emphyteuſis ſimpliciter & pure conceſſa, ad omnem generationem, omneſque heredes non modò maſculos, ſed & fœminas tranſeat, *arg. Novell. 7.*
400 *cap. 3. in princip. ibi, maſculis aut fœminis, &c.* Quo facit illud vulgatum juris theorema: quod pater inter liberos æqualitatem ſervare, & in dubio tam filiabus, quam filiis acquirere velle præſumatur, *arg. l. quæſitum 12. §. idem reſpondit. 43. verſic. ſed & ipſe Papinianus, ff. de inſtruct. & inſtrum. legat. l. illud 20. §. ad hæc. Cod. de collationib. Borcholt. d. cap. 3. num. 14. Clarus d. §. emphyteuſis quæſt. 32. & D. Obrecht. diſput. 36. th. 87. & ſeqq.*

401 At vehementer controvertitur: an emphyteuſis Sempronio, & ejus filiis data, filiabus quoque conceſſa intelligatur, vel potius ad filios duntaxat pertineat: ut, his mortuis ad dominum, filiabus excluſis, redeat? Et hoc quidem caſu filias ſive fœminas cenſeri excluſas, crebrioribus Doctorum votis recepta opinatio eſt. Hanc enim tenent *Jaſon in lec. 2. num. 193. Cod. de jur. emphyt. Alexand. conſil. 61. per tot. & conſil. 80. in fin. vol. 1. & conſil. 87. num. 9. vol. 6. Guido de Suzar. in l. veteribus 39. ff. de pact. Gozad. conſil. 20. num. 1. 2. & 10. Hubert. Zuccard. in l. un. num. 73. Cod. de edict. divi Adriani toll. Ruin. conſil. 35. num. 1. & 13. vol. 1. Roland. à Valle conſil. 93. num. 17. lib. 2. Burſatus conſil. 80. num. 7. Bencenutus decis. Rotæ caſ. 52. Hippol. Rimnald. conſil. 155. num. 3. lib. 2. Coràſius d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 12. num. 3. & ſeqq. aliique plurimi, per omnia relati.* Sed tamen contrarium verius eſſe, teſtantur *Schneidevvin d. lib. 2. quæſt. 17. Cod. de jur. emphyteut. Covarr. lib. 2. variar. reſol. c. 18. num. 1. Clarus d. §. emphyteuſis q. 32. num. 2. in fine. Bocer. d. claſſ. 2. diſp. 14. theſ. 76. & 2. Fachinæus lib. 8. controverſ. cap.*
402 *97. & alii, quos hic allegat.* Horumque ſententia hoc potiſſimum fundamento nititur: quod regulariter maſculinum concipit etiam fœmininum, ſive filii appellatione etiam filia comprehenditur, *l. ſi quis ita 16. in princ. ff. de teſtam. tutel. l. ſi ita ſit ſcriptum 45. in princ. ff. de leg. 2. l. 1. ibique Alciat. l. filii 84. ubi Gædd. & l. pronunciatio 195. in princ. ff. de verb. ſignif.* non ſolum in teſtamentis, ſed & in contractibus, *argum. l. quæ de legatis 46. ff. de evict. l. 1. l. pactum inter heredem 46. ff. de pact. Molin. in conſuet. Pariſ. tit. 1. §. 12. num. 4.*

403 Non refragatur huic deciſioni, quod in contractibus ſtricti juris, qualis eſt emphyteuticus, verba propriè & ſtricte accipiuntur, *l. quicquid adſtringendæ 99. ubi Dd.*
404 *ff. de verb. oblig.* filiorum autem appellatione propriè filiæ non continentur, ſed per extenſionem, *ut arguit textus in l. cum in adoptivis 10. §. quæ in filio Cod. de adoption. d. l. pronunciatio 195. in princ. ibi, porrigitur & l. juſta 201. ff. de verb. ſignif.* Verius namque eſt, quod maſculinum ex proprietate ſermonis concipiat fœmininum: atque adeo filiorum appellatione fœminæ quoque ſeu filiæ contineantur, *l. 1. ibi, complectitur (quod verbum proprietatem denotat) ff. de verb. ſignificat. & legibus ſimilibus, ſupra adductis.* Deinde emphyteuſin eſſe contractum bonæ fidei, non vero ſtricti juris, ex ejus deſcriptione, *ſupra num. 4. & 49. explicata*, abun-
405 de conſtat. Præterea negatur; verba in contractibus ita proprie & ſtricte accipienda eſſe, ut interpretatio juſta, & contrahentium menti conformis excludatur: quandoquidem mens contrahentium magis ſpectanda eſt, quam verba, *l. in conventionibus 219. ff. de verb. ſignif. l. ſemper in ſtipulationib. 34. ff. de reg. jur.*

406 Nec quoque non obſtat, quod in ſtipulationibus & pactis verba ambigua aut dubia interpretanda ſint contra ſtipulatorem, qui poterat legem contractus apertius dicere, *dict. l. veteribus 39. ff. de pact. l. ſtipulatio iſta 38. §. in ſtipulationibus 18. & d. l. quicquid 99. ff. de verb. oblig.* Nam noſtro in caſu verba non ſunt dubia vel ambigua: quia lex illa interpretatur, ut tam maſculos, quam fœminas comprehendant, *d. l. pronunciatio. 195. & d. l. juſta 201. ff. de verb. ſignif. cum ſimilibus.* Sed & cum regula ſit: maſculinum concipere fœmininum: non dicitur res obſcura, neq; ambigua, ſed clara & certa pro eo, qui fundatur in regula, *ut notat Bart. in l. quotiens 13. ff. ſi quis cautionibus &c. & l. 2. col. 1. ff. ſi quis in jus vocat. non ier. Bald. in l. omnes populi 9. col. 10. ff. de juſt. & jur. Petr. de Ancbar. in repet. rubr. de reg. jur. in 6. col. 2. Molinæus d. tit. 1. §. 12. num. 5. ubi id uberius explanat.*

Priori ſimilis hæc controverſia eſt: nunquid emphy- 407
teuſis mihi, & meis filiis conceſſa, etiam nepotibus meis tributa cenſeatur? Et ſane non deſunt, qui exiſtimant, emphyteuſin iſto modo mihi conceſſam, ad nepotes meos non devolvi, ſed morte mea, meorumque filiorum penitus extingui. *Socin. in l. 2. num 9. & Jaſon n. 191. C. de jur. emphyteut. & D. Collega Bocer. d. claſſ. 2. diſp. 14. theſ. 77.* Verum contrariam ego ſententiam benigniorem eſſe atque probabiliorem arbitror, *per l. juſta 201. & l. liberorum 220. §. 1. & §. ult. ff. de verbor. ſignif.* ubi expreſſe dicitur, filii appellatione etiam nepotem compre-
hendi. Idque obtinet non in favorabilibus tantum, ſed 408
& in odioſis *l. filius 14. ff. ad SC. Macedon. l. Senatus conſulto 59. ff. de rit. nupt.* etiamſi in contractu verbis diſertis dictum ſit, ut Titius, & qui ex corpore ejus deſcendunt, ſuccedant, *per ea, quæ eleganter tradit Baldus in l. 1. poſt princip. C. de conditionib. inſert.* ubi ita ſcribit: *Filiorum appellatione nepotes continentur, licet mentio fuerit facta de filiis, ex ſuo corpore natis. Nam verificatur in* 409
nepotibus: quia in eis eſt ſanguinis continuatio, & unum idemque dicitur, quicquid per rerum naturam continuative procedit. Baldum referunt & ſequuntur *Johannes Cephalus conſil. 262. num. 7. ad fin. & Decian. conſ. 9. n. 8. & 9. vol. 2.*

Nec obſiſtit *Novell. 7. c. 3. in princ.* ubi cum & filio- 410
rum & nepotum fiat mentio: videtur dicendum, appellatione filiorum nepotes non contineri. Alias ſiquidem fruſtra Imperator expreſſiſſet nepotes: cum filiorum appellatione venirent. Hoc, *inquam*, non obſiſtit. Quia ob id ſolum nepotum mentio ibi expreſſa eſt: ut hæc verba (*in duobus cuſſdem perſonæ heredibus*) explicarentur: adeoque indicaretur, de duabus generationibus, quarum prima ſit filiorum, altera nepotum, actum fuiſſe.

Pariter non obſtat *§. ſi quis filiabus 5. verſ. cæterum ſi* 411
filios ſupr. qui teſtam. tutor. dari poſſ. & l. quid ſi nepotes 6. ff. de teſtam. tutel. ubi filiorum appellatione nepotes non continentur. Nam (*ſecundum Alciatum lib. 3. paradoxor. c. 14.*) diſtinguendum eſt inter diſpoſitionem legis, & hominis. Si de legis diſpoſitione loquimur: regulariter filii vox ad nepotes producitur, non in favorabilibus duntaxat, ſed etiam in odioſis, *ut ante probatum*: niſi diverſa ratio diſſimile & diverſum jus inducat. Tunc enim filii nomen in nepotem non cadit, *l. ſed & milites 8. in princ. ff. de excuſationibus.* Aſt in hominis diſpoſitione (*ut eſt tutelæ datio*) dictionem filiorum ad nepotes non extendi, receptius eſt, *d. §. ſi quis filiab. ſupr. qui teſtam. tut. dari poſſ. & d. l. quid ſi nepotes 6. ff. de teſtam. tutel.* niſi ex conjecturis colligatur, contrahentem etiam de nepote ſenſiſſe: ut cum alioquin extranei ſuis præponerentur, *l. Lucius 85. ff. de heredib. inſtituend.* vel uſus & conſuetudo teſtatoris hoc ſuaderet, vel alias actus effectum non ſortiretur, *argum. l. alimenta 16. §. 1. ff. de aliment. vel cibar. legat.* Item ſi natura contractus hoc exigat: ut cum vaſallus feudum pro ſe & filiis accipit: vel emphyteuta (*ut in noſtro caſu*) emphyteuſin pro ſe, & filiis ſuis accipit: quia natura hujus contractus eſt, ut in nepotes tranſmittatur. Et diſtinctionis ſive diffe- 412
rentiæ illius ratio ea eſt: quia facilius legis verba extenduntur, quam hominum: cum hæc non producantur, niſi ex mentis conjectura: at lex legis voluntatem ſemper exploratam habet. Ideoque rectè Juſtinianus *in d. §. ſi quis filiabus, ex Ulpiani reſponſo in d. l. 6. ff. de teſtament. tutel.* aſſerit: cum pater tutorem filiis dederit, non cenſeri nepotibus dediſſe: quoniam tutorem dare, hominis actus eſt. Sed & alia ratione firmari poteſt hæc deciſio: quandoquidem generaliter traditum eſt; ſi filiis provideatur propter favorem,

nepotibus quoque videri provisum. Cum autem hæc ratio non militet, si filiis tutor testamento relinquitur: nepotibus de tutore prospectum non videtur. Nec enim respectu tutorum ullus est favor: imò onerosa ipsis tutela esse solet: nec etiam multum inde emolumenti nepotibus oritur: cum cessante testamento, de tutore illis per judicem commodissimè prospici possit, *ut explicuimus in d. §. si quis filiabus num. 4. s. tit. qui testamento tutores dari poss.* Et de proposita quæstione videndus etiam est, *post alios, ab ipso citatos,* Nicolaus Everhard. à Midelburg. *in locis legalib. loc. a feudo ad emphyteus. num. 7.* item Cardinalis Mantica *in tract. de tac. & ambig. convent. p. 412. & seq.* huncque referens Nicolaus Eggebrecht *in synopsi jur. emphyt. conclus. 81. & seqq. ubi plures similes quæstiones attingit.*

413 Præterea finitur & amittitur emphyteusis præscriptione: si vel dominus, vel etiam ex justa causa & bona fide tertius quispiam, fundi emphyteutici possessionem adeptus sit, eamque per tempus legitimum, absque ulla contradictione emphyteutæ, teneat, *arg. tit. 26. §. si quis per triginta annos, lib. 2. Feud. Wesenbec. post alios, in paratit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. per num. 2. vers. finitur porro, &c. Johan. Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 4. partis 4. princ. quæst. 8. num. 4. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 83. edit. 2.* Huicque conferenda sunt, quæ de præscriptione notata sunt supra *num. 232. & seq.*

414 Quia vero hic præscriptionis meminimus: fortassis non inconvenienter quæri poterit: an emphyteuta, qui longissimo tempore, puta 30. vel 40 annis canonem sive pensionem a pensione solvenda, non solum pro tempore præterito, sed etiam futuro, præscripsisse credatur? Et affirmantem quidem sententiam amplexi sunt *Bartolus in l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Corn. cons. 142. num. 11. vers. accedat. vol. 3. & alii, quos citat Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 31. num. 1.* Verum contraria decisio firmiori munita est fundamento. Pro ea enim valde facit *l. cum notissimi 7.*
415 *§. ult. C. de præscr. pt. 30. vel 40. annor.* ubi Imp. Justinus
diserte ostendit; in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot anni sunt. Proinde si emphyteuta spacio annorum 30. vel 40. pensiones non solvit: præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras: quia nova præscriptio est necessaria futurorum annorum, & quidem in singulos annos. Id quod aperte etiam con-
416 stat ex *l. eos, qui, 26. in princ. Cod. de usuris.* Ubi
licet constitutum sit, principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super usuris quæstionem moveri posse: cum, principali causa non subsistente, nec ea, quæ inde sequuntur, locum habeant, *l. cum principalis 178. ff. de reg. jur.* tamen illa lex satis arguit, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Jubemus, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci, &c.* Accedit & hæc ratio: quod de essentia emphyteusis sit præstatio canonis, sive conventio de præstando canone,
417 *de quo supra num. 104. & seqq.* Si itaque quis em-
phyteutam se profitetur, & in solutione canonis cessat: immunitatem sive libertatem à præstatione canonis sibi non acquirit. Hujusque sententiæ auctores sunt, *Accursius in d. l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Jason. in l. 2. num. 72. C. de jur. emphyteut. Guido Papa decis. 406. Gail. lib. 2. observ. 73. num. 1. Fachinæus lib 8. controvers. jur. cap. 99. Mynsingerus centur. 3. observ. 13. Wurmbs. pract. observat. tit. de præscript. cap. 5. Thoming. decis. 17. num. 26. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disput. 29. th. 11. lit. D. pag. 1133. & ibidem Huntius in suis resolut. quæst. 45. pag. 1795. Borcholt. in tractat. de usur. cap. 4. num. 34. & aliquot seqq. & in tractat. de pact. cap. 3. num. 23.*

Nec adversatur *l. sicut. 3. & l. omnes, 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi omnis actio 30. vel 40.
annorum spacio tollitur. *Quia* non negamus, annuas 418
præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extingui, sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur & requirimus, ex præscripto ac mandato dictæ *l. cum notissimi 7. §. ult. C. d. tit.* non autem totius temporis futuri, ex unius anni vel alterius pensionis præscriptione, jus metimur. *Reliqua, quæ in contrarium moveri solent, refellit Fachinæus loco præallegato.* Huc etiam pertinere videntur, quæ notavit D. Bronchorst. *cent. 1. Miscell. controvers. assert. 44.*

Adhæc totius fundi emphyteutici interitu resolvi emphyteusin; nullum est dubium, *l. 1. vers. siquidem tanta emerserit. Cod. de jure emphyteut. & hic 9. infra, vers. sin autem nihil, &c.* Et huc confert, quod & ususfru- 419
ctus (cui emphyteusis similis est, *ut arguit textus in l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt, ff. si ager vectigal, id est, emphyteuticar. pet. & præsens, quem explicamus, §. ibi, quæ fruenda traduntur, &c.*) finitur, si ager vel hortus fructuarius mari aut flumine inundatus sit, *l. si ager 23. & l. seq. ff. quib. mod. ususfruct. vel usus amitt.*

Eadem quoque amittitur emphyteusis, si emphyteuta 420
dolo, culpa latâ, aut levi, rem emphyteuticam insigniter deteriorem fecerit, *Novell. 120. cap. 8. & Auth. qui rem Cod. de SS. Eccles.* Qui textus licet de Ecclesiastica emphyteusi loquantur: recte tamen etiam ad secularem sive civilem, cum in utraque eadem ratio locum habeat, porriguntur. Nam in utraque emphyteusi ita res emphyteutæ datur, ut eam excolat, & meliorem faciat: in utraque (*inquam*) res utenda, non abutenda: meli-
oranda, non deterioranda datur. Et sane si colonus, 421
contra legem contractus faciens, jure expelli potest, *l. ede. 3. C. de locato.* poterit & emphyteuta hac de causa: quia in contractu emphyteutico non minus, ac in contractu locati, firma & rata ea esse debent, de quibus convenit, *l. 1. C. de jur. emphyteut. Jason. in l. 2. n. 98. C eod. Jul. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis, q. 26. & ind. à Valle cons. 49. num. 21. vol. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 86. Hartman. Pistoris lib. 1. quæstion. jur. q. 28. Menoch. de arbitrar. jud. lib. 2. cas. 78. num. 3. D. Obrecht. Disp. 36. de jure emphyteut. thes. 285. & multis seqq. D. Halbritter. Disp. de jur. emphyt. de anno 1602. th. 48. ad lit. b. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 84. edit. 2. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 13. num. 4. & 24. ubi plures recitat.* Idem de feudo respondit *Ludolphus Schraderus in tract. feud. part. 9. c. 6. n. 59. & seqq. per textum in c. 1. §. quicunque advocation. & ibid. Baldus, Alvarott. Præposit. & Matth. de Afflict. de pac. tenend. & ejus violat. tit. 27. lib. 2. feud. ubi ille infinitas ferè auctoritates ad id probandum congessit.*

Sed utrum emphyteuta præter dolum, culpam latam & 422
levem, levissimam quoque præstet, non omnino expeditum est? Et (*haud obstante contraria opinione Cagnoli. & Decii in d. auth. qui rem, C. de SS. Eccles.*) vèrius est; emphyteutam, ob culpam levissimam in re deterioranda commissam, privationis pœnam subire non debere: quoniam is ex natura contractus emphyteutici, propter latam & levem duntaxat, non autem levissimam culpam, tenetur, *l. si, ut certo, 5. §. nunc videndum ff. commodat. l. contractus 23. ff. de reg. jur. ibique Anton. Delrio c. 11. Bald. in d. auth. qui rem, n. 2. C. de SS. Eccles. & Jason. d. l. 2. n. 98. in fin. C. de jur. emphyt. Ludov. Molin. d. disput. 457. num. 2. Mynsinger. respons. 28. num. 29. Decad. 3. Camill. Borell. in summa decis. tit. 33. de emphyteusi, num. 204. hosque laudans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyt. conclus. 219.*

Nec hoc pronunciatum imminuit, quod textus *in d.* 423
Novell. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles. generaliter & indistinctè statuunt, emphyteutam deteriorem facientem rem emphyteuticam, jus suum amittere: adeoque omnem culpam etiam levissimam, pœnæ privationis obnoxiam esse, *l. de precio 8. ff. de publ. in rem act. l. 1. §.*
general. ff. de leg. præst. Nam notissima juris regula est: 424
omnem dispositionem accipiendam esse secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, *arg. l. ex conducto, 15. §. si uno, 4. vers. & si verbo. ff. locati, l.*

sed

Digitized by Google

sed si possessori. 11. §. item. si juravero. ff. de jurejur. l. damni infecti. 43. in princ. vers. & quod in stipulatione. ibique Angel. ff. de dam. inf. & l. fin. C. de non num. pecun. Alex. cons. 26. n. 6. lib. 3. Nevizan. cons. 92. n. 12. & seqq. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. a subjecta materia. n. 1. Quare cum in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. & d. Novell. 120. c. 8. de emphyteuta, ob deteriorationem jure suo privando agatur: is autem de lata saltem, levique culpa, non vero de levissima teneatur. d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. ff. commodat. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. subjecta materia suadet, decisionem dictæ Nov. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. inde desumptæ, de lata levique, non autem levissima culpa, intelligendam esse.

425 Illud quoque dubitatione non caret: si emphyteuta in contractu emphyteutico disertis verbis promisit, se rem emphyteuticam non deteriorem facturum, utrum hoc casu ob quamvis, non solum insignem & magnam, verum etiam propter levem & modicam deteriorationem, privationis pœna plectendus sit? Quod asserit Natta consil. 481. numero. 14. & seqq. quem citat & sequitur Corbulus d. l. tractat. de jur. emphyt. c. 13. n. 9. argumento l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. 1. & c. si papa. 10. ibi, nam verba aliquid operari debeant, de privileg. in 6. Quibus ex locis hæc colligitur doctrina: in
426 quavis dispositione verba sic accipienda esse, ne otiosa sint, sed ut aliquid operentur. Jam verò si in proposita specie emphyteuta, propter levem deteriorationem, privationis pœnam pati non deberet: pactum illud de re non deterioranda frustra interpositum censeretur, contra d. l. si quando. 109. ff. de legat. 1. & d. c. si papa. 10. de privileg. in 6. Sed, objectione illac nihil movente, probabilius esse judico: quod emphyteuta, cum quo talis inita est pactio, ob levem deteriorationem jure suo non cadat. Omnia enim pacta, & verba pactorum secundum
427 subjectam materiam, & naturam illius rei, qua de tractatur, intelligi debent, c. solitæ. 6. & ibi Canonistæ. ext. de majoritate & obedient. d. l. ex conducto. 15. §. si uno. & l. quaro. 54. §. 1. ff. locati. l. si olei. 21. C. de locato. l. damni. 43. ff. de dam. infect. & simil. similibus superius n. 424. allegatis. Atqui contractus emphyteutici natura & conditio hæc est: ut levissimam emphyteuta culpam præstare non cogatur, ut paulo ante probatum: & consequenter quod ob levissimam culpam & deteriorationem modicam non puniatur. Quocirca pactum illud, de re non deterioranda adjectum, in hanc sententiam accipi non debet, quod emphyteuta levissimam culpam in re deterioranda præstare teneatur.

428 Nec quicquam negocii facessit, quod modo de operatione verborum seu pactorum adductum est. Etenim potius admittitur, ut & verba & pacta sint supervacua, & sine effectu operandi, quam ut aliquid operentur contra subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, per notata Bald. in rubr. Cod. de contrah. empt. n. 9. Alex. cons. 21. n. 9. lib. 5. Gozad. cons. 74. 16. Socin. regul. 440. limitat. 2. & Cephal. cons. 104. num. 8. Et juris indubi-
429 tati est: quod expressio illorum, quæ tacite insunt, nihil operetur: quodque potius admittatur, ut dispositio sit superflua, quam ut expressio eorum, quæ tacite insunt, aliquid operetur, l. verba hæc. 12. ff. de conditionib. institution. l. hæc verba. 3. & ibi Bartol. & Jason. ff. de legat. 1. l. non recte. 3. C. de fidejussorib. Ruin. cons. 168. num. 155. lib. 1. Paris. cons. 110. n. 47. lib. 1. Censetur etenim expressio eorum, quæ tacite insunt, ad tollendam omnem dubitationem facta fuisse, tradentibus Socino consil. 102. num. 11. lib. 3. & Cephalo d. cons. 104. num. 14. Juris
430 autem est clarissimi: quod ea, quæ dubitationis tollendæ causa contractubus inferuntur, jus commune non lædant, neque mutent, l. qui mutuam. 56. in princ. ff. mandati. l. quæ dubitationis. 81. ibique Decius & Cagnol. ff. de reg. jur. Joan. Dued. in tract. de arte testand. caut. 11. num. 1. Cravet. cons. 7. n. 29. lib. 1. aliique plures, quos memorat & probat Schraderus in tract. feud. part. 10. sect. 3. num. 39. & 40. Eandemque quæstionem, cum aliis, excussimus in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 26. n. 3. & seqq.

In disceptationem pariter & illud trahitur: nunquid 431 emphyteuta, qui non integrum fundum emphyteuticum, sed partem tantum ejus deteriorem fecit, toto fundo, vel saltem ea parte, quam fecit deteriorem, privetur? Privari eum toto fundo, autumant Richardus Malumbra, Oldrad. & Bald. in l. cum ejusdem. 34. ff. de ædilit. edict. ubi expressè scribunt: quod emphyteuta, qui plures res accepit in emphyteusin simul ac eodem contextu, & pro uno omnium canone, cadat ab omnibus etiam aliis rebus, in quibus non est malè versatus, si unam ex illis rebus, quas accepit, deterioravit, & in ea fuit malè versatus. His subscribunt & assentiuntur Andr. Barbat. in addit. ad Bald. in l. æde. 3. sub. n. 14. vers. sed quid si ex pluribus rebus. C. de locato. Chassaneus in consuetud. Burgund. rubr. 4. §. 6. p. 619. num. 7. Trentacinquius var. resolut. jur. lib. 3. resolut. 2. de jur. emphyt. n. 3. Roland. a Vall. cons. 49. num. 15. lib. 2. Joseph. Ludov. decis. 22. n. 6. Albert. Brun. in tract. de augmento monetæ. conclus. 22. Tiraquell. de retract. lignagier. §. 23. num. 4. gl. 1. Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 13. n. 7. aliique ab iis relati. Cæterum contrariam sententiam 432 & veritati & æquitati magis esse amicam reor, per l. rescriptum. 6. & l. heres. 11. ff. de his, quæ ut indignis auferunt. ex quibus textibus apparet, quod heres ratione ejus tantum partis in qua fraudem adhibuit, puniatur. Et ratio non obscura est: quia pœna commensuranda est 433 delicto nec id excedere debet, l. perspiciendum 11. l. aut facta 16. ff. de pœnis. l. sancimus. 22. C. eod. c. quæsivit. 2. in fin. ext. de iis, quæ fiunt à majori parte capit. c. felicis. 5. §. illud autem. de pœn. in 6. Accedit textus in tit. 38. de vasallo, qui contra constitutionem Lotharii regis benefic. alienavit. lib. 2. feud. ubi vasallus, qui inscio aut 434 nolente domino partem tantum feudi alienavit, non toto feudo, sed ea solummodo parte, quam non consentiente domino alienavit, privatur. Idem igitur in deterioratione respondendum erit: quod videlicet partem feudi deteriorem reddens vasallus, non toto feudo, sed ea tantummodo parte, quam deteriorem reddidit, privetur. Et ita tenent sentiuntque Corneus cons. 67. n. 11. lib. 2. Schraderus in tract. feud. part. 9. cap. 6. n. 70. Conrad. Rittershus. l. 2. partitionum juris feudal. c. 5. q. 71. & D. Bocerus class. 2. Disput. 14. th. 85. edit. 2. ubi allegat idem sentientem Jacobum Concenat. lib. 4. quæstion. jur. quæst. 5. num. ult. itemque D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 8. pag. 505.

Neque tollit assertionem nostram, l. si quis in gravi. 3. 435 §. si autem non totum. 24. ff. de senatusconsulto. Silan. ubi Ulpianus in hæc verba respondit; Si non totum testamentum, sed pars ejus aperta sit: dicendum est, in edictum incidisse eum, qui aperuit. Parvi enim refert, utrum totum, an pars aperiatur. Nam hoc ibidem Jurisconsultus dicit respectu Senatusconsulti illius, in quod æquè delinquit, qui partem aperit testamenti, antequam vindicata sit nex defuncti, atque is, qui totum: nec ad feudi sive emphyteuseos vel deteriorationem, vel alienationem trahi debet.

Nihil item resistit l. etiamsi partis. 111. ff. de legat. 1. 436 ubi etiam tutor partis bonorum, si a tutela se excuset, toto eo privatur, quod ipsi testamento est relictum. Licet enim quis partis tantum bonorum pupilli tutor sit: tamen nihilominus tutor est: & cum totum detrectet tutelæ officium: meritò & omni beneficio legati vel fideicommissi carebit. Secus autem est, si quis partem tantum rei emphyteuticæ sive feudalis deterioraverit. Is siquidem totum deteriorasse dici non potest. Rittershus. loco ante notato.

Similiter nihil movet l. eadem dicemus. 4. §. Cato. vers. 437 quamvis. ff. de verb. obligat. quem textum Angelus, Jason, Carol. Ruinus, & plerique Dd. in hanc sententiam interpretantur: quod obligatus sub certa pœna de non faciendo aliquid, si contrafaciat sive contraveniat in parte, totam pœnam vi ipsa incurrat. Verius namque est, ex specie istius §. evinci posse, quod pœna committatur pro parte contraventionis tantum: ut

nandi à domino accepit, alienare posse. Atqui in pro-
posito licentia potestasque alienandi ab initio concessa
emphyteutæ fuit. Itaque is peculiari domini consensu
319 amplius opus non habet. Deinde pacta & conventiones
eam semper interpretationem recipiunt, ut aliquid ope-
rentur, sicque non superfluè aut frustra à contrahenti-
bus interposita censeantur, *l. si quando 109. in princ. ff. de legat. 1. l. si stipul. 4. ff. de usur. l. cum essent 33. §. 1. vers. nisi pactum ff. de servit. præd. rustic. c. si Papa 10. ibi,*
320 *cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in 6.* Proin-
deque conventio illa in contractu emphyteutico inter-
posita, quòd emphyteuta jus emphyteuticum alienare
possit, meritò sic exaudienda est, ut etiam sine consensu
domini jus illud emphyteuta alienare valeat. Præterea
huc facit *l. si convenit 4. ff. de pignoratit. act. & l. fin. §. 1. C. de jure dominii impetrand.* quibus textibus proba-
tur; creditorem, qui jure communi pignus, non interpel-
lato prius debitore, vendere non potest, pacto interve-
niente, ut vendere ipsi liceat, non teneri debitorem ad-
321 monere seu interpellare. Confert denique eòdem nota
juris regula, qua dicitur, quod contractus ex partium
conventione, etiam contra illorum naturam, legem acci-
piant, *l. 1. §. si convenit 6. ff. deposit. l. in conventionalibus 52. ff. de verb. oblig. l. contractus 23. & l. semper in stipulationib. 34. ff. de regul. jur. l. 1. vers. in quo cuncta, &c. Cod. de jure emphyteut.*

322 Assertioni nostræ non refragatur *l. si quando 35. in princ. C. de inoffic. testament.* ex qua evinci posse videtur, quòd dominus, qui alienandi facultatem emphyteutæ fecit, intelligatur hoc jus emphyteutæ tribuisse, ut alienare possit rem emphyteuticam, observatis solennitatibus in alienatione ejusmodi necessariis. Requisitionem autem & consensum domini in alienatione rei emphyteuticæ esse necessarium, liquidò constat *ex dict. l. 3 C. de jur. emphyteut.* Non, *inquam*, lex ista refragatur. Nam certum est, Imp. Justinianum in specie illius legis alicui (*putà libertino, ut ibi Gothofredus notat*) quoad bona duntaxat, non verò quoad formam & solennitatem, liberam testandi facultatem concedere voluisse. Et quamvis verba concessionis, per se considerata, etiam solennitatis remissionem importare viderentur: mens tamen Imperatoris minimè fuit, de consuetis ac solennibus testamenti formulis per ejuscemodi verba aliquid derogari: cum non credendum sit, Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatam atque inventam, velle everti, *ut ipsemet Justinianus ibid. loquitur.*

323 Nihil item resistit *l. quæro 54. §. inter locatorem ff. locati.* ubi pactum super contractu locationis appositum de non expellendo conductore, in dubio intelligitur secundum naturam contractûs, tametsi nihil operetur: ut scilicet ille non expellatur, si pensionem promissam solverit. *Etenim* in specie hujus legis verba locatoris non fuerunt expressa, quòd eo etiam casu, quo conductor in pensionibus solvendis cessaret, expellendus non esset: sed simpliciter tantum de illo non expellendo conventio interposita fuit. Quæ quidem conventio cùm specialiter in casum pensionis non solutæ facta non fuerit: juxta naturam contractus accipienda est; ut videlicet conductor expelli non debeat, si modo pensionem solverit, & reliqua, quæ sunt de natura hujus contractus, præstiterit. In proposito autem themate verba concessionis non ambigua, sed satis manifesta sunt, suaque significatione hoc important; quod emphyteuta, citra domini consensum & licentiam, alienare jus emphyteuticum queat, in quemcunque voluerit. Ex quibus utique verbis, ab initio contractui emphyteutico adjectis, evidentissimè apparet: ipsum dominum emere non velle, sed aliis vendendi liberam potestatem concedere. Qui concedentis sensus cùm planus sit ac perspicuus: juris ratio non patitur, ut verba concessionis, per se satis clara & lucida, in hunc restringamus modum, quasi emphyteutæ sub hac demum conditione, si domino prius denunciationem fecerit, alienare liceat. At quid enim isthac denunciatione opus esset: cùm disertis verbis in ipso contractu emphyteutico dominus declaraverit, rem emphyteuticam se emere nolle, propterea liberam facultatem vendendi, cuicunque voluerit, emphyteutæ concesserit? Refutatis igitur contrariis argumentis, ex communi Doctorum sententia meritò concluditur: emphyteutam, cui ab initio contractus emphyteutici alienandi & vendendi facultas, cuicunque voluerit, tributa fuit, nulla præcedente denunciatione, dominique consensu non requisito, jus emphyteuticum alienare & distrahere posse. *Atque ita docent Salicetus in d. l. 3. n. 2. C. de jur. emphyteut. Baldus ibidem n. 3. & Jason n. 4. & 5. Imol. in cap. potuit 4. extr. de locato. n. 64. Ruin. consil. 81. n. 6. & 7. vol. 1. Jacob de sancto Georg. de feud. in verb. ita quod etiam vasalli, &c. n. 1. Marc. Mant. in tract. de jure prætimis. n. 39. & plures alii, quos recenset & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 14. ampliat. 2. n. 5. & aliquot seqq.*

Quæstio hic pulchra examinanda occurrit: utrum he- 324
res emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, ex eadem licentia antecessori data, emphyteusin absque præfata denunciatione vendere possit? Et licèt sint nonnulli Interpretes, qui censent, facultatem alienandi emphyteusin emphyteutæ concessam, ad heredem ipsius non transire, *ut latè concludit in feudo Marian. Freccia de subfeud. Baron. lib. 2. quæst. 5. & alii, quos ipse allegat.* attamen contrariam, utpote veriorem & receptiorem sententiam, probarunt, *Andr. de Isern. Matth. de Afflict. & alii in c. Imperialem de prohibit. feud. alienat. per Fridericum tit. 55. lib. 2. feud. item Capic. decis. 121. num. 11. & Bocerus d. class. 2. Disput. 14. thes. 65. ad lit. b. per textum in l. sicut 8. §. si debitori 16. ff. quibus modis pig. vel hypothec. solvit.* ubi concessio de alienando pignore debitori per creditorem facta, porrigitur etiam ad heredem debitoris, ut pignus alienare possit.

Non obsistit *l. Lucius 93. in princip. ff. de legat. 3.* ex 325
qua colligitur, si testator prohibeat Titium alienare fundum, heredem Titii alienare posse: cùm prohibitio censeatur esse personalis. Ergo ex adverso quando dominus emphyteutæ permittit emphyteusin vendere: videtur hanc vendendi facultatem ad personam emphyteutæ restringere, non autem ejus quoque heredi largiri voluisse. Non obsistit, *inquam*, lex illa. Quod enim in ea heres filiæ (non obstante testatoris prohibitione, de non alienando facta) alienare potest: non fit ea ratione, quasi illa prohibitio personalis esset, nec ad heredem filiæ transiret: sed quòd præceptum de non alienando, tanquam nudum & sine ratione interpositum, nullius momenti fuerit, *per textum ibi, cum hoc nudum præceptum est & l. pater 38. §. Julius 4. ibi, cum hoc nudum præceptum est. ff. eod. tit. de legat. 3.* Quare cùm illud præceptum, ceu nullum & invalidum, filiam non obstrinxerit: consequens est, nec ad heredem quidem filiæ transivisse. Aliter foret respondendum: si testatoris præceptum cum ratione factum, adeoque validum fuisset. Tunc etenim haud dubiè illud etiam ad heredem prohibiti transivisset.

Pariter nihil movet *l. cum quis sibi. 55. ff. de verbor.* 326
obligat. ubi cùm expressum sit, si creditor debitori concedit facultatem solvendi Titio; non posse debitorem successoribus & heredibus Titii pecuniam creditori debitam solvere: inde dicendum videtur, facultatem vendendi certæ personæ nominatim tributam, ad heredem ejus neutiquam devolvi. Ideò namque heredi Titii, solutionis causa adjecti, solvi non potest: quia Titio, solutionis causa adjecto, nec stipulatio, nec ex stipulatione jus ullum acquiritur: ut proinde nihil sit in eo, quod ad heredem transferat: argumento est, quod Titius solutionis causa adjectus, neque quod in stipulatum deductum est, petere, *l. quod stipulatus 10. ff. de solutionib.* neque fidejussorem accipere, *l. fidejussor obligari 16. ff. de fidejussorib.* neque promissorem suo facto liberare potest, *d. l. 10. ff. de solutionibus.* Cæterum in proposita specie emphyteutæ, cui facultas alienandi per pactum investituræ concessa fuit, jus aliquod est quæsitum: quod quidem jus omne emphyteutam in heredem suum transferre, non dubitatur, *l. heredem 59. & l. hereditas 62. ff.*

de

de reg. jur. Videatur Corbulus d. tract. de jur. emphyt. c. 14. ampliat. 11. ubi utramque in partem plura cumulat.

327 In quæstionem & illud potest vocari: utrum dominus, qui alienandi facultatem permisit emphyteutæ, ante alienationem, ejus auctoritate factam, & sic rebus omnibus adhuc integris, poenitere, & consensum sive permissionem suam revocare possit? Et indubitatè statuendum est: si dominus paciscendo vel contrahendo emphyteutæ facultatem alienandi concesserit: hujusmodi concessionem, pacto seu conventione factam, nullo modo revocari pos-
328 se, *per l. 1. C. de jure emphyt.* ubi dicitur, quod pactiones emphyteuticæ firmæ illibatæque stabilitate perpetua modis omnibus custodiri debeant. Et facit *l. 3. Cod. eod. tit.* ubi haud obscurè sancitur, pactum de alienatione juris emphyteutici interpositum, esse observandum. At si non paciscendo, sed simplici permissu dominus in hoc consentiat, ut jus suum emphyteuta alienare queat: hoc casu probabilius videtur, quod domino, ante alienationem factam etiam invito emphyteuta, permissum sive consensum suum revocare liceat: *idque arg. l. sicut 8. §.*
329 *si voluntate 6. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* ubi responsum est; creditorem, qui debitori vendere pignus permisit, desiderare posse, ut fundus sibi applicetur, si nondum venierit; nec satis esse ad repellendum creditorem, quod debitor vendere voluerit, si venditio secuta non est. Cum ergo creditor, post alienandi facultatem debitori permissam: avocare pignus, alienatione nondum secuta, possit: intelligere promptum est, creditorem consentiendo, ut pignus distrahatur, non obligari in hoc, ut pignus vendi patiatur: alioquin etiam ante venditionem interpositam jus avocandi pignus à debitore non haberet, sed pacti exceptione repelli posset. Cùm igitur *in d. §. si voluntate.* Marcianus sine ulla hæsitatione statuat, si pignus nondum venierit, creditorem, ut sibi id applicetur, petere posse: satis ostendit Jurisconsultus, ex simplici creditoris permissu nullam actionem vel exceptionem debitori quæsitam fuisse. Proinde concludendum est: si dominus permisit emphyteutæ vel vasallo, emphyteusin seu feudum distrahere: consensum hunc à domino ante venditionem interpositam, & rebus
330 adhuc integris, revocari posse. Eandem conclusionem non parum corroborat, *l. quis saxum 6. ff. de donationibus*, cujus hæc verba sunt: *Quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: statim, cum lapis exemptus est, meus fit, neque prohibendo me evehere, efficit, ut meus esse desinat: quia quodammodo traditione meus factus est. Planè si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui à me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere: si, antequam eximat, me pœnituerit: meus lapis durat, &c.* Ex qua lege hæc doctrina extruitur: quod simplex permissus pactum non inducat: & caproptcr, rebus adhuc integris, revocari valeat.

331 Nec obstat, quòd consensus tum demum obligationem non inducat, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari potuit, *l. Lucius 21. ff. de administrat. & peric. tutor.* secus verò sit, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari non potuit: tunc enim consensus obligationem inducat. *Nam* quòd eo etiam casu, ubi quis consentit actui, qui absque voluntate ejus explicari non potuit, ex simplici permissu non inducatur obligatio, probat *d. l. sicut 8. §. si voluntate 6. ff. quibus mod. pig. vel hypothec. sol. & d. l. quis saxum 6. ff. de donationib.* In utraque enim lege consensus super actu, qui non potuit sine voluntate consentientis expediri, fuit interpositus: & tamen nullam obligationem ex tali consensu fuisse natam, constat.

332 Sic quoque non obest, quod objicitur, ex istiusmodi simplici permissu pactum nudum induci, *argum. l. 1. in princ. ff. de pact.* & in pacto nudo, cùm sit contractus innominatus, non correspectivus, *juxta gloss. singularem, in l. 1. in pr. super verb. figuris, ad finem ff. de obligat. & act.*
333 rebus etiam omnibus adhuc integris, pœnitentiæ locum non esse, *Jason in l. si pecuniam 5. in princip. limitat. 9.*
334 *ff. de condict. causa data, &c.* Quoniam respondetur, verius esse, ex simplici permissu & consensu pactum non oriri: cum pactum sit consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus, *arg. d. l. 1. §. ff. de pactis.* Atqui dominus permittendo jus emphyteuticum distrahi, animum obligandi non habet, *d. l. sicut 8. §. si voluntate ff. quib. mod. pign. vel hypothec.* Haud enim omnis consensus animo obligandi fit: & ideo etiam non omnis consensus obligationem inducit, *arg. l. fin. ff. de obligat. & act.* Verum vide Ludolphum Schraderum, hanc quæstionem aliter tractantem, *in tract. feud. part. 8. cap. 4. nu. 6. & seq.*

Est & illa elegans quæstio: si Prælatus vendendi seu 335
alienandi licentiam & potestatem emphyteutæ concessit: utrum isthæc licentia morte Prælati exspiret, vel potius etiam post obitum Prælati emphyteusis Ecclesiastica, vigore illius licentiæ, alienari possit? Et licentiam vendendi, mortuo ipso Prælato, qui eam concessit, censeri extinctam, non sine ratione quispiam affirmaverit. Etenim licentia alienandi emphyteusin, vel disponendi de ea in ultima voluntate, nullum jus novum tribuit: sed solummodo impedimentum, quod alienationi obstabat, tollit: ita ut liceat, quod antè non licebat; nempe ut emphyteuta, qui sine consensu domini jus suum in alium transferre nequibat, transferendi nunc potestatem habeat. *Panormitan in cap. cum ad hoc 16. colum. fin. extr. de clericis non residentib. Cardinal. in clement. fin. de elect. quæst. 5. Bald. in l. si ut proponis 4. C. de servo pignori dato manumisso.* Hocque optimo confirmari poterit ex *t. 3. lib. 1. & t. 35. lib. 2. feudor.* ubi constitutum est; si Archiepiscopus, Episcopus, Abbas, vel Prælatus investituram ejus feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut post obitum ejus, qui possidet, habeat: & antè decesserit Episcopus, quàm ille, qui feudum possidebat: successores ejus non cogi, eam investituram facere, vel confirmare. Cujus rei hæc est ratio: quia Episcopi & 336
Præsules Ecclesiarum, rerum duntaxat præsentium, non etiam post mortem suam gerendarum, habent administrationem, *arg. c. 2. extr. de donationib. & can. ult. caus. 12. q. 1.* Non igitur, falcem veluti in messem alienam immittentes, successoribus suis præjudicium irrogare poterunt: præsertim cum illi, qui in ipsorum loca substituuntur, non jure successionis; sed vel postulationis, vel electionis, sicque novo titulo, novoque jure ad istam dignitatem sive officium evehantur, *c. ad decorem 5. extr. de institutionib. c. 2. de concessione præbendæ Joan. de Anania in c. fin. col. 6. in fin. ubi & alii Canonistæ extr. Ne Prælati vices suas vel Eccles. sub annuo censu concedant.* Itaque non mirum est, quod illi Antecessorum suorum, utpote à quibus nullam habent causam, factum præstare non teneantur, *Bald. & Jason in l. 1. ff. de constitutionibus princip.* Et ita in nostras terminis respondit *Hier. Gabriel. consf. 83. per tot. quem refert. & amplectitur Aurel. Corbulus in tract. de jure emphyt. c. 14. ampliat. 6. nu. 6.*

Postea quam de venditione diximus: nunc de donatio- 337
ne; & aliis alienationis speciebus breviter videbimus. Ardua autem, mirumque in modum exagitata quæstio est: Num emphyteuta, domino non consentiente, jus suum emphyteuticum donare queat? Et emphyteutam jus suum nullo modo sine domini consensu donando transferre posse (*post Irnerium, antiq. glossatorem, & Bart.*) docuerunt *Franc. Sarmient. l. 3. select. interpr. c. 2. n. 3. cum seqq. Fachinæus lib. 3. controv. jur. c. 97. & recenter Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 12. p. 1145. & seqq.* Contrarium verò communiter responderunt *Accurs. in l. fin. in verb. aliis vendere. C. de jur. emphyteut. ibique Jason n. 54. & seqq. & Corasius n. 9. Julius Clarus lib. 4. sent. §. emphyteosis q. 15. Corbulus dict. tractat. de jur. emphyteut. cap. 14. limitat. 13. & ferè infiniti, ab his allegati.* Quibus novissimè assentiuntur *Joannes Borcholt. de feud. cap. 3. nu. 42. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 14. ibique Hilliger. in suis not. ad lit. G. Andr. Gerhardi decad. 15. quæst. 5. Broncherst. cent. 1.* [illegible] *assert. 80. edit. 2. Arumæus Exercit. Justin. 14. D. Obrecht. Disp. 36. de jur. emphyt. thes. 106. & seqq. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. th. 67. lit. a. ed. 2. D. Besold. in prælect. 1. ff. si ager vectig. pet. q. 3. itemque in delibat. jur. ex lib. 6. Pandect. t. 3. n. 9. p. 506.*

cum

cum seq. Matthias Stephani cent. 3. q. 83. ad lit. a. Philippus Adolph. à Munchhausen in suis disceptationib. q. 7. Petr. Surd. decis. 203 n. 1. & seq. Riemer. decad. 11. quæst. illustr. 4. Frantzkius in tract. de laudemiis cap. 9. n. 68. cum seqq. pag. 197. cum seqq. Knipschildt. d. exercitat. Acad. 9. qu. 8. p. 331. cum seqq. & alii. Quorum sententiam, tanquam veriorem, & ego amplector *per l. 1. C. de fundis patrimonialibus.* ubi Constantinus Imp. rescripsit, quod emphyteuta fisci sive Reipubl. jus suum citra judicis voluntatem salvo canone alteri donare possit. Idem ergo & in privata
338 emphyteusi statuendum. Deinde certum est: emphyteutam inconsulto domino, prædium emphyteuticum, vel jus sibi competens, alteri legare posse, *l. si domus 71. §. ultim. ff. de legat. l. in conventionib. 219. ff. de verb. signific.* Legatum autem donationem esse, non ambigitur, *§. 1. supr. de legatis l. legatum 36. ff. de legat. 2.* Et licèt Hunnius *loco supra notato* ad hæc fundamenta respondeat, ea planè huc impertinenter allegari, propterea quod non de jure emphyteutico, de quo hic controvertitur, sed de re saltem emphyteutica loquantur: attamen si quispiam penitus eadem fundamenta nostra introspexerit; facillimè deprehendet, in iis non tam rei emphyteuticæ, sive fundi vectigalis, quàm ipsius juris emphyteutici disertam mentionem fieri: ut mirum sit, Dn. Hunnium, aliàs satis oculeum, hoc non vidisse, adeoque con-
339 trarium adstruere non erubuisse. Ratio porrò differentiæ, cur emphyteutæ permissa sit donatio, inscio seu inconsulto domino, venditio non item, hæc est: quia in venditione idcirco dominus de consensu interpellatur: ut, si velit, eodem precio emere possit, *l. 3. C. de jur. emphyteut.* Ast hæc ratio in donatione non obtinet: quoniam donatio gratuita est, & benevoli erga benè merentem affectus declaratio, quem non æquè aut saltem per injuriam, erga se, ut erga bene meritum, declarari dominus petit: cùm istius affectionis certæ causæ sint, nec domino cùm donatario communes, *arg. l. nec adjecit 9. ff. pro socio. Donell. Arumæus, Corbulus, & alii locis supra designatis.*

340 Non turbat nostram assertionem *d. l. 3. vers. minimè licere, &c. C. de jur. emphyteut.* ubi disertè negatur; jus emphyteuticum absque consensu domini per emphyteutam transferri posse. Ita enim Justinianus loquitur: *Minimè licet emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre.* Illud verbum, *transferre,* etiam donationem includit: cùm per eam procul dubio jus emphyteuticum in donatarium transferatur. Non, *inquam,* versiculus ille nostram assertionem turbat. Nam ex subsequentibus statim Justiniani verbis apparet, ad translationem fundi vel juris emphyteutici consensum domini non simpliciter & præcisè, sed hactenus desiderari, quod emphyteuta domino futuram mutationem, per venditionis titulum factam, ritè denunciare debeat; ut ipse dominus eodem precio meliorationes & jus emphyteuticum emere valeat. At nos in quæstione proposita non de venditione & precio, cujus lex ista tantum meminit, sed gratuito donationis titulo agimus, *Idemque docuimus in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis quæst. 15. n. 4.*

341 Nihil movet trita juris regula, qua dicitur: eidem vendendi jus esse, cui donandi, *l. cujus 163. ff. de reg. jur.* Ideoq; sicut emphyteuta inconsulto domino donare potest: ita etiam eundem vendere posse dicendum videbatur. Nihil, *dico,* hæc movet regula: quia neutiquam procedit, si donandi & vendendi diversa appareat ratio, ut hic.
342 Sic & decurio licèt prædia sua sine decreto judicis vendere vetetur; ea tamen donare non prohibetur, *l. ult. C.*
343 *de prædiis decurionum sine decr. non alienand.* Faciliùs quippe homines inducuntur ad vendendum, quàm donandum, propter commoditatem precii. Hanceque ipsam ob causam Senatusconsultum Vellejanum obligatæ mulieri succurrit, non donanti, *l. sed si ego. 4. §. fin. ff. ad SC. Vellejan.* quia mulier non facile donat, & mulierum genus est avarum, auctore Cicerone, *lib. 1. de invent.*
344 & avarissimum, tradente Accursio *in l. Nesennius 34. in verb. ex contrario. ff. de negot. gest. & in dict. l. 4. in gloss. §. 1. ff. ad SC. Vellejan.* imò vice miraculi est, cùm mulier donat, pronunciante Baldo, *quem refert Tiraquellus in legibus connubialib. leg. 9. gloss. 1. part. 9. num. 43. & seq. ubi hac de re prolixè agit.*

Nostram quoque non infringit sententiam *l. universas* 345
2. Cod. ne rei dominicæ vel templorum vindicatio, &c. ex qua patet; quòd Ecclesiæ vel Reipublicæ bona emphyteutica nullo titulo oneroso, vel lucrativo alienari possint. *Quandoquidem* emphyteutæ jus suum, quod in prædio emphyteutico habet, libere donare licet: modò citra fraudem, & cùm hac protestatione donet: quod velit jus Ecclesiæ Reive publicæ nihilominus per istum donationis actum, salvum atque intemeratum esse, *prædicta l. 1. C. de fundis patrimonialib. Baldus in d. l. fin. C. de jur. emphyt.*

Eandem præterea traditionem non debilitat; quod ob- 346
jicitur; invito creditori alium debitorem obtrudi sive substitui non posse, *l. si mandatu 45. § 2. ibi, aut si nolit creditor obligationem mutare. ff. mandati. l. si actor 29. ff. de procuratorib. l. in vendentis 13. C. de contrah. empt. l. pacto successorum 26. C. de pactis cum similib.* Cùm enim fundi vectigalis sive emphyteutici hæc sit conditio & natura, ut in alium transferri possit per emphyteutam: consequens est; dominum, qui fundum vectigalem alii concedit, secundum naturam & conditionem fundi vectigalis dedisse, atque adeo etiam in hoc consensisse, ut fundus ille donando transferri, eaque translatione alius emphyteuta in locum prioris subsistui possit. Contrahentes etenim 347
præsumuntur contraxisse secundum subjectam materiam, *arg. l. insulam 6. ff. de præscript. verb. & l. quæro 54. ff. locati.* & naturam rei, in conventionem deductæ, *l. si stipulatus 4. ff. de usuris l. damni 43. ibi, & quod in stipulatione est. ff. de damno infecto, ibique Doctores.* Sed & ipse dominus in dubio censetur accommodasse voluntatem suam ad id, quod jus disponit, *arg. l. si cui. 9. ff. de servit. & l. quanquam 62. in princip. ff. de ritu nuptiar.* 348
Proinde rectè asseritur; emphyteutam, domino etiam non consentiente, jus emphyteuticum donationis titulo in alium transferre posse. Ne verò hac ratione dominus possit ludificari, aut jure suo omnino privari, cui contra donatarium seu novum emphyteutam nulla competit actio personalis, utpote cum quo non contraxit: debebit donatarius (qui rei possessionem nequit auctoritate propria ingredi; sed ab ipso domino introducendus est) requirere dominum, ut se investiat, & in rei emphyteuticæ possessionem mittat. Sicque domino contra novum emphyteutam satis ex nova conventione prospectum erit: debetque donatarius, idemque novus emphyteuta, in præmium investituræ, domino quinquagesimam partem æstimationis rei emphyteuticæ, laudemii loco, persolvere, *d. l. fin. & ibi Coras. n. 9. C. de jure emphyt. Bronchorst. d. cent. 1. assert. 51. edit. 1.* Vide tamen hac de re *Donellum d. lib. 9. Commentar. cap. 14. pag. 449. & seqq. Bocer. d. class. 2. disputat. 14. th. 68. & D. Obrecht. d. disputat. 36. th. 194. & seqq.* Qui Auctores non male 349
tradunt: ipsum veterem emphyteutam à domino testato desiderare debere, ut is novum emphyteutam suscipiat, eumque in possessionem fundi emphyteutici inducat. Hoc facto, ad duos menses emphyteuta vetus domini voluntatem expectare; & si ipse novum emphyteutam admittit, quinquagesimam (*ut modo dictum*) partem æstimationis fundi vectigalis ei præstare debet. At duobus mensibus exactis, si dominus voluntatem suam non aperuit, liberum est emphyteutæ, jus suum in alterum transferre; nec eo nomine quicquam domino præstare tenetur, *d. l. fin. de jure emphyteut. Corbulus in tractat. de jur. emphyt. c. 14. limitat. 5.*

Similis, nec minus investigatu necessaria quæstio se of- 350
fert: an emphyteuta prædium emphyteuticum absque domini consensu oppignorare possit? Et non posse defendere annititur Sarmientus, *d. l. 3. select. interp. c. 2. n. 32.* ubi audacter dicit, eandem denunciationem, quæ in venditione requiritur, requiri etiam in pignoris constitutione. Sicut enim (*inquit*) in venditione potest dominus offerre precium: ita etiam quando res pignoratur, potest dominus mutare pecuniam, sub qua pignoratur. Nam si admitteretur pignoratio sine domini consensu, nulla ei fa-

ea denunciatione: necessariò etiam permitteretur venditio, *per textum in l. si pupillorum* 7. §. *si pupillus* 1. *ff.*
351 *de reb. eor. qui sub tutela, &c.* Hæc Sarmienti nova opinio utcunque plausibilis videtur: eam tamen à veritatis tramite longè lateque aberrare exploratum est, *per textum notabilem in l. lex vectigali* 31. *ff. de pignoribus & hypo-*
352 *thec.* ubi proponitur, fundum vectigalem sive emphyteuticarium ab emphyteuta oppignoratum fuisse: & quæritur, an rectè pignori datus esset? Respondit Scævola: si pecunia intercessit, pignus subsistere. In hac autem lege, domino non consentiente, nec requisito, fundum emphyteuticum obligatum fuisse, ex eo manifestum evadit. *Tum* quod in illa nulla prorsus fit mentio consensus domini: sed potius ex adverso ostenditur, solum possessorem fundi vectigalis contractum pignoraticium cum creditore celebrasse. *Tum* quod in ea lege à Scævola JC. in dubium vocatur: utrum pignus subsistat: ex quo facilè cernitur, nullam domini requisitionem præcessisse. Si enim domini requisitio sive voluntas intervenisset: temere & frustrà Jurisconsultus dubitasset, an fundi vectigalis hypothecatio jure valeret. *Tum* denique, quod eadem in lege subjicitur, si debitor emphyteuta, vel creditor secundum legem contractus emphyteutici canonem non solverit, potiorem esse dominum in fundo vectigali ipso creditore, cui fundus obligatus sive pignoratus fuerat. Ex quo rursus infertur: dominum in hypothecationem fundi vectigalis minimè consensisse. Alioquin enim non ipse, sed creditor ratione pignoris, consensu domini constituti, potior esset.

353 Huic decisioni non obstat vulgata regula, qua adstruitur; quod prohibito uno, omnia simul, quibus ad id pervenitur, prohibita esse intelligantur, *l. oratio* 16. *ff. de sponsalib.* Venditio autem juris emphyteutici, domino non requisito, prohibita sit. Ergo etiam pignoratio per quam ad venditionem pervenitur, interdicta censetur. Non, *inquam*, ista regula obstat. Venditio namque fundi emphyteutici non simpliciter, sed hactenus prohibita est, ut illum emphyteuta non possit domino (qui requisitus precium offerre mavult) non consentiente distrahere. Cæterum si dominus, post denunciationem sibi factam, precium intra tempus legitimum offerre tergiversatur: eo etiam invito, venditio perfici potest, *l.* 3. *C. de jure emphyteut.* Sed & per pignorationem, emphy-
354 teutæ concessam, non pervenitur ad venditionem, eidem interdictam. Neque enim, pignoratione fundi emphyteutici interposita, creditori licet fundum hypothecatum vendere; domino, qui requisitus precium offerre paratus est, consensum suum non accommodante, *d. l.* 3. *C. de jur. emphyt.* Atque hac responsione satisfieri etiam potest dissentientis Sarmienti fundamento, quod extruxit *ex d. l. si pupillorum* 7. §. 1. *ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c.* Affirmamus siquidem, pignoratione concessa, haudquam permitti creditori, domino contradicente, fundum emphyteuticum hypothecæ suppositum distrahere. Nam licèt minime negetur, creditorem istum fundum vendere posse: hæc tamen venditio secundum conditionem ac naturam rei emphyteuticæ instituenda; adeoque, domino prius requisito, peragenda erit, *d. l.*
355 3. *C. de jur. emphyt.* Nec contrarium *ex d. l. si pupillorum* 7. §. 1. *ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c.* colligitur. Quoniam ibi decretum Prætoris, in venditione rei pupillaris, pignori suppositæ, ideo non desideratur: quod decretum illud in contractu pignoris legitimè interpositum fuerat. Sufficit enim, decretum semel in actu intervenire, sive interponi: nec postea in executione ipsius actûs necessario requiritur, *arg. l. quæro* 60. §. 1. *vers. sed ut expediatur quæstio. ff. de jure dot.*

356 Amplius sententiæ nostræ nihil detrahit *l. final. C. de reb. alienis non alienand.* ubi alienatione prohibita, censetur etiam pignoris datio interdicta esse. *Quia* ea de specie illic tractatur, in qua alienatio simpliciter prohibita fuit: qua prohibitione facta, utique etiam pignoris datio inhibita esse intelligitur. At verò fundi emphyteutici venditio non simpliciter (*ut paulo antè dictum*) sed hactenus emphyteutæ est interdicta, ut illum nequeat, domino, si modò ipse precium offerre velit, non consentiente distrahere, *sæpè allegata l.* 3. *C. de jure emphyt.* Atque hæc, quam defendimus, receptissima est & communissima Interpretum sententia, *Accursii in d. l.* 3. *in verb. aliis vendere C. de jur. emphyt. Jasonis ibidem n.* 78. *& Saliceti nu.* 6. *Grati consil.* 54. *num.* 5. *vol.* 1. *Boerii decis.* 181. *nu.* 2. *Johannis Croti in l. si constante* 24. *nu.* 94. *ff. solut. matrim. Suarez. in thes. recept. opin. in verb. emphyteuta nu.* 105. *Julii Clari lib.* 4. *sentent.* §. *emphyteusis quæst.* 18. *Antonii de Gammia decis. Lusitan.* 28. *fol.* 30. *item decis.* 108. *fol.* 87. *Johannis Borcholten. de feudis c.* 3. *num.* 42. *circa finem Aurelii Corbuli in tract. de jure emphyt. cap.* 14. *limitat.* 33. *& aliorum, quos hic prolixè commemorat.*

Huic proxima, nec minus controversa quæstio est: 357
utrum emphyteuta sine consensu domini, rem emphyteuticam titulo permutationis in alium transferre possit? Et negativè respondere videtur *Speculator in tit. de emphyteusi. q.* 121. *n.* 147. *Angel. in l. cum hi* 8. §. *si cui non* 24. *ff. de transact. & Sarmientus lib.* 3. *select. interpret. c.* 2. *n.* 20. Verum contrariam affirmantem sententiam, post multos alios, tuentur *Jason in l. fin. num.* 101. *C. de jure emphyt. Clarus in d.* §. *emphyteusis quæst.* 17. *Tiber. Decian. respons.* 55. *nu.* 61. *vol.* 3. *Tiraquell. de retract. lignag.* §. 30. *gl.* 1. *n.* 34. *Guid. Pap. decis.* 92. *Hieron. Gabriel. cons.* 84. *nu.* 3. *& Corbulus d. tract. de jur. emphyteut. cap.* 14. *limitat.* 12. Ejusque ratio ferè eadem est, quæ est in donatione, quàm inscio & inconsulto domino fieri posse ostendimus *supra n.* 337. Plerunque enim 358
permutat emphyteuta propter affectionem, quam habet ad rem, quam ex permutatione consequi intendit, ob vicinitatem fortè, vel commoditatem, aliàs non permutaturus, si non posset illam rem assequi. Non igitur citra injuriam emphyteutæ, aliam rem offerendo, permutationem hanc dominus impedire conabitur. Et sane dominus vix idem præstare potest, quod offertor, cum quo permutatio instituitur. Aut enim non habet easdem res, aut non eodem loco sitas, aut non tam commodas emphyteutæ, quàm alter habet. *Dn. Obrecht. d. disput.* 36. *th.* 191.

Nec adversatur *l. sciendum* 19. §. *deinde* 5. *ff. de ædil.* 359
edict. l. final. ff. quib. ex caus. in possess. eat. & l. statu liberi 29. *ante finem ff. de statu liberis*, in quibus legibus dicitur, permutationem esse similem venditioni, verboque emptionis omnem alienationem contineri. Cùm itaque venditio fundi emphyteutici prohibita sit: efficitur inde, permutationem etiam ejus censeri interdictam. Hoc, *inquam*, non adversatur: quandoquidem permutatio venditioni similis est, & verbo emptionis comprehenditur; non utique ratione proprietatis vocabuli, sed ratione mentis & voluntatis, eo scilicet casu, in quo eadem militat permutationis & emptionis ratio. Ast in proposita quæstione longè diversam rationem inter emptionem & permutationem esse, superius ostensum est. Et certè utriusque diversitas vel inde constat; quod permutatio rebus, venditio precio fieri dicitur, *l.* 1. *ff. de rer. permutat.*

Vicina quoque quæstio hæc est; nunquid emphyteuta 360
absque domini consensu prædium emphyteuticum alicui fœminæ in dotem dare queat? Affirmativæ opinioni plerique Dd. subscripserunt: *Salicetus nu.* 10. *& Jason nu.* 107. *in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Speculator d. tit. de emphyteusi qu.* 109. *nu.* 133. *Imola in c. potuit. de locato num.* 17. *Bertrand. cons.* 180. *vol.* 2. *Hostiens. in summa tit. de locat.* §. *fin. vers. nunquid ergo res emphyteutica potest in dotem dari, &c. Tiraquell. de retr. lign.* §. 1. *gl.* 14. *n.* 95. *Corbulus d. tract. de jur. emphyt. cap.* 14. *limitat.* 20. *aliique complures, per eos citati.* Et ratio 361
hujus (quemadmodum & præcedentium alienationis specierum) hæc assignari potest: quia denunciatio & expectatio consensus domini in eum finem à lege desideratur, cùm emphyteuta vult vendere jus emphyteuticum, vel meliorationes suas, ut potestas fiat domino eodem precio emendi, si velit, *d. l. fin. vers. sed ne hac occasione C. de jur. emphyt.* Sed huic fini ut locus non est in donatione, legato, oppignoratione, & permutatione, *de quibus supra n.* 337. 338. 350. *&* 357. ita nec in dotis da-

tione

Digitized by Google

n. 81. & seqq. C. de jur. emphyteut.) accurrate Carolus Molinæus *in consuet. Paris. tit. 2. §. 62. n. 54. cum seqq. & Fachinæus lib. 1. controvers. jur. cap.* 90. omnium tamen mihi verissima & æquissima hæc videtur: quòd scilicet emphyteutæ pensio illius temporis, quo fundum possidere non potuit, sit remittenda, *argum. l. cum unus 12. §. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. possideri. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amitt. possess. & l. si in venditione. 10. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Ex quibus legibus evincitur, fundum emphyteuticum, quem ob tumultus bellicos emphyteuta ingredi ac possidere nequit, pro non extante, adeoque pro penitus extincto haberi. Atqui juris non est incogniti, quòd fundo emphyteutico plane extincto, pensio emphyteutæ remittenda veniat, *d. l. 1. C. de jure emphyteut.*

376 Nec adversatur *l. quicunque. 3. Cod. de fundis patrimonialib.* ubi ab Impp. Valentiniano & Valente rescriptum est, quicunque possessores jus emphyteuticum susceperint, illos non posse ad refundendum sive reddendum hoc uti prætextu, quod possessiones emphyteuticæ desertæ esse cœperint. In ea namque l. nihil agitur de canone, propter desertos agros emphyteuticæ remittendo vel reddendo: sed vera mens legis illius hæc est: fundum emphyteuticarium prætextu defectionis & squaloris, vel etiam rescripti, ab emphyteuta relinqui non posse: cum apud eum, & posteritatem ejus perpetuo remanere debeant, *ut rectè Cujacius ibidem explicat.*

377 Sic non obstat, quod dicitur, casus fortuitos omnes ad emphyteutam pertinere. *Novella. 7. in præfat. §. lex ita que talis, &c.* & bellum inter casus fortuitos numerari, *§. item, is cui res, 2. vers. & is quidem, &c. supr. quibus modis re contrahit. oblig. & l. in rebus. 18. ff. commodat.* Etsi enim casus fortuiti, in re emphyteutica contingentes, ad emphyteutam spectant: hoc tamen non procedit in iis casibus fortuitis, quibus fundus emphyteuticus omnino extinguitur. Hos siquidem casus non emphyteutam, sed dominum potius sustinere debere, ostendit *hic §. nuper & d. l. 1. Cod. de jur. emphyteut.* At verò jam ostensum est, fundum emphyteuticum, quem propter vim, & incursiones hostium, bellorumque calamitates ingredi ac possidere emphyteutæ non licet, juris interpretatione pro penitus extincto haberi. Paria quippe esse videntur, rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus: *d. l. cum unus. 12. in fine ff. de reb. auctor. jud. possid.* Inundatum autem ab aquis dicitur deperditum, donec & quousque inundatio durat, *d. l. si in venditione 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. d. l. 3. §. Labeo. 13. l. interdum. 21. §. 1. & l. qui in universis. 30. § item quod mari. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ergo etiam fundus emphyteuticus, quem propter vim hostium ingredi non possumus, deperditus esse judicatur, donec vis ista duraverit. Et hanc sententiam frequentiori calculo receptam, atque adeo ab ea in consulendo & judicando non recedendum esse, testantur *Abbas Panormitanus & Imola in cap. potuit. extr. de locato. Alexand. in d. l. interdum. 21. §. 1. num. 7. ff. de acquirend. vel amitt. poss. Jacob. de Arena, Bartol. Salicet. num. 13. Cynus. Fulgos. Guarnerius, Hieron. de Tortis, & Jason. num. 91. Cod. de jur. emphyteut. Jul. Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quæst. 8. n. 6. Corbulus in tractat de jure emphyt. cap. 15. limitat. 18. Valascus in tract. de jure emphyteut. quæst. 27. num. 13. Gail. lib. 2. observ. 23. n. 23. & seq. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civil. cap. 14. pag. 452. Fachinæus d. lib. 1. cap. 90. Bocer. class. 2. disp. 14. thes. 71. edit. 2. Halbritter. in Disput. de jure emphyt. de anno 1602. Respond. Samuele Bansovio. thes. 26. sub. lit. c.* Tametsi ex prædictis nonnulli (*ut & Joan. Borcholt. de feud. cap. 3 num. 12 & Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 11. quæst. 40 pag. 1792.*) aliter hanc quæstionem, & quidem varie, expediunt.

378 Huic vicina, nec minus ardua controversia est: si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & emphyteuta non modicam, sed magnam fructibusque respondentem pensionem exsolvere teneatur, utrum ea pensio propter sterilitatem illius anni emphyteutæ sit remittenda? Et remittendam esse, consuerunt *Natta. consil. 92. num. 44 & seq. Paul. de Mont. Pic. in repet. auth. præterea. n. 13. & seq. Cod. unde vir & uxor. Roland. à Valle consil. 96. n. 26. vol. 1. Decet. consil 55 vol. 2. & consil. 110. col. 2. Ruinus consil. 77. n. 7. & consil. 161. n. 21. vers. secundo principaliter. vol. 1. Berous in d. c. potuit. 4. n. 175. ext. de locat. Cotta in suis memorab. in verb. emphyteuta regulariter. Jacob Part. consil. 144. n. 2. Molinæus in consuetud. Paris. tit. 2. § 62. nu. 58. 60. & Bachov. in sui not. ad vol. 1. Treutler. disp. 29. th. 7 lit. F. pag. 1121.* Cæterum contrariam, seu veriorem, probârunt sententiam *Gloss. in d. c. potuit. super* 379
verb. expelli. ad fin. in vers. sed nunquid propter sterilitatem & c. de locato. ibique Panormitan. n. 17. & Imola n. 41. Alberic. in Rosat. num. 6. Salicet. num. 10. & Jason nu. 18. Burs. it. consil. 11. num. 22. Natta consil. 49. num. 14 & consil 194. num. 4. & seqq. Valascus d. tract. de jur. emphyteut. quæst. 27. n 7. & 12. in fine Corbulus in tract. de jur. emphyteut. c. 15. ampliat. 12. num. 3. 5. & seqq. ubi plures enumerat. Quibus adnumerantur etiam *Clarus in d. §. emphyteusis. q. 8. nu. 7. Gail. d. lib. 2. observ. 23 num 23 & seqq. Fachinæus d. lib. 1 controvers. jur. c. 89. ver. cæterum re diligentius, &c. Bronchorst. centur. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 55. edit 1. Borcholt. de feud. cap. 3. num 11. & idem part 1. disput. de jur. emphyteut thes 13. & seq pag. 125.* Moventur hi 380
Interpretes maxime textu *in l. 1. in fin. C. de jur. emphyteut. & hoc. § nuper* ubi dicitur, damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam spectare. Sed damnum ex sterilitate redundans, non est ejusmodi, quo substantia rei tota perimatur Ergò ad emphyteutam spectat. Neque vero nervus hujus argumenti præcidi potest infulsa quorundam interpretatione, hunc § nostrum & dictam *l. 1. C. eod.* ea dumtaxat de specie intelligenti-um, qua non magnus canon, sed exiguus, puta in duobus, tribus, quatuor, aut quinque nummis consistens, in conventionem fuit deductus: quo casu omnes unanimi suffragio concludunt, periculum sterilitatis ad emphyteutam pertinere; sicque eum à præstatione exigui canonis propter sterilitatem non liberari. Huic namque interpretationi primò contradicunt ista generalia *dictæ l. 1. C. de jur. emphyteut. & hujus* §. verba, indistinctè de contractu emphyteutico loquentia. Ergò ad illum contractum non sunt restringenda, quo exiguus tantum canon præstandus est: præsertim cum emphyteusis etiam tum rectè constituta dicatur, quando pro re preciosa & fertili, justa & condigna pensio solvitur, *argum. auth. perpetua. Cod. de sacros. Eccles. & Novell 7. c 3. § 1. quia vero Leonis, &c.* Deinde *in hoc §. nuper.* proponitur, prædium quibusdam datum fuisse fruendum: & sic prædium fuisse fructiferum. Ex quo verisimile redditur; non exiguum, sed magnum, 381
& fructibus condignum canonem pro isto prædio in conventionem deductum fuisse: cum nemo suum jactare, patrimoniique sui jacturam facere velle videatur, *l. cum de indebito. 35. circa princip. ff. de probationib.*

Non obstat huic sententiæ *l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. l. si merces. 25. §. vis ma. 6. ff. locati. l. licet. 8. C. de locato &c. propter sterilitatem. 3. extr. eod. t.* quibus in locis 382
conductori, cui emphyteuta similis est, propter sterilitatem pensionis sive mercedis fit remissio. *Nam* emphyteutam in multis à conductore differre, contractumque emphyteuticum à locatione & conductione separatum atque distinctum esse, constat *ex d. l. 1. C. de jure emphyteut & abunde explicatum est supr. n 7. & seqq.* A separatis autem 383
& diversis illationem non concedi, explorati juris est, *l. Papinianus 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib l. inter stipulantem. 83. §. sacram ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. l. neque natales. 10. C. de probationib.* Hæc- 384
que responsio eò facilius admitti debet; quod magna inter locationem & emphyteusin appareat differentiæ ratio. In contractu namq; emphyteutico pensio, quantumvis magna & fructibus æqualis non præstatur propter rei usum, & in compensationem fructuum: sed propter dominii recognitionem, ad quam, utpote quæ est de substantia contractus emphyteutici, contrahentes potissimum respicere solent. At verò merces in locatione principalit. præstatur ob

Digitized by Google

uſum rei : adeo, ut ſi conductor re uti nequeat ; meritò
aliquid de mercede remitti ei debeat, quaſi ita tacitè in-
ter eum & locatorem convenerit. *d. l. licet.* 8. *C. de lo-*
cato prolixè Corbulus d. c. 15. *ampliat.* 12. *num.* 21.
Gregor. Lopez. lib. ſingul. animadverſ. jur. civ. c. 16. *pag.*
(mihi) 81. *& ſeqq.*
385 Diſceptari quoque conſuevit:ſi fundus emphyteuticus
aquis ſubmerſus vel inundatus fuerit ; an emphyteuta
anni illius, quo duravit inundatio, canonem domino
præſtare obligatus ſit ? Et obligatum non eſſe, vero pro-
pius eſſe reor, *argum. prædictæ l. cum unus.* 12. *§. ult. ff.*
de reb. auctor. judic. poſſid. d. l. 3. *§. Labeo.* 17. *ff. de ac-*
quir. vel amitt. poſſ. & d. l. ſi in venditione. 10. *in fin ff. de*
pecul. & commod. rei vend. ubi Ulpianus ait, rem inun-
386 datione perire, ſicuti chaſmate pereat. Jam vero, re to-
ta peremta aut læſa, periculum dominus ſuſtinet, *d. l.* 1.
C. de jure emphyteut. & hoc §. noſtro. Qui textus non
ſtrictè de ipſius ſubſtantiæ ſive prædii emphyteutici inter-
itu tantum, ſed etiam de totius rei damno & læſione, quæ
ita ſubſtantiam perimat, ut de ejus corpore nihil eminens
penè reliquum remanere videatur, intelligi debent.
Utuntur quippe Impp. verbis, *damnum, læditur, &c.*
387 Quod ſi enim de eo ſolo interitu textus iſti acciperentur,
quo rei ſubſtantia prorſus è rerum natura tolleretur:
certè de caſu rariſſimè eveniente, imò ne vix quidem exi-
ſtente intelligerentur, *contra l.* 4. *&* 5. *ff. de legib.* Ete-
nim per raro terræ motus ; quibus agri ita corruunt, ut
nuſquam conſpiciantur, aut chaſmata eveniunt, *teſte Pli-*
nio lib. 2. *natural. hiſtor. c.* 80. Et ita in terminis, *poſt*
alios, quos citat, concludit Alexand. *conſil.* 112. *videtur*
in præſenti. vol. 1. Nec moverit, ſi dixerit quiſpiam, em-
phyteutam ad canonis præſtationem obligatione perſo-
nali eſſe adſtrictum, adeoque ab ea, ſi fundus aquis ſub-
merſus fuerit, non liberari : cum ex contractu obligatus
ſit, perſonaliſque obligatio non rem, ſed perſonam per-
petuo ſequatur. *l.* 1. *§. ſi heres.* 16. *ff. ad SC. Trebellian.*
l. ult. in fin. ff. de contrah. empt. & §. 1. *inſtr. de action.*
388 Nam perſonalis obligatio perſonam quidem perpetuo
comitatur, ſi ſimpliciter ſit contracta: ſecus autem eſt, ſi
ex natura contractus conſtet, contrahentes eo uſque tan-
tum obligatos eſſe voluiſſe, quamdiu res, cujus ratione
obligantur, in rerum natura manſerit. Contrahentes
enim ſecundum naturam contractus contrahere voluiſſe
cenſentur. *l. quæro.* 54. *§.* 1. *ff. locati. l. ſi ſtipulatus* 4. *ff.*
de uſur. Alciat. in tract. de præſumpt. reg. 3. *præſumpt.*
32. *num.* 1. *late Menoch. de præſumpt. lib.* 3. *præſumpt.*
389 38. Contractus autem emphyteutici eam eſſe naturam
& conditionem, ut re extincta penſio non amplius ſit
præſtanda, liquet ex *d. l.* 1. *Cod. de jure emphyteut.* Ideo-
que contrahentes huic naturæ & conditioni ſe confor-
maſſe, & hoc voluiſſe creduntur; ut quovis modo re em-
phyteutica perempta, perſonalis quoque obligatio præ-
ſtandi canonis ceſſare debeat. Firma igitur ſubſiſtit
concluſio : quod emphyteuta propter inundationem,
qua ager emphyteuticus ſubmergitur, à canonis ſolutio-
ne liberetur per id temporis ſpacium, quo inundatio du-
ravit.
390 Enim verò concluſio iſthæc non procedit, ſi inunda-
tio, quæ ſupervenit, non erat inſueta, ſed ſolita contin-
gere. Tunc etenim emphyteuta non excuſatur, *ut do-*
cet Bald. in d. l. licet. 8. *in* 2. *quæſt. Cod. de locato & cond.*
per d. l. ex conducto. 15. *§. ſi vis.* 2. *ibi, ſi verò nihil extra*
conſuetudinem acciderit, damnum coloni eſſe ff. locati
conducti, & arg. l. qui bona. 13. *§. de illo.* 6. *ff. de damno*
infect. Idem tenet Igneus in repetit. l. contractus. 23. *n.*
391 10. *ff. de reg. jur.* Similiter non locum habet præfata
concluſio, ſi emphyteuta omnium caſuum periculum
in ſe ſuſcepit : aut culpa, negligentia, vel incuriæ ſua
cauſam inundationi dedit; fructuſvè, qui poſtea inunda-
tione perierunt, juſto tempore non collegit. His ſiqui-
dem caſibus à præſtatione canonis minimè illum excuſa-
ri, probabilius eſt, *arg. l. item quæritur.* 13. *§.* 1. *ff. loca-*
ti l. quod te. 5. *ff de reb. cred. ſi cert. pet. & l. cum res le-*
gata. 47. *§. fin. ff. de leg.* 1. *Igneus loco proximè notato:*
quem refert & ſequitur Aurelius Corbulus in tract. de jur.
emphyteut. cap. 15. *limitat.* 19. *num.* 3. *&* 4.

Cæterum emphyteuta non ſolum annuam penſionem 392
præſtare domino cogitur, *ut hactenus probatum* : ſed &
publicis præſtationibus, fundi emphyteutici nomine,
fungitur. *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* Publicæ autem illæ præ- 393
ſtationes ſeu functiones ſunt publicæ penſitationes, id
eſt, ea, quæ fiſco aut Reipublicæ quotannis præſtantur:
qualia ſunt vectigalia, collectæ, tributa, publicæ viæ refe-
ctiones, collutiones in refectiones aggerum, & ſimilia.
Hæc munera quia prædiorum poſſeſſores onerant *leg. Im-*
peratores. 7. *ff. de publican. & vectigal.* idcirco & em-
phyteuta, qui fundi poſſeſſor eſt, ea præſtare compellitur,
l. ſciendum. 7. *§.* 1. *ff. qui ſatisd. cogunt. Donell. lib.* 9.
Comment. de jur. civil. cap. 14. *p.* 452. *num.* 30. *Johan.*
Franc. Purpuratus conſil. 50. *num* 7. *conſil.* 332. *num.* 2.
& conſil. 356. *num.* 4 *item Alvar. Valaſc. in tract. de jur.*
emphyteut. quæſt. 17. ubi concluſionem iſtam, quod em-
phyteuta tributa, & omnia onera realia, quæ præſtantur
à re, vel occaſione rei, ſolvere teneatur, multis extenſio-
nibus & limitationibus egregiè atque copiosè declarat.
Ea de re videantur Bachovius *in ſuis not. ad Treutler. vol.*
1. *diſp.* 29. *theſ.* 10. *lit. B. pag.* 1131. *&* inibi Hunnius
quæſt. 39. *pag.* 1790. D. Bocer. *in tract. de jure collectar.*
cap. 10. *num* 5. *& ſeqq.* Stephanus Gratianus *Diſcepta-*
tion. forenſ. cap 294. *num.* 30. Regner. Sixtin. *in tract.*
de regalib. cap. 14. *num* 84. Georg. Mundius, *Gener mi-*
hi chariſſimus, in Diſput. de Collect. theſ. 71. Egge-
brecht. *in Synopſi juris emphyteutici, concluſ.* 196 *&* 5.
ſequentib. Eamque rem paulo explicatius tractavi *in ad-*
dit. ad Jul. Clar. §. emphyteuſis. quæſt. 46. Adhæc apo- 394
chis (quæ alias Quietationes ſive Quitantiæ, vulgò
Quittungen, Quittantzen appellitantur : *Wehner. in*
pract. obſervat. lit. Q. in verbo, Quittantz, &c.) emphy-
teuta prædictarum functionum domino exhibere tene-
tur. Eſt verò apocha inſtrumentum pecuniæ ſolutæ, à
creditore debitori ſolventi porrectum. *l. qui tabulas.* 27.
§. penult. & ult. ff. de furt. l. plures. 19. *Cod. de fide in-*
ſtrument. l. 3. *& tot. tit. Cod. de apochis publicis, &c.* Et
emphyteuta, cum præſtationes illas publicas præſtitit, apo-
cham à quæſtore, cui ſolvit, exigere in gratiam domi-
ni neceſſe habet. *d. lib.* 2. *Cod. de jur. emphyteut.* Uſus 395
porrò hujus apochæ hic eſt : ut & dominus, reverſo ad
eum fundo emphyteutico, de publicis illis penſitationi-
bus præſtitis omnino tutus ſit : quippe cum poſſeſſores
etiam præteriti temporis iſthæc præſtare munera tenean-
tur, *d. l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis, & vectigalibus*
Donell. d. lib. 9. *cap.* 14. *pag.* 452. *num.* 40. *D. Bocer.*
claſſ. 2. *Diſp.* 14. *theſ.* 70. *ſub lit. c. edit.* 2. *& d.*
tract. de jure collectar. cap. 10. *num.* 9. *cum ſeqq. p.* 133.
& ſeqq.
Dictum eſt hactenus, quomodo emphyteuſis conſtitua- 396
tur, & quid juris emphyteutæ in fundo emphyteuticario
competat, nec non quid ſuo ambitu totum jus iſtud
conſtitutum complectatur : reliquum eſt ut de modis,
quibus ritè conſtituta finiatur emphyteuſis, tractatio in-
ſtituatur. Finitur verò & extinguitur variis modis. Et
primò quidem exploratum eſt : emphyteuſin ad cer-
tum & præfinitum tempus, putà ad decem, viginti, tri-
ginta, quadraginta, vel centum annos conceſſam, eo
elapſo, ad dominum concedentem reverti. Siquidem
conceſſum ad tempus, poſt illud tempus cenſetur pro- 397
hibitum, *arg. l. ſtatuliberum.* 11. *§.* 1. *ff. de legat.* 2.
l. pater filium. 38. *§. fundum.* 3. *ff. de legat.* 3. *l.* 1. *in*
fin. juncta l. ultim. ff. ſi ager vectiga l. &c. Jul. Clar. lib.
4. *ſent. §. emphyteuſis, quæſt.* 42. *num.* 1. *verſ. ſecundo*
modo, &c. Valent. Forſter. lib. 3. *de ſucceſſionib. cap.*
20. *num.* 3. *&* 4. *Corbulus in tractat. de jur. emphyteut.*
cap. 11. *ubi plures citat.* Idem eſt, & ſi nominatim con-
venerit, ut ad certum tempus vectigali ſive canone non
ſoluto, emphyteuticus fundus ad dominum rediret : &
lege commiſſa, dominus ſua lege utatur, & fundum vin-
dicet. *l. lex vectigali.* 31. *ff. de pignorib. & hypoth.* Qui-
bus caſibus hoc quoque eveniret, ut ſi emphyteuta prius
fundum dederit pignori ; cum etiam jus pignoris eva-
neſcat, *d. l. lex vectigali.* 31. *ff. eod. Donell. lib.* 9. *Com-*
mentar. de jure civ. c. 15. *pag.* 454. *n.* 40.
Deinde & hoc expeditum eſt : emphyteuſin ad certam 398
gene-

generationem datam finit, extincta ipsa generatione. *Clarus d. quæst. 42. num. 1. verj. tertio modo, &c. & quæst. 28. num. 2. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 16. Bocer. d. class. 2. Disput. 14. thes. 74. lit. a.*
399 Quamvis alii emphyteusin simpliciter & pure concessa, ad omnem generationem, omnesque heredes non modo masculos, sed & fœminas transeat, *arg. Novell. 7.*
400 *cap. 3. in princip. ibi, masculos aut fœminas, &c.* Quo tacit illud vulgatum juris theorema: quod pater inter liberos æqualitatem servare, & in dubio tam filiabus, quam filiis acquirere velle præsumatur, *arg. l. quæsitum 12. §. item respondit 43. vers. sed & atque Papinianum, ff. de instruct. & instrum. legat. l. illud 20. §. ad hæc. Cod. de collationib. Borcholt. d. cap. 3. num. 14. Clarus d. §. emphyteusis quæst. 32. & D. Obrecht. disput. 36. th. 87. & seqq.*

401 At vehementer controvertitur: an emphyteusis Sempronio, & ejus filius data, filiabus quoque concessa intelligatur, vel potius ad filios duntaxat pertineat: ut, his mortuis ad dominum, filiabus exclusis, redeat? Et hæc quidem casu filias sive fœminas censeri exclusas, crebrioribus Doctorum votis recepta opinatio est. Hanc enim tenent *Jason in l. 2. num. 193. Cod. de jur. emphyt. Alexand. consil. 61. per tot. & consil. 80. in fin. vol. 1. & consil. 87. num. 9. vol. 6. Guido de Suzar. in l. veteribus 39. ff. de pact. Gozad. consil. 20. num. 1. 2. & 10. Hubert. Zucchard. in l. fin. num. 73. Cod. de edict. divi Adriani toll. Ruin. cons. 55. num. 1. & 13. vol. 1. Roland. a Valle cons. 93. num. 17. lib. 2. Burfatus consil. 80. num. 7. Jacobinus de Bononia cons. 52. Hippol. Rimald. consil. 155. num. 3. lib. 2. Corbulus d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 12. num. 3. & seqq. aliique plurimi, per eum relati.* Sed tamen contrarium verius esse, testantur ... *lib. 2. quæst. 17. Cod. de jur. emphyteut. Covarr. lib. 2. variar. resol. c. 18. num. 1. Clarus d. §. emphyteusis q. 32. num. 2. in fine. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 76. ... 2. Fachinæus lib. 8. controvers. jur.*
402 *c. 97. & alii, quos hic allegat.* Horumque sententia hoc potissimum fundamento nititur: quod regulariter masculinum concipit etiam fœmininum, sive filii appellatione etiam filia comprehenditur, *l. si quis ita 16. in princ. ff. de testam. tutel. l. si ita sit scriptum 45. in princ. ff. de leg. 2. l. 1. ibique Alciat. l. filii 84. ubi Gædd. & l. pronunciatio 195. in princ. ff. de verb. signif.* non solum in testamentis, sed & in contractibus, *argum. l. quæ de legato 46. ff. de legat. 1. l. pactum inter heredem 46. ff. de pact. Molin. in consuet. Paris. tit. 1. §. 12. num. 4.*

403 Non refragatur huic decisioni, quod in contractibus stricti juris, qualis est emphyteuticus, verba proprie & stricte accipiuntur, *l. quicquid astringendæ 99. ubi Dd.*
404 *ff. de verb. obligat.* filiorum autem appellatione propriè filiæ non continentur, sed per extensionem, *ut arguit textus in l. cum in adoptivis 10. §. quæ in fine Cod. de adoptionib. d. l. pronunciatio 195. in princ. ibi, porrigitur & l. justa 201. ff. de verb. signif.* Verius namque est, quod masculinum ex proprietate sermonis concipiat fœmininum: atque adeo filiorum appellatione fœminæ quoque seu filiæ contineantur, *l. 1. ibi, complectitur (quod verbum proprietatem denotat) ff. de verb. significat. & legibus similibus, supra ad luctis.* Deinde emphyteusin esse contractum bonæ fidei, non vero stricti juris, ex ejus definitione, *supra num. 4. & 49. explicata*, abun-
405 de constat. Præterea negatur; verba in contractibus ita propriè & strictè accipienda esse, ut interpretatio justa, & contrahentium menti conformis excludatur: quandoquidem mens contrahentium magis spectanda est, quam verba, *l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationib. 34. ff. de reg. jur.*

406 Sic quoque non obstat, quod in stipulationibus & pactis verba ambigua aut dubia interpretanda sint contra stipulatorem, qui poterat legem contractus apertius dicere, *dict. l. veteribus 39. ff. de pact. l. stipulatio ista 38. §. in stipulationibus 18. & d. l. quicquid 99. ff. de verb. oblig.* Nam nostro in casu verba non sunt dubia vel ambigua: quia lex illa interpretatur, ut tam masculos, quam fœminas comprehendant, *d. l. pronunciatio. 195.*

& d. l. justa 201. ff. de verb. signif. cum similibus. Sed & cum regula sit: masculinum concipere fœmininum: non dicitur res obscura, nec ambigua, sed clara & certa pro eo, qui fundatur in regula, *ut notat Bart. in l. quotiens 13. ff. si quis cautionibus, &c. & l. 2. col. 1. ff. si quis in jus vocat. non ier. Bald. in l. omnes populi 9. col. 10. ff. de just. & jur. Petr. de Anchor. in repet. rubr. de reg. jur. in 6. col. 2. Molinæus d. tit. 1. §. 12. num. 5. ubi id uberius explanat.*

Priori similis hæc controversia est: nunquid emphy- 407
teusis mihi, & meis filiis concessa, etiam nepotibus meis tributa censeatur? Et sane non desunt, qui existimant, emphyteusin isto modo mihi concessam, ad nepotes meos non devolvi, sed morte mea, meorumque filiorum penitus extingui. *Salicet. in l. 2. num. 9. & Jason n. 191. C. de jur. emphyteut. & D. Collega Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 77.* Verum contrariam ego sententiam benigniorem esse atque probabiliorem arbitror, *per l. justa 201. & l. liberorum 220. §. 1. & § ult. ff. de verbor. signif.* ubi expresse dicitur, filii appellatione etiam nepotem compre-
hendi. Idque obtinet non in favorabilibus tantum, sed 408
& in odiosis *l. filius 14. ff. ad SC. Macedon. l. Senatusconsulto 59. ff. de rit. nupt.* etiamsi in contractu verbis disertis dictum sit, ut Titius, & qui ex corpore ejus descendunt, succedant; *per ea, quæ eleganter tradit Baldus in l. 1. post princip. C. de conditionib. insert.* ubi ita scribit: *Filiorum appellatione nepotes continentur, licet mentio fuerit facta de filiis, ex suo corpore natis. Nam verificatur in* 409
nepotibus: quia in eis est sanguinis continuatio, & unum idemque dicitur, quicquid per rerum naturam continuative procedit. Baldum referunt & sequuntur *Johannes Cephalus consil. 262. num. 7. ad fin. & Decian. cons. 9. n. 8. & 9. vol. 2.*

Nec obsistit *Novell. 7. c. 3. in princ.* ubi cum & filio- 410
rum & nepotum fiat mentio: videtur dicendum, appellatione filiorum nepotes non contineri. Alias siquidem frustra Imperator expressisset nepotes: cum filiorum appellatione venirent. Hoc, *inquam*, non obsistit. Quia ob id solum nepotum mentio ibi expressa est: ut hæc verba (*in duobus ejusdem personæ heredibus*) explicarentur: adeoque indicaretur, de duabus generationibus, quarum prima sit filiorum, altera nepotum, actum fuisse.

Pariter non obstat § *si quis filiabus 5. vers. cæterum si* 411
filios supr. qui testam. tutor. dari poss. & l. quid si nepotes 6. ff. de testam. tutel. ubi filiorum appellatione nepotes non continentur. Nam (*secundum Alciatum lib. 3. paradoxor. c. 14.*) distinguendum est inter dispositionem legis, & hominis. Si de legis dispositione loquimur: regulariter filii vox ad nepotes producitur, non in favorabilibus duntaxat, sed etiam in odiosis, *ut ante probatum*: nisi diversa ratio dissimile & diversum jus inducat. Tunc enim filii nomen in nepotem non cadit, *l. sed & milites 8. in princ. ff. de excusationibus.* Ast in hominis dispositione (*ut est tutelæ datio*) dictionem filiorum ad nepotes non extendi, receptius est, *d. §. si quis filiab. supr. qui testam. tut. dari poss. & d. l. quid si nepotes 6. ff. de testam. tutel.* nisi ex conjecturis colligatur, contrahentem etiam de nepote sensisse: ut cum alioquin extranei suis præponerentur, *l. Lucius 85. ff. de heredib. instituend.* vel usus & consuetudo testatoris hoc suaderet, vel aliàs actus effectum non sortiretur, *argum. l. alimenta 16. §. 1. ff. de aliment. vel cibar. legat.* Item si natura contractus hoc exigat: ut cum vasallus feudum pro se & filiis accipit: vel emphyteuta (*ut in nostro casu*) emphyteusin pro se, & filiis suis accipit: quia natura hujus contractus est,
ut in nepotes transmittatur. Et distinctionis sive diffe- 412
rentiæ illius ratio ea est: quia facilius legis verba extenduntur, quam hominum: cum hæc non producantur, nisi ex mentis conjectura: at lex legis voluntatem semper exploratam habet. Ideoque recte Justinianus *in d. §. si quis filiabus, ex Ulpiani responso in d. l. 6. ff. de testament. tutel.* asserit: cum pater tutorem filiis dederit, non censeri nepotibus dedisse: quoniam tutorem dare, hominis actus est. Sed & alia ratione firmari potest hæc decisio: quandoquidem generaliter traditum est; si filiis provideatur propter favorem,

nepotibus quoque videri provisum. Cum autem hæc ratio non militet, si filiis tutor testamento relinquitur: nepotibus de tutore prospectum non videtur. Nec enim respectu tutorum ullus est favor: imo onerosa ipsis tutela esse solet: nec etiam multum inde emolumenti nepotibus oritur: cum cessante testamento, de tutore illis per judicem commodissime prospici possit, *ut explicuimus in d. §. si quis filiabus num. 4. s. tit. qui testamento tutores dari poss.* Et de proposita quæstione videndus etiam est, *post alios, ab ipso citatos*, Nicolaus Everhard. à Midelburg. *in locis legalib. loc. a feudo ad emphyteus. num. 7.* item Cardinalis Mantica *in tract. de tac. & ambig. convent. p. 412. & seq.* huncque referens Nicolaus Eggebrecht *in synopsi jur. emphyt. conclus. 81. & seqq. ubi plures similes quæstiones attingit.*

413 Præterea finitur & amittitur emphyteusis præscriptione: si vel dominus, vel etiam ex justa causa & bona fide tertius quispiam, fundi emphyteutici possessionem adeptus sit, eamque per tempus legitimum, absque ulla contradictione emphyteutæ, teneat, *arg. tit. 26. §. si quis per triginta annos, lib. 2. Feud. Wesenbec. post alios, in paratit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. per num. 2. vers. finitur porro, &c. Johan. Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 4. partis 4. princ. quæst. 8. num. 4. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 83. edit. 2.* Hucque conferenda sunt, quæ de præscriptione notata sunt supra *num. 232. & seq.*

414 Quia vero hic præscriptionis meminimus: fortassis non inconvenienter quæri poterit: an emphyteuta, qui longissimo tempore, puta 30. vel 40. annis canonem sive pensionem a pensione solvenda, non solum pro tempore præterito, sed etiam futuro, præscripsisse credatur? Et affirmantem quidem sententiam amplexi sunt *Bartolus in l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Corn. cons. 142. num. 11. vers. accedat. vol. 3. & alii, quos citat Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 31. num. 1.* Verum contraria decisio firmiori munita est fundamento. Pro ea enim valde facit *l. cum notissimi 7.*
415 *§. ult. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi Imp. Justinus inde ostendit; in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot anni sunt. Proinde si emphyteuta spacio annorum 30. vel 40. pensiones non solvit: præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras: quia nova præscriptio est necessaria futurorum annorum, & quidem in singulos annos. Id quod aperte etiam con-
416 stat ex *l. eos, qui, 26. in princ. Cod. de usuris.* Ubi licet constitutum sit, principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super usuris quæstionem moveri posse: cum, principali causa non subsistente, nec ea, quæ inde sequuntur, locum habeant, *l. cum principalis 178. ff. de reg. jur.* tamen illa lex satis arguit, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Jubemus, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstionem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci, &c.* Accedit & hæc ratio: quod de essentia emphyteusis sit præstatio canonis, sive conventio de præstando canone,
417 *de quo supra num. 104. & seqq.* Si itaque quis emphyteutam se profitetur, & in solutione canonis cessat: immunitatem sive libertatem à præstatione canonis sibi non acquirit. Hujusque sententiæ auctores sunt, *Accursius in d. l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Jason. in l. 2. num. 72. C. de jur. emphyteut. Guido Papa decis. 406. Gail. lib. 2. observ. 73. num. 1. Fachinæus lib 8. controvers. jur. cap. 99. Mynsingerus centur. 3. observ. 13. Wurmbs. pract. observat. tit. de præscript. cap. 5. Thoming. decis. 17. num. 26. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disput. 29. th. 11. lit. D. pag. 1133. & ibidem Hunnius in suis resolut. quæst. 45. pag. 1795. Borcholt. in tractat. de usur. cap. 4. num. 34. & aliquot seqq. & in tractat. de pact. cap. 3. num. 23.*

Nec adversatur *l. sicut. 3. & l. omnes, 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi omnis actio 30. vel 40. annorum spacio tollitur. *Quia* non negamus, annuas 418
præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extingui, sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur & requirimus, ex præscripto ac mandato dictæ *l. cum notissimi 7. § ult. C. d. tit.* non autem totius temporis futuri, ex unius anni vel alterius pensionis præscriptione, jus metimur. *Reliqua, quæ in contrarium moveri solent, refellit Fachinæus loco præællegato.* Huc etiam pertinere videntur, quæ notavit D. Bronchorst. *cent. 1. Miscell. controvers. assert. 44.*

Adhæc totius fundi emphyteutici interitu resolvi emphyteusin; nullum est dubium, *l. 1. vers. sin autem tanta emerserit. Cod. de jure emphyteut. & hoc §. nostro, vers. sin autem nihil, &c.* Et huc confert, quod & ususfru- 419
ctus (cui emphyteusis similis est, *ut arguit textus in l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt, ff. si ager vectigal, id est, emphyteuticar. pet. & præsens, quem explicamus, §. ibi, quæ fruenda traduntur, &c.*) finitur, si ager vel hortus fructuarius mari aut flumine inundatus sit, *l. si ager 23. & l. seq. ff. quib. mod. ususfruct. vel usus amitt.*

Eadem quoque amittitur emphyteusis, si emphyteuta 420
dolo, culpa lata, aut levi, rem emphyteuticam insigniter deteriorem fecerit, *Novell. 120. cap. 8. & Auth. qui rem Cod. de SS. Eccles.* Qui textus licet de Ecclesiastica emphyteusi loquantur: recte tamen etiam ad secularem sive civilem, cùm in utraque eadem ratio locum habeat, porriguntur. Nam in utraque emphyteusi ita res emphyteutæ datur, ut eam excolat, & meliorem faciat: in utraque (*inquam*) res utenda, non abutenda; melioranda, non deterioranda datur. Et sane si colonus, 421
contra legem contractus faciens, jure expelli potest, *l. æde. 3. C. de locato.* poterit & emphyteuta hac de causa: quia in contractu emphyteutico non minus, ac in contractu locati, firma & rata ea esse debent, de quibus convenit, *l. 1. C. de jur. emphyteut. Jason. in l. 2. n. 98. C eod. Jul. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis, q. 26. Rolànd. à Valle cons. 49. num. 21. vol. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 86. Hartman. Pistoris lib. 1. quæstion. jur. q. 28. Menoch. de arbitrar. jud. lib. 2. cas. 78. num. 3. D. Obrecht. Disp. 36. de jure emphyteut. thes. 285. & multis seqq. D. Halbritter. Disp. de jur. emphyt. de anno 1602. th. 48. ad lit. b. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 84. edit. 2. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 13. num. 4. & 24. ubi plures recitat.* Idem de feudo respondit *Ludolphus Schraderus in tract. feud. part. 9. c. 6. n. 59. & seqq. per textum in c. 1. §. quicunque advocation. & ibid. Baldus, Alvarott. Præposit. & Matth. de Afflict. de pac. tenend. & ejus violat. tit. 27. lib. 2. feud. ubi ille infinitas ferè auctoritates ad id probandum congessit.*

Sed utrum emphyteuta præter dolum, culpam latam & 422
levem, levissimam quoque præstet, non omnino expeditum est? Et (*haud obstante contraria opinione Cagnoli. & Decii in d. auth. qui rem, C. de SS. Eccles.*) vèrius est; emphyteutam, ob culpam levissimam in re deterioranda commissam, privationis pœnam subire non debere: quoniam is ex natura contractus emphyteutici, propter latam & levem duntaxat, non autem levissimam culpam, tenetur, *l. si, ut certo, 5. §. nunc videndum ff. commodat. l. contractus 23. ff. de reg. jur. ibique Anton. Delrio c. 11. Bald. in d. auth. qui rem, n. 2. C. de SS. Eccles. & Jason. d. l. 2. n. 98. in fin. C. de jur. emphyt. Ludov. Molin. d. disput. 457. num. 2. Mynsinger. respons. 28. num. 29. Decad. 3. Camill. Borell. in summa decis. tit. 33. de emphyteusi, num. 204. hosque laudans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyt. conclus. 219.*

Nec hoc pronunciatum imminuit, quod textus *in d.* 423
Novell. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles. generaliter & indistinctè statuunt, emphyteutam deteriorem facientem rem emphyteuticam, jus suum amittere: adeoque omnem culpam ètiam levissimam, pœnæ privationis obnoxiam esse, *l. de precio 8. ff. de publ. in rem act. l. 1. §.*
general. ff. de leg. præst. Nam notissima juris regula est: 424
omnem dispositionem accipiendam esse secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, *arg. l. ex conducto, 15. §. si uno, 4. vers. & si verbo. ff. locati, l.*

sed

sed si possessori. 11. §. *item. si proavero. ff. de acquir. l. damni infecti.* 43. *in princ. vers. & quod in stipulatione. ibique Angel. ff. de damn. infect. l.* [illegible] *C. de non num. pecun. Alex. cons.* 26. *n.* 6. *lib.* 3. *Nec* [illegible] *cons.* 92. *n.* 12. *& seqq. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. a subjecta materia. n.* 1. Quare cum in *d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. & d. Novell.* 120. *c.* 8. de emphyteuta, ob deteriorationem jure suo privando agatur: is autem de lata saltem, levique culpa, non vero de levissima teneatur. *d. l. si, ut certo.* 5. *§. nunc videndum. ff. commodat. d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* subjecta materia suadet, decisionem *dictæ Nov.* 120. *c.* 8. *& d. auth. qui rem. inde desumpta*, de lata levique, non autem levissima culpa, intelligendam esse.

425 Illud quoque dubitatione non caret: si emphyteuta in contractu emphyteutico disertis verbis promisit, se rem emphyteuticam non deteriorem facturum, utrum hoc casu ob quamvis, non solum insignem & magnam, verum etiam propter levem & modicam deteriorationem, privationis pœna plectendus sit? Quod asserit *Natta consil.* 481. *numero.* 14. *& seqq. quem citat & sequitur Corbulus dict. tractat. de jur. emphyt. c.* 13. *n.* 9. *argumento l. si quando.* 109. *in princ. ff. de legat.* 1. *& c. si papa.* 10. *ibi, cum verba aliquid operari debeant, de privileg. in* 6. Quibus ex locis hæc colligitur doctrina: in

426 quavis dispositione verba sic accipienda esse, ne otiosa sint, sed ut aliquid operentur. Jam vero si in proposita specie emphyteuta, propter levem deteriorationem, privationis pœnam pati non deberet, pactum illud de re non deterioranda frustra interpositum censeretur, *contra d. l. si quando* 109. *ff. de legat.* 1. *& d. c. si papa* 10. *de privileg. in* 6. Sed, objectione illinc nihil movente, probabilius esse judico: quod emphyteuta, cum quo talis inita est pactio, ob levem deteriorationem jure suo non

427 cadat. Omnia enim pacta, & verba pactorum secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, qua de tractatur, intelligi debent, *c. solitæ.* 6. *& ibi Canonistæ. ext. de majoritate & obedient. d. l. ex conducto.* 15. *§. si uno. & l. quaro.* 54. *§.* 1. *ff. locati. l. si olei.* 21. *C. de locato. l. damni.* 43. *ff. de dam. infect. & jurib. similibus superius n.* 424. *allegatis.* Atqui contractus emphyteutici natura & conditio hæc est, ut levissimam emphyteuta culpam præstare non cogatur, *ut paulo ante probatum:* & consequenter quod ob levissimam culpam & deteriorationem modicam non puniatur. Quocirca pactum illud, de re non deterioranda adjectum, in hanc sententiam accipi non debet, quod emphyteuta levissimam culpam in re deterioranda præstare teneatur.

428 Nec quicquam negocii facessit, quod modo de operatione verborum seu pactorum adductum est. Etenim potius admittitur, ut & verba & pacta sint supervacua, & sine effectu operandi, quam ut aliquid operentur contra subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, *per notata Bald. in rubr. Cod. de contrah. empt. n.* 9. *Alex. cons.* 21. *n.* 9. *lib.* 5. *Gozad. cons.* 74. 16. *Socin. regul.* 440. *limitat.* 2. *& Cephal. cons.* 104. *num.* 8. Et juris indubi-

429 tati est: quod expressio illorum, quæ tacite insunt, nihil operetur: quodque potius admittatur, ut dispositio sit superflua, quam ut expressio eorum, quæ tacite insunt, aliquid operetur, *l. verba hæc* 12. *ff. de conditionib. institution. l. hæc verba.* 3. *& ibi Bartol. & Jason. ff. de legat.* 1. *l. non recus.* 3. *C. de fidejussorib. Ruin. cons.* 168. *num.* 155. *lib.* 1. *Paris. cons.* 110. *n.* 47. *lib.* 1. Censetur etenim expressio eorum, quæ tacitè insunt, ad tollendam omnem dubitationem facta fuisse, *tradentibus Socino consil.* 102. *num.* 11. *lib.* 3. *& Cephalo d. cons.* 104. *num.* 14. Juris

430 autem est clarissimi: quod ea, quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inferuntur, jus commune non lædant, neque mutent, *l. qui mutuam.* 56. *in princ. ff. mandati. l. quæ dubitationis.* 81. *ibique Decius & Cagnol. ff. de reg. jur. Joan. Ducch. in tract. de arte testand. caut.* 11. *num.* 1. *Cravet. cons.* 70. *n.* 29. *lib.* 1. *aliique plures, quos memorat & probat Schraderus in tract. feud. part.* 10. *sect.* 3. *num.* 39. *&* 40. Eandemque quæstionem, cum aliis, excussimus *in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst.* 26. *n.* 3. *& seqq.*

In disceptationem pariter & illud trahitur: numquid emphyteuta, qui non integrum fundum emphyteuticum, sed partem tantum ejus deteriorem fecit, toto fundo, vel saltem ea parte, quam fecit deteriorem, privetur? Privari eum toto fundo, autumant *Richardus Malumbra, Obrad. & Bald. in l. cum ejusdem.* 34. *ff. de ædilit. edict.* ubi expresse scribunt: quod emphyteuta, qui plures res accepit in emphyteusin simul ac eodem contextu, & pro uno omnium canone, cadat ab omnibus etiam aliis rebus, in quibus non est male versatus, si unam ex illis rebus, quas accepit, deterioravit, & in ea fuit male versatus. His subscribunt & assentiuntur *Anch. Barbat. in addit. ad Bald. in l. ædes.* 3. *sub. n.* 14. *vers. sed quid si ex pluribus rebus. C. de locato. Chassanæus in consuetud. Burgund. rubr.* 4. *§.* 6. *p.* 619. *num.* 7. *Trentacinquius var. resolut. jur. lib.* 3. *resolut.* 2. *de jur. emphyt. n.* 3. *Roland. à Vall. cons.* 49. *num.* 15. *lib.* 2. *Joseph. Ludov. decis.* 22. *n.* 6. *Albert. Brun. in tract. de augmento monetæ. conclus.* 22. *Tiraquell. de retraict. lignagier. §.* 23. *num.* 4. *gl.* 1. *Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap.* 13. *n.* 7. *aliique ab iis relati.* Cæterum contrariam sententiam 432

& veritati & æquitati magis esse amicam reor, *per l. rescriptum.* 6. *& l. heres.* 11. *ff. de his, quæ ut indignis auferunt.* ex quibus textibus apparet, quod heres ratione ejus tantum partis in qua fraudem adhibuit, puniatur. Et ratio non obscura est: quia pœna commensuranda est 433

delicto nec id excedere debet, *l. perspiciendum* 11. *l. aut facta* 16. *ff. de pœnis. l. sancimus.* 22. *C. eod. c. quæsivit.* 2. *in fin. ext. de iis, quæ fiunt à majori parte capit. c. felicis.* 5. *§. illud autem. de pœn. in* 6. Accedit textus *in tit.* 38. *de vasallo, qui contra constitutionem Lotharii regis benefic. alienavit. lib.* 2. *feud.* ubi vasallus, qui inscio aut 434

nolente domino partem tantum feudi alienavit, non toto feudo, sed ea solummodo parte, quam non consentiente domino alienavit, privatur. Idem igitur in deterioratione respondendum erit: quod videlicet partem feudi deteriorem reddens vasallus, non toto feudo, sed ea tantummodo parte, quam deteriorem reddidit, privetur. Et ita tenent sentiuntque *Cornæus cons.* 67. *n.* 11. *lib.* 2. *Schraderus in tract. feud. part.* 9. *cap.* 6. *n.* 70. *Conrad. Rittershus. l.* 2. *partitionum juris feudal. c.* 5. *q.* 71. *& D. Bocerus class.* 2. *Disput.* 14. *th.* 85. *edit.* 2. *ubi allegat idem sentientem Jacobum Concenat. lib.* 4. *quæstion. jur. quæst.* 5. *num. ult. itemque D. Besold. in delibat. jur. ex lib.* 6. *Pand. tit.* 3. *num.* 8. *pag.* 505.

Neque tollit assertionem nostram, *l. si quis in gravi.* 3. 435

§. si autem non totum. 24. *ff. de senatusconsulto. Silan.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit; *Si non totum testamentum, sed pars ejus aperta sit: dicendum est, in edictum incidisse eum, qui aperuit. Parvi enim refert, utrum totum, an pars aperiatur.* Nam hoc ibidem Jurisconsultus dicit respectu Senatusconsulti illius, in quod æquè delinquit, qui partem aperit testamenti, antequam vindicata sit nex defuncti, atque is, qui totum: nec ad feudi sive emphyteuseos vel deteriorationem, vel alienationem trahi debet.

Nihil item resistit *l. etiamsi partis.* 111. *ff. de legat.* 1. 436

ubi etiam tutor partis bonorum, si à tutela se excuset, toto eo privatur, quod ipsi testamento est relictum. Licet enim quis partis tantum bonorum pupilli tutor sit: tamen nihilominus tutor est: & cum totum detrectet tutelæ officium: meritò & omni beneficio legati vel fideicommissi carebit. Secus autem est, si quis partem tantum rei emphyteuticæ sive feudalis deterioraverit. Is siquidem totum deteriorasse dici non potest. *Rittershus. loco ante notato.*

Similiter nihil movet *l. eadem dicemus.* 4. *§. Cato. vers.* 437

quamvis. ff. de verb. obligat. quem textum Angelus, Jason, Carol. Ruinus, & plerique Dd. in hanc sententiam interpretantur: quod obligatus sub certa pœna de non faciendo aliquid, si contrafaciat sive contraveniat in parte, totam pœnam vi ipsa incurrat. Verius namque est, ex specie istius §. evinci posse, quod pœna committatur pro parte contraventionis tantum: *ut*

Digitized by Google

egregiè contra alios demonstravit Carolus Molinæus (sub nomine Casparis Caballini) in tract. dividui & individui. 3. part. principal. num. 522. & seqq.

438 Cum satis jam explicatum sit emphyteutam propter deteriorationem rei emphyteuticæ jure suo privandum esse: inde infertur, emphyteutam, qui arbores fructiferas incidit, etiam jus suum perdere: quandoquidem ejusce-modi arbores incidendo, fundum emphyteuticum deteriorem reddere dicitur, *l. si cujus 13. §. fructuarius. 4. ff. de usufruct. l. & eleganter. 7. §. non solum. 3. ibi, arbores excidit, vel extirpavit. ff. de dol. mal. l. 2. ibi, arbores dejecisset, &c. ff. si usufruct. petat. & l. in fraudem. 45. §. conductor. 13. ibi, arbores pomiferas cædere, ff. de jure fisci. ibique Bartol. Clarus in §. emphyteusis. quæstion. 26. num. 2. Guiliehn. Redoan. in tract. de reb. eccles. non alienand. de caducitate ob rei deteriorationem. in princ. pag. 505. Paul. de Monte Pico in repetit. l. Titia. 34. §. Titia, cum nuberet. 7. ff. de legat. 2. Menoch. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2. cent. 1. cas. 78. num. 7. Tobias Non. consil. 48. n. 20. Joan. Hannibal. in l. nemo potest. 55. num. 168. ff. de legat. 1. Tiraquell. de retract. convent. §. 3. gl. 1. & unica, n. 34. Pinel. ad l. 1. C. de bon. matern. part. 2. n. 60. vers. idem emphyteuta, &c. Corbulus in tract. de jur. emphyt. cap. 13. n. 2. pluresque alii, per eos congesti.*

439 Sed intricatæ pulchræque quæstionis est: an emphyteuta, si fructiferas arbores à se positas inciderit, privatio-
440 nis pœnam mereatur? Et mereri, verior traditio est. Cum enim arbores, ab emphyteuta plantatæ, pars soli esse judicentur. *l. fructus. 44. ff. de rei vindicat. l. ult. §. fructus. 6. ff. quæ in fraud. creditor. l. sed si meis. 26. §. arbor ff. de acquir. rer. dom.* & ratio non permittat, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundo radices egerit, *l. adeo quidem. 7. in fin. ff. eod. t. & §. si Titius alienam. 31. f. de rer. divis. &c.* consequens est; arborum, in prædio emphyteutico ab emphyteuta insertarum, dominium ad illum, cujus est solum, spectare: atque adeo emphyteutam eas incidendo, ipsum prædium deteriorasse, remque emphyteuticam violasse censeri: ac proinde privationis pœnam meritò incurrere. *D. Bocer. d. class. 2. disput. 14. thes. 86. edit. 2.*

441 Nihil officit, quod objicitur à dissentientibus (*nimirum Francisco Beccio cons. 33. num. 7. & aliis, quorum meminit Corbulus d. c. 12. n. 2. ad finem*) dominum amittere quidem lucrum, sed nullo affici damno, si fructiferæ arbores, ab ipso emphyteuta plantatæ, incisæ fuerint. *Respondetur* enim: arbores istas, quoniam solo inhæserunt, ratione directi dominii acquisitas esse domino, ad quem directum soli dominium pertinet: ita ut ex illarum incisione dominus non sperato, sed quæsito jam lucro privetur. Lucri autem, quod quæsitum est, idem, ac damni, jus habetur, *argum. l. liberto octoginta. 26. ff. de*
442 *bonis libertor. Cravett. consil. 764. n. 3. & seqq.* Quod autem diximus, emphyteutam fructiferas incidendo arbores jure suo cadere, id non procedit, quando emphyteuta, qui arbores frugiferas incidit, alias æquè fructiferas in earum locum supplantavit & substituit, *arg. d. l. in fraud. 45. §. conduct. 13. ibi, non substit. aliis. ff. de jure fisc.* Hujusque ratio manifesta est: quia emphyteuta, in locum arborum incisarum alias æquè fructiferas & fœcundas substituens, prædium emphyteuticum per istam incisionem deterius fecisse non intelligitur: ut sentiunt, *post alios complures, quos citant*, Cæpoll. *de servit. rustic. prædior. c. 22. de montibus, num. 13. Guiliel. Redoan. d. tract. de reb. eccles. non alien. de caducitate ob rei deteriorationem vers. & ut discutiatur. n. 13. p. 510. Tiraquell. de retract. convent. d. §. 3. gl. 1. n. 26. & Corbulus d. c. 13. n. 18.* Qui duo posteriores plures limitationes, in praxi diligenter notandas, recensent.

443 Præterea emphyteuta amittit emphyteusin, si domino apochas fiscales (*de quibus supra num. 393.*) tempore debito non reddiderit. *l. 2. C. de jur. emphyt. Borcholt. in Com-*
444 *mentar. de feud. c. 3. num. 18.* Ut & si volens jus suum emphyteuticum aut meliorationes vendere, id domino prius non denunciaverit: ut is, si volet, præferretur: aut denunciaverit quidem, sed ante emensum duorum mensium spatium, antequam declaraverit se dominus, alii vendiderit: tum etiam, si non petierit à domino, ut facta quovis modo alienatione, novum emphyteutam in possessionem fundi emphyteutici induceret, aut si quidem id desideraret, antequam tamen dominus se declaret, intra menses duos ipse fundum emphyteuticum tradat ei, in quem alienavit: & denique si domino quinquagesima pars precii aut æstimationis non præstetur, *l. ult. C. de jure emphyt. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 14. D. Bocer. class. 2. Disput. 14. thes. 90. edit. 2.* Si igitur do- 445
minus non plus, quam duos menses, ad approbandum, & in possessionem inducendum emphyteutam emptorem habet; etiam emphyteuta, qui inductionem testatò sub pœna privationis requirere tenetur, hanc requisitionem ultra duos menses differre non poterit. Quia Justinianus *in d. l. ult.* post factam requisitionem, an dominus emere velit, & post lapsum duorum mensium, emphyteutæ alienandi emphyteusin sine alio domini consensu potestatem concedit: & simul domino imponit, ut emptorem seu novum emphyteutam intra duos menses recipiat: imponit etiam emphyteutæ sub pœna privationis, ut investituram petat, & laudemium (dictum ex eo, quod dominus laudat & approbat contractum, sive personam novam alibi *ἐποδιάκτικον*, *Nov. Leon. 13.* est quinquagesima pars precii rei emphyteuticæ alienatæ, *d. l. ult. C. eod. Althus. l. 1. dicæolog. c. 77. n. 14. p. 266.*) solvat. *d. l. ult. C. de jur. emphyt. Clar. l. 4. sentent. §. emphyteusis. q. 23.* Quod 446
autem Doctores communiter statuunt emphyteutam habere annum & diem à tempore scientiæ, ad investituram & confirmationem petendam, *Jason in l. 2. n. 23. C. de jur. emphyt. Roman. consil. 22. n. 6. & alii, ab his allegati*: id iis in casibus, qui in *d. l. 6. eod.* expressi sunt, locum habere nequit: quoniam enim in iis certum jus sit constitutum; Doctorum opiniones ut quis sequatur, non necesse est. Et propterea his tum relinquitur locus, ubi certum jus deficit: veluti si quis post lineam finitam, & emphyteusin devolutam, tanquam proximior, à domino de re devoluta se investiri petit, *secundum doctrinam Bartoli, & aliorum in l. 1. §. permittitur. ff. de aq. quot. & æstiv.* vel si res ad certum tempus cum pacto fuit concessa, ut finito tempore emphyteuta renovationem emphyteuseos petat. His enim casibus quia jure civili nihil est dispositum aut cautum, non male jus feudorum sequimur: ut hanc sententiam communem dicit Socinus *consil. 167. num. 42. lib. 2.* & probat Jason *in l. 1. num. 60. Cod. de jur. emphyteut.* hosque referens, Dn. Obrecht *in eleganti disput. 36. de jur. emphyteut. th. 321. & seqq.*

Indubitata sanè conclusio est: emphyteutam, qui irrequisito domino, & sine denunciatione præstita, rem vectigalem sive emphyteuticam alienavit, jure suo cadere, 447
sæpe allegata l. ult. C. de jur. emphyt. ibique Bartol. Bald. Salicet. Jason. Sichardus, & Dd. communiter. D. Besold. in delibat. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. n. 8. p. 504. & seq. Quæ conclusio ampliatur, ut procedat, etiamsi juris ignorantia lapsus emphyteuta prædium emphyteuticum, non consentiente domino, alienaverit. Siquidem à pœna privationis propter juris ignorantiam minimè excusatur, *argumento l. leges sacratissimæ. 9. C. de legib. & l. constitutiones 12. C. de juris & facti ignorant.* Imò ne rustico quidem, mulieri & militi jura contractus ignorare 448
licet, *arg. l. ult. C. eod. tit.* ac proinde ob alienationem, irrequisito domino factam, à jure suo cadunt, *ut tradidit Baldus in c. 1. quæst. penult. de controvers. inter domin: & emptor. feudi tit. 42. lib. 2. feudor. Jason in d. l. ult. n. 178. & seq. C. de jure emphyt. Tiraquell. de retract. convent. §. 4. gloss. 7. n. 17. Guiliehn. Redoan. in tr. de rebus eccles. non alienand. de caducitate ob rei alienationem. vers. emphyteuta quoque. num. 12. & Corbulus in tractat. de jur. emphyteus. cap. 14. ampliat. 46.* At quid dicendum, si emphyteuta post alienationem & traditionem 449
illicitè factam recuperaverit rem emphyteuticam: numquid hoc casu pœnam privationis evitabit? Nequaquam: quia statim alienatione facta, jus domino fuit quæsitum, quod ipsi absque suo facto & consensu auferri, aut per redemptionem rei venditæ tolli nequit. *l. 1 §. si rem. 25. ff. de-*

ff. depositi. l. qui lam. 10. in fine principii, & l. rogo. 21. ff. de fideicommiss. libertat. l. [illegible], quod [illegible]. 11. ff. de reg. jur. [illegible] si per [illegible] feudi vasallus id recuperaverit. tit. 44. lib. 2. feud. [illegible] Bartol. in l. sequitur. 4. §. item Labeo. 10. ff. de usurp. & usucap. idem Bartol. & Bald. [illegible] ff. deposit. rursus idem Bartol. [illegible] in l. si quis libellus. 28. in fine. C. [illegible]. Socin. Jun. consil. 20. n. 38 vol. 1. [illegible] sent. in verb. emphyteusis. num. [illegible]8. Guido Pape consil. 192. n. 1. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis [illegible] n. 6. aliique per eum adducti.

450 Magna inter Doctores de hac quæstione disputatio est: An emphyteuta, si fundum emphyteuticum, absque consensu domini alienatum, in continenti recuperet, effugiat pœnam caducitatis sive privationis? Et in affirmatam, tanquam æquiorem, sententiam plerique concedunt, *Salicet. n. 20. & Jason. num. 136. in l. ult. C. de jur. emphyteut. Jacob. de Nigris in repetit. l. si quidam. 48. n. 299. & 304 ff. de verb. oblig. Ambros. de Opizonib. in repetit. l. filius familias. 114. §. divi 11. num. 166. ff. de legat. 1. Roman. in d. l. sequitur. 4. §. item Labeo 10. ff. de usurpat. & usucap. Anton. de Butr. in c. potuit 4 n. 10. extr. de locato, & in consil. 34. sub n. 2. vers. de æquitate tamen. &c. & Guilielm. Redoan. in tract. de rebus Eccles. non alienand. p. 523. n. 48.* Sed conclusio negata (quam amplectuntur *Alberic. de Rosat. colum. 3 & Sichard. n. 2. in d. l. ult. C. de jur. emphyteut. Imola in d. c. potuit. n. 48. ext. de locat. Alexand. in l. si a me. 29. num. 4. ff. ad leg. [illegible], quos citat Corbulus in tractat. de jure emphyteut. c. 14. ampliat. 29. sub num. 2. vers. cæterum etsi supradicta declaratio, &c.*) verisimilior esse videtur,
451 atque confirmatur argumento textus *in d. tit. 44. lib. 2. feudor.* ubi dicitur: vasallum, qui illicite feudum alienavit, licet postea recuperaverit, privationis pœnam non
452 evitare. Et quamvis vocabulum (*postea*) in isto textu positum, a quibusdam de longo temporis intervallo accipiatur: natura tamen illius distinctionis ostendit, ea quoque, quæ in continenti sequuntur, postea facta dici. *l. quotiens. 9. § si quis ita scripserit 14. ubi Bartol. ff. de heredib. instituend.* Deinde emphyteuta per alienationem prædii emphyteutici ipso jure caducitatem incurrit, & jus suum amittit, idque domino applicatur. *d. l. ult. ibique*
453 *Albertus Lemmens. num. 1. C. de jur. emphyteut.* Quod quidem jus domino acquisitum, ei invito & dissentienti adimi haud potest. *l. fin. ff. de pact. d. l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* Adimeretur autem domino invito jus suum semel acquisitum, si emphyteuta, qui privationis pœnam, propter alienationem illegitimè factam, incurrit, per revocationem venditionis pœnam illam declinare & evadere posset. Quare omnino statuendum est: emphyteutam, qui non consentiente domino, prædium emphyteuticum alienavit, pœna privationis non eximi, etiamsi protinus alienationem factam retractaverit.

454 Hanc conclusionem non infringit textus *in d. c. potuit, 4. extr. de locato.* ubi expressum est, quod emphyteuta jus sibi competens alienando, vel in solutione canonis cessando, expelli possit, nisi celeri satisfactione sibi consulat. *Nam* certum planumque est, celerem satisfactionem, de qua ibidem agitur, non posse, neque debere ad prædii emphyteutici redemptionem referri. Satisfacere siquidem domino dicitur emphyteuta, quando canonem annuum exsolvit: non autem, cum prædium, domino inscio & inconsulto venditum, redimit & recuperat, *arg. l. 1. ff. qui satisdare cogantur, &c.*

455 Eandem decisionem non enervat *c. si quis presbyterorum. 6. extr. de reb. eccles. alienand. vel non.* ubi Prælatus, in continenti recuperans prædium Ecclesiæ contra leges alienatum, excommunicationis pœnam evitat. *Etenim* ex eo evinci non difficulter potest, excommunicationis pœnam non in illum, qui vendit tantum, vel consentit venditioni sive alienationi rei ecclesiasticæ, simpliciter constitutam esse: sed requiri, ut in venditione seu alienatione illegitime celebrata simul perseveret. At verò adversus emphyteutam, absque domini consensu jus suum vendentem, privationis pœna simpliciter constituta est: neque simul exigitur, ut aliquo temporis intervallo in illa venditione perseveret. *dict. leg. ult. C. de jure emphyt.* Atque hæc interpretatio ex verbis dicti cap. satis luculenter probatur. Ait namque ibi Symmachus Papa alienatorem anathemate feriendum, si celeri restitutione sibi non prospexerit. Quibus ex verbis colligitur: non simpliciter prælatum propter alienationem excommunicari: sed accedente demum perseverantia huic pœnæ subjici. Posset fortassis & hoc, *in d. c. si quis presbyterorum*, alienatorem, si rem illegitime venditam mox revocet, facilius à pœna excommunicationis liberari: quod ex alienatione isthac, contra leges facta, nullum jus Ecclesiæ, cujus ad præjudicium alienatio tendit, quæsitum fuerit. Quod nostro in casu secus est. Quandoquidem per alienationem, domino non requisito, factam, hoc ei jus acquiritur, ut emphyteutam statim expellere possit, *crebro citata l. ult. Cod. de jur. emphyteut.* Quod certè jus ipsi invito & reluctanti per alterum auferri non potest, neque debet, *d. l. fin. ff. de pact. & d. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.*

Nostram quoque opinionem non hebetat, *l. divortium* 456
3. ff. de divortiis & repud. ubi mulier, quæ divertit a marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum 457
ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. *Divortium quippe* (ut Paulus ibi loquitur) *non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quicquid in calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur.* Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse.
Ast in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam 458
venditio solo consensu initur, & traditione completur, neque ad venditionem declarandam perseverantia ulla desideratur, *l. 1. in princ. ff. de contrah. empt. l. 2. in princ. ff. de obligat. & act. tot. tit. supr. de obligat. ex consens. l. si traditio. 4. C. de actionib. empti.* Quocirca emphyteuta eo ipso, quod sine consensu domini vendit, pœnæ privationis fit obnoxius: cum nihil aliud ad hanc pœnam ei imponendam exigatur, quam ut res emphyteutica, domino non consentiente, ab eo vendatur.

Denique nostro pronunciato nihil decerpit *l. si in lege.* 459
24. §. colonus 4. vers. quod si paucis. ff. loc. ubi intra paucos dies mora a locatore purgari potest. *Nam* illic propter paucorum dierum prohibitionem, a locatore factam, nullum jus agendi conductori acquiritur: cum is, propter prohibitionem exigui temporis, a locatore interpositam, nullum prætendere possit incommodum. Actio au- 460
tem non datur, nisi nostra intersit, *arg. princ. & §. 1 infr. tit. de action.* Cæterum non interest conductoris, cui paucis tantum diebus utendi facultas per locatorem inhibita est. Atque hinc fit, ut conductor ob paucorum dierum inhibitionem mercedem locatori diminuere non valeat. Sed in proposito themate statim ex eo tempore, quo venditio prædii emphyteutici, domino contradicente vel irrequisito, interposita est, hoc jus ipsi acquiritur, ut utile consequatur dominium idque ab emphyteuta avocare possit. Cum igitur species *dictæ l. si in lege.* à nostra quæstione sit diversissima; nulla ex ea firma illatio duci potest. *Papinianus. 20. ff. de minorib. l. cum actum. 17. ff. de negoc. gest. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat. D. Collega Halbritter. in tract. suo, de jure emphyteut. cap. ult.*

Prædicta porrò conclusio, qua diximus, emphyteu- 461
tam alienando fundum emphyteuticum, domino irrequisito jus suum amittere, limitanda & temperanda est,
ut non obtineat, si vendere tantum promisit. Aliud si- 462
quidem est vendere: & aliud, promittere venditionem, *argument. l. quod si nolit. 31. §. aliud 18. ff. de ædilic. edict. l. non omnes. 5. §. ultim. ff. de re militari, Jason in l. fin. num. 134. Cod. de jur. emphyteut. Alexand. consil. 173. viso themate. col. 2. vers. secundo respon[illegible]*

Digitized by Google

vol. 2. Roland. à Valle. consil. 69. num. 15. vol. 3. Joan. Maria de Riminald. consil. 340. n. 19. vol. 3. Tiraquell. de retract. convent. §. 5. ad fin. tit. gloss. 1. num. 45. & Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. c. 14. limitat. 8.
463 Quinimò, etiamsi emphyteuta inscio domino prædium emphyteuticum vendiderit: non tamen ad traditionem realem processerit, jure eum suo non privari crebrius placuit, argumento textus in c. Imperialem. §. callidis, ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt, de probibit. feud. alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. feudor. Alberic. de Rosat. Salicet. & Jason. num. 132. & novissime Elbertus Leoninus num. 2. in d. l. fin. C. de jure emphyteut. Ruin. consil. 163. lib. 1. Joan. Maria de Riminald. consil. 217. lib. 2. Alexand. d. consil. 173. lib. 2. Molinæus in consue-
464 tud. Parisiens. §. 13. gloss. 5. n. 2. & 3. Ratio est: quia non dicitur alienatum, quod venditum quidem, sed non translatum est: cum verbum (vendere) cum effectu sit intelligendum, arg. l. 1. §. hæc autem verba. ff. quod quisque juris in alter. statuerit. l. penult. §. 2. in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi exim. l. alienatum. 67. ff. de verbor. signif. c. relatum. 4. ibi, cum igitur verba accipienda sint cum effectu. extr. de clericis non residentib.

465 Hinc mirificè ambigunt & rixantur Doctores: An emphyteuta, qui domino non consentiente prædium emphyteuticum vendidit, apposito in contractu venditionis pacto, quod nomine emptoris possidere prædium venditum velit, per hoc constitutum jure suo cadat? Et partem quidem affirmativam tenet Paulus Castrens. in l. 1. §. si rem. n. 11. ff. deposit. Anton. de Butr. consil. 43. Martin. Laudens. in d. c. Imperialem. in princip. col. 2. vers. nota secundum, de probibit. feud. alien. per Frid. Guido Pap. consil. 147. col. 7. vers. imo & si foret & consil. 192. col. 2. ult. Negusant. in tractat. de pignor. in 3. membro. 2. partis principal. in fin. Jul. Clarus lib. 4. sent. recept. §. emphyteusis. q. 13. n. 4. Roland. à Valle consil. 51. n. 27. & seq. vol. 2. aliique propè innumeri, quos magno cumulo cummulat Corbulus in d. tract. de jure emphyt. c. 14. ampliat. 30. ubi hanc communem, & frequentius receptam esse sententiam testatur. Contrariam verò & negativam partem sequuntur Jacobus Alvarot. in c. 1. in princ. col. 2. quid juris, si post alienationem, & c. in usibus feud. Antonius Rub. in repetit. §. morte, in l. non solum. 8. n. 479. ff. de oper. novi nuntiat. & Carolus Molinæus in consuetud. Parisiens. d. §. 13. gloss. 5. num. 4. vers. sed con-
466 trariam. &c. ubi citat & alios. Quibus, utpote ratione non levi suffultis, & ego lubens meritoque accedo. Certo enim certius, & manifesto manifestius est; contractum venditionis emphyteuseos, domino irrequisito initum, ipso jure nullum esse, d. l. fin. C. de jure emph.
467 Ergo & pactum constituti, & quævis alia clausula illi contractui inserta, nullius momenti erit. Corruente namque principali contractu, corruunt etiam & vitiantur pacta, tanquam accessoria, ipsi adjecta, l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. & c. accessorium. 24. eodem. tit. 6. Inde fit, ut per constitutum, contractui inutili adjectum, neque dominium, neque possessio transferatur. Ideoque emphyteuta, qui in contractu, absque voluntate ac consensu domini inito, tale constitutum apposuit, seque nomine emptoris possidere dixit, nullam per hujusmodi constitutum possessionem, nullumque dominium transtulisse, adeoque nec ullam privationis pœnam incurrisse intelligitur. Sed hac de re paulo explicatius Molinæus d. §. 13. gl. 5. n. 5.

468 Emphyteuta insuper ob mendacium jure suo privatur. Etenim si scienter neget, se esse emphyteutam, & rem esse emphyteuticam, & postmodum mendacii convincatur, haud dubiè emphyteusin perdit. Quia cum negando in re ipsa peccet: justum est, ut quoque privatione rei puniatur, argumento l. ex facto. 43. §. Julius Longinus. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. consensu. 8. §. hæc nisi. C. de repud. l. quicunque. 14. C. de Episcop. & cleric. & c. fin. ext. de immunit. Ecclesiar. Confert huc text. in §.
469 vasallus si feudum. & §. vasallus feudum tit. 26. lib. 2. feudor. ubi expressè cavetur: quod, si vasallus inficietur feudum, vel feudi partem, aut ejus conditionem, postea de mendacio convictus, feudum, & ejus conditionem perdat. Et ita tradit Speculator in tit. de locato. §. nunc aliqua (ut vulgo ...) vel potius in 1. de emphyteusi, quæst. 65. num. 82. idque ... declarat Corbulus in tract. de jure emphyteut. c. 1. n. 2. & subseqq. Et sanè quemadmodum in proposito, ita & multis 470
casibus aliis mendacium punitur. Primum enim hæres, 471
qui negat, rem legatam esse hereditariam, in mendacio deprehensus, amittit beneficium legis Falcidiæ in illo legato, l. hereditarium. 68. (alias est l. computationi.) §. ultim. ubi Bartol. Castrens. Alexand. & alii. ff. ad leg. Falcid. Secundò, qui negat legatum ad pias causas à se re- 472
lictum, is duplum solvere cogitur: imò non solum ob inficiationem; sed ob dilationem quoque solutionis, lis inficiando hic crescit. §. ex quibusdam. 7. infr. de obligat. quæ q. ex contract. nasc. §. ... autem bonor. 19 & §. in duplum. 23. infr. de actionib. Tertiò, si quis, cum ex 473
semisse hæres esset, in jure interrogatus responderit, se ex quadrante heredem esse; mendacii hanc pœnam feret, ut in solidum conveniatur. Non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat, inquit Ulpianus in l. de ætate. 11. §. si cum esset. 3. ff. de interrogationib. in jure faciend. Quartò, possessori, qui possessionem rei in- 474
ficiatur, aufertur illa, & adjudicatur actori, qui rei vindicationem adversus eum instituit, ut est textus in h. tit. ff. de rei vindicat. Quintò, fidejussor, qui negat, se fidejus- 475
sisse pro aliquo, convictus perdit beneficium divisionis, quod alias ex epistola Divi Hadriani inter plures fidejussores locum habet, l. si dubit. 10. §. ita demum. ff. de fidejussorib. Hippolyt. de Marsil. in rubric. d. tit. n. 380. Sextò, socius, qui actione pro socio conventus negat, se 476
socium esse, perdit beneficium competentiæ, quod alioquin haberet, videlicet ne in solidum condemnetur; & jam propter mendacium istud in solidum tenetur, non autem in quantum facere potest, l. si unus. 67. in fin. ff. pro socio. & l. sed hoc ita. 22. §. ult. ff. de re judic. Septi- 477
mò, qui abnegat propriam scripturam, is convictus beneficium exceptionis non numeratæ pecuniæ amittit: imò in duplum quoque condemnatur. Auth. contra qui propriam. C. de non num. pecun. Novell. 18. c. 8. Octavò, 478
qui depositum abnegat certis quibusdam casibus (ut incendii, ruinæ, naufragii, vel tumultus causa factum) is pœnæ causa in duplum condemnationem subit. l. 1. §. 1. ff. deposit. d. §. in duplum. 23. & §. sed furti. 26. infr. de actionib. Plures casus, quibus punitur mendacium, referunt Jason ad l. quod te mihi. 5. ff. de rebus credit. si cert. pet. & Anton. ... decis. 50. bosque citans Conradus ... lib. 2. partitionum feud. c. 5. q. 41. p. 421.

Tandem emphyteuta amittit suam emphyteusin, si 479
debitum canonem vel pensionem in civili emphyteusi intra triennium, l. 2. C. de jure emphyt. in ecclesiastica intra biennium non solverit. Novell. 7. c. 3. § ... autem. & Novell. 120. c. 8. & Auth. qui rem C. de SS. Eccles. c. potuit. 4. extr. de locato. Jul. Clar. libr. 4. sentent. §. emphyteusis q. 8. num. 1. Aurel. Corbul. in tractat. de jur. emphyteut. c. 15. Dominicus Cardinalis Tuschus tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. conclus. 192 n. 1. & seq. Fæder. Prudentius consil. 17. q. 3. n. 118. vol. Matthias Berlichius conclusion. practicab. part. 2. concl. 46. n. 1. ubi ad hanc conclusionem, utpote receptissimam & notissimam, plures allegat.

Hæc conclusio primò procedit, etsi emphyteuta à præ- 480
dii domino nunquam sit interpellatus, d. c. potuit. in fin. extr. de locat. Quia neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare; sed unum quemque decet ul- 481
tro offerre se, & debitum spontanea voluntate persolvere, d. l. 2. vers. cum neminem, &c. C. de jur. emphyteut. quia, inquam, unusquisque ea, quæ promisit, in memoria sua servare debet, nec exposcere, ut ab aliis sibi manifestentur: vel quia, ut vulgo dicitur, etiam dies interpellat pro homine, l. magnam. 12. in fin. C. de contrah. & committ. stipulat. Jason n. 35. Sichard. n. 30. & Corasius n. 23. ad d. l. 2. C. de jur. emphyteut. Guilielm. Redoan. in tract. de rebus Eccles. non alienand. quæst. 19. de solutione canonis emphyteutic. num. 6. pag. 433. & quæst. 24. cap. 2. num. 2. pag. 495. Broncherst. cent. 1.

Mi-

Digitized by Google

Miscellan. controvers. assert. 42. *Donell. lib.* 9. *Comment. de jur. civil. cap.* 15. *pag.* 456. *num.* 10. *Altimus. lib.* 1. *dicæolog. cap.* 77. *num* 32. *p.* 268.

482 Deinde hæc conclusio locum habet, etiamsi emphyteuta non totam pensionem, sed tantum partem ejus non solverit, *arg. l. in executione.* 85. §. *item si ita.* 6. *Paulus Castrens. ff. de verb. oblig. l. stipulus.* 78. §. *qui fundum.* 2. *ff. de contrah. emp. & l. quamdiu.* 6. *C. de distract. pignor.*

483 Ratio est evidens: tum quia conditio, *si pensionem non solverit*, est individua & negativa: quæ si in parte deficit, in totum falsa redditur, *l. cui fundus* 56. *ff. de condit. & demonstr.*

484 Tum quia partis solutio fieri non potest invito creditori: ac proinde neque hic domino, *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de usur. l. Julianus.* 13. §. *offerri.* 8. *ff. action. empt. l. quidam existimaverunt.* 21. *ibique Donell. & Dd. ff. de rebus credit. l. obsignatione* 9. *C. de solutionib. l. plane.* 3. *& l. his consequenter.* 18. §. *Celsus.* 4. *ff. famil. ercisc. Geddeus ad l. minus.* 32. *num* 9. *ff. de verb. significat. Bronchorst. cent.* 1. *assert.* 63. *ed.* 1. *& noviter Arumæus Exercitat. Justin.* 16. *thes.* 2.

485 Tum quia pensio in recognitionem dominii solvitur: unde emphyteuta dominum contemnere dicitur, si non integram pensionem, secundum legem conventionis, persolvit. Ubi enim ex conventione sive pacto expresso aut tacito aliquid debetur, etiam minimum attenditur. *Decius in d. Auth qui rem. n.* 18. *C. de SS Eccles. Speculat. in tit. de emphyteusi, quæst.* 29. *num* 40. *Gozadin. consil.* 57. *num.* 15. *& consil.* 69 *num.* 8. *Sichard. in d. l.* 2. *num.* 6. *C. de jur. emphyt. & ibidem Leonius num.* 5. *Johan. Francisc. Purpurat. consil* 484 *num.* 6. *Roland à Valle cons.* 17. *n.* 14. *volum.* 2 *& plures alii, quos refert & sequitur Corbulus d. tract. de jur. emphyteut. cap.* 15. *ampliat.* 5 *ubi num.* 7 *dissentientes allegat Guidonem Papæ decis.* 174. *Petrum Bemutendum decis.* 6. *Paulum de Monte Pico in Auth. præterea num.* 12. *C. unde vir & uxor. & Jasonem in d. l. in executione* 85. §. *item si ita. ff. de verb. obligat.* Vide quoque aliter sentientem Fachinæum *lib.* 1. *controversiar. jur. c.* 96.

486 Tertiò hæc conclusio vera est, tametsi dominus generaliter & simpliciter promiserit, se emphyteutam non expulsurum. Siquidem ista promissio generalis de non expellendo emphyteutam, non tollit ea, quæ emphyteuta ex natura contractus servare tenetur; sed hanc in se tacitam conditionem habet, si emphyteuta nihil committat, propter quod juste expelli possit, *argumento l quæro.* 54. §. *inter locatorem. ff. locati. Salicet. in d. l.* 2. *n.* 3. *Alberic. de Rosat. n.* 4. *& Jason. num.* 34. *C. de jur. emphyt. Signorolus de Homodeis in l. ubi ita donatur.* 27. *num.* 11. *ff. de mortis caus. donationib. Anton. de Butr. num.* 11. *& Imola, num.* 57. *in d. c. potuit.* 4. *extr. de locato, ibique citans Corbulus d. c.* 15. *ampliat.* 2. Idque nonnulli ad promissionem etiam jurejurando firmatam extendunt, *arg. l. ult. C. de non num. pec. c. pervenit.* 3. *quemadmodum.* 25. *ext. de jurejurand. can. beatus.* 22. *quæst.* 2. *Baldus in l. fin. vers. secundo quæritur. ff. qui satisdar. cog. Jason. in. l. cum proponas.* 21. *notab.* 6. *C. de pactis, eosque allegans Eggebrecht. in Synopsi juris emphyteutici, conclus.* 237.

487 Quartò hæc conclusio obtinet, licet res in emphyteusin concessa, esset magni valoris ac precii, & pensio esset minima, fortè unius tantum numni. Quia *d. l.* 2. *C. de jure emphyt.* privans emphyteutam ob non solutum canonem, indistinctè loquitur: proindeque indistinctè accipi debet, *arg. l. de precio.* 8. *ff. de Public. in rem act.* & quia nummus ille surrogatur in locum totius census sive pensionis legalis de consuetudine, *juxta Bald. in d. Auth. qui rem C. de SS. Eccles.* quia denique in constituenda pensione, quæ solvitur ab emphyteuta, magis recognitio dominii, quam emolumentum ipsius concedentis, consideratur. Et propterea cum eadem sit ratio in magna pensione, quæ in minima: meritò utrobique idem jus servatur, *l. à Titio.* 108 *ff. de verb obligat.* Atque ita tenent *Bartol. num* 5. *Jason. num.* 16. *& Dd. communiter in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Ripa in l. fin. C. de revocand. donat. num.* 130. *Ruin. cons.* 167. *n.* 10. *vol.* 1. *Barbat. cons.* 26. *in fin. vol.* 2. *Tiraquell. in retract. convent.* §. 4 *gloss.* 6. *num.* 26. *in fin. Afflict. decis.* 80. *num.* 2. *Socin. cons.* 167. *non inutile num.* 7. *in. fin. vol.* 2. *Guilhelmus Mayner. in l. imaginaria venditio.* 15. *num.* 2 *ff. de reg. jur. Clarus in d.* §. *emphyteusis, quæst.* 8. *num.* 3. *& D. Obrecht. Disputat.* 36. *de jur. emphyteut. thes.* 338. *& seq.*

Quintò hæc conclusio militat etiam in emphyteuta, 488
qui sub magno canone, & annuis fere fructibus respondente, emphyteusin accepit, & qui sterilitatem passus est. Cum enim non reperiatur prohibitum; ut emphyteusis pro pensione, annuis fructibus correspondente, concedatur; sequitur, illud esse permissum: ac ea propter emphyteutam non excusari, si ob sterilitatem per triennium canonem non solvit, *arg. l.* 1. *C. de jur. emphyt. & præsentis* §. Solutionem siquidem pensionis non fieri in recognitionem fructuum perceptorum, sed in recognitionem dominii, exploratum est, *ut notat Imola in d. c. potuit. n.* 41. *ext. de loc. Obrecht. d. Disp.* 36. *th.* 364. *& Alvarus Valasc. in tract. de jur. emphyt. q.* 27. *n.* 7. *ubi ita communiter Doctores tenere profitetur.* Et eandem sententiam, multis utramque in partem relatis auctoritatibus, uberius expressimus supra *num.* 379. *& seqq.*

Sextò hæc conclusio locum sortitur, quamvis ab initio 489
contractus convenerit, ut pensio suis quæque temporibus præstaretur, & nisi præstaretur, dominus pœnam sit stipulatus, *ut trad. Bal. in d. l.* 2 *in verb. repell. ibique Alberic. Rosat. num* 8. *Salicet. num* 18 *Bald. n.* 12 *& Jason. n.* 139 *atque commun. C. de jur. emphyt.* Neque dicendum est: hanc pœnam ideo adjectam esse, ut ea dominus contentus sit & pœnam legis remittat: quia hæc pœna adjecta est domini causa, & ut aliquid ad congruentem accedat. Ideoque per hanc pœnam à beneficio ejectionis, quod jure communi competit, recessum non videtur. Cum enim aliquid obligationi accedit, per hoc ab ea obligatione recessum non intelligitur, *arg. l. si se non obtulit.* 4 §. *si ex conventione.* 4. *ff. de re judicat. Bronchorst. cent.* 1. *ἐναντιοφανῶν. assert.* 54 *circa prin. & pedit.* 1. *Donell. lib.* 9. *Commentar. de jur. civ. cap.* 15. *pag.* 455. *n.* 50. Enimverò dominus & pœnam petere, & simul jure communi uti (secundum receptam sententiam, quam aliquot ratiunculis impugnare conatur Sichardus *ad d. l.* 2. *num.* 15. *C. de jur. emphyt.*) non potest: sed alterum eligere debet: nisi expresse & specialiter actum sit, ut utrumque fieri vel exigi possit. *l. rescriptum.* 10. §. *si pact. ff. de pact. l. apud. Celsum.* 4. §. *Labeo ait.* 7. *ff. de doli mali, & met. except. l. si duo.* 34. §. *fin. ff. de rec. pt. qui arbitrium, & c. l. prædia* 28. *& l. Lucius.* 47. *ff. de actionib. empt. Glos. in d. l.* 2. *verb. repellere vers. sed tamen, & ibi Salicet. num.* 19. *Jason. num.* 144. *& Corneus n.* 21. *C. de jur. emphyteut. Speculat. ad tit. de emphyteusi. num.* 46. *&* 47. *Corbul. d. tract. de jur. emphyteut. cap.* 15. *ampliat.* 9. *n.* 8. *& Dn. D. Halbritter. in Disputat. de jur. emphyt. Respondente D. Banjoein th.* 41.

Septimò hæc conclusio non solum in re vectigali, vel 490
in ipsa emphyteusi; sed etiam in meliorationibus locum sibi vendicat. Placet enim, emphyteutam nihilominus, quantumvis multas meliorationes in fundo emphyteutico instituerit, ob non solutum canonem ejici posse, & meliorationes una cum fundo ad dominum ita redire, ut earum nomine nihil domino possit objici, *d. l.* 2. *vers. nulla ei in posterum, &c. C. de jur. emphyt.* Neque iniquum est, hoc adversus emphyteutam statui: ut nimirum in eo culpæ suæ pœnam luat, testante Donello *d. l.* 9. *Comment. c.* 15. *pag.* 455. *num.* 40. & Obrechto *d. Disp.* 36 *th.* 366. Atque ita ante illos tradiderunt. *Bart. & Castrens in l. colonus.* 61. *in fin. ff locati. Baldus in rubr. Cod. de jur. emphyteut. num.* 4. *Jason. in dict. l.* 2. *num.* 27. *Cod. eod. Decius cons.* 518. *num.* 2. *Roland. à Valle cons.* 28 *n* 16. *vol.* 1. *Guido Pap. decis.* 438. *emphyteuta. num* 3. *Guiliel. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non aliename. quæst.* 17. *c.* 3. *num.* 2. *& seq. pag.* 406. *Julius Clarus ex communi Dd. sententia lib.* 4. *sent. recept.* §. *emphyteusis. q.* 45. ubi id locum habere inquit, tam in emphyteuta Ecclesiæ, quam in emphyteuta privati. Eadem de re proxile disputant Franciscus Sarmientus *lib.* 3. *selectar. interpretation. cap.* 4. & D. Christophorus Besoldus *in delibat. jur. ex lib.* 6. *Paul. tit.* 3. *num.* 11. *pag.* 514.

Octavò

Digitized by Google

491 Octavò huic conclusioni locus est, etiamsi dominus post cessationem triennii pensionem ab emphyteuta acceperit, ut docet Donellus *d. lib. 9. Commentar. de jure*
492 *civ. cap. 15. pag. 456. num. 20. & seq.* Verum quia hæc disputatio (an scilicet, & quando præsumatur dominus remisisse pœnam caducitatis, recipiendo canonem ab emphyteuta) egregia quidem est, sed ardua & difficilis, teste Menochio *in tract. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 112. in princip.* quatuor præcipuè casus considerandi veniunt.
493 Primus est: si dominus simpliciter, nulla adhibita protestatione, solutionem canonis pro tempore præterito ab emphyteuta accepit. Et hoc casu receptissima doctrina est: caducitatis pœnam (uti vulgò loquuntur) dominum præsumi remisisse, & juri suo renunciasse, *gloss. Zabarella & Imola in d. c. potuit. ext. de locato Alex. cons. 112. n. 3. lib. 4. Ruinus cons. 110. n. 4. & cons. 151. n. 12. l. 1. Paris. consil. 108. n. 44. lib. 1. cons. 5. num. 201. lib. 4. & alii, quos recitat Menochius d. præsumpt. 112. num. 1. & in tract. de recuper. possess. remed. 9. num. 152.* At contraria opinio Bartholi *in d. l. 2. num. 8. C. de jur. emphyt.* probabilior esse videtur: nempe dominum, qui post lapsum triennii pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ non intelligi renunciasse: tum quia pensio præteriti temporis non pro re ipsa, sed pro usu rei jam præterito præstatur: tum quia dominus non censeri potest illi
494 rei renunciasse, pro qua omnino nihil accepit. Et sanè, pensione per triennium ab emphyteuta non soluta, duæ res simul domino deferuntur: pensio triennii, quæ pro usu præteriti temporis illi ex contractu emphyteutico debetur: & ager ipse emphyteuticus, cujus revocandi fit illi potestas jure ob cessationem emphyteutæ. Quare cum utrumque simul domino deferatur: uno recepto, alterum non debet amittere, *quemadmodum scitè id explicat Donellus loco antè citato, & Menochius d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 1. cum seqq. ubi argumenta contraria diluit.*
495 Alter casus est: si dominus pensionem præteriti temporis cum hac protestatione accepit, quod rei emphyteuticæ vindicationem sibi salvam conservare velit. Hoc casu ut ab omnibus penè approbata, ita & verissima sententia est: caducitatem non censeri à domino remissam. Etenim si ea sententia vera est, nulla interposita protestatione: verior meritò erit, si protestatio accessit: qua hæc mentem domini apertè declarat. *Bald. & Jason in l. 2. ff. si quis caution. &c. Curt. sen. in cons. 82. ad fin. Clarus in*
496 *d. §. emphyteusis. quæst. 10. num. 1.* Tertius casus est: si dominus post triennii cessationem, pro futuro tempore pensionem recipit, nulla protestatione adhibita. Et tum sine ulla dubitatione caducitas remissa præsumitur. Eo namque ipso quod futuram, & nondum sibi debitam pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ renunciasse videtur. Contraria quippe sunt: in futurum pensionem recipere, & rei emphyteuticæ vindicationem reservare: & ita eundem emphyteutam, & non emphyteutam haberi. *Clar. in d. q. 10. num. 1. vers. aut vero sumus in du-*
497 *bio. &c. Men. d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 19.* Quartus casus est: si dominus post triennii cessationem accepit pensionem in futurum, hac præmissa protestatione: quod rei vindicationi renunciare nolit. Hoc casu refert, an emphyteuta protestationi consenserit, an contradixerit: an verò omnino tacuerit. Priori specie rei vindicatio remissa non intelligitur: quia etsi hæc protestatio reputetur contraria facto: attamen possunt contrahentes voluntatem suam tacitam, uno modo apertam, contraria verborum declaratione apertius demonstrare, *argument. can. Diaconi. 8. Distinct. 28. Ripa in c. cum M. Ferrariens. n. 130. vers. primus casus; de constitut. & Ruinus cons. 151. num. 12. lib. 1.* At secunda specie rei vindicatio remissa videtur: quia protestatio domini, per expressam contrariam protestationem & contradictionem emphyteutæ sublata fuit, *ut docuit Ripa in d. c. cum M. Ferrariensis. num. 130. vers. secundus casus. de constitut. & Ruinus d. cons. 151. num. 12. vers. nec obstat. lib. 1.* Tertia verò & posteriori specie, cum simus in dubio, rei vindicatio remissa censetur. Dum enim pensionem pro futuro dominus recipit, emphyteutam in sua emphyteusi confirmat, & eo ipso declarat, quod præcedentem contumaciam atque pœnam remittat. Ita tenere multos congestos a Jasone *in d. l. 2. in princip. num. 4. ff. si quis cautionib. &c. & in dict. l. 2. num. 124. vers. item in quantum, &c. Cod. de jur. emphyteut.* scribit Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 22. & seqq.* ubi contrariis argumentis sufficienter respondet. Atque prædictos casus omnes etiam ita explicat D. Obrechtus *dict. disputat. 36. de jure emphyteut. thes. 348. usque ad thes. 364.* De iisdem quoque, & similibus consulantur Aurelius Corbulus *in tract. de jur. emphyt. c. 15. limitat. 21.* & Fachineus *lib. 1. controvers. jur. cap. 99.* Adde Alexandrum Trentacinquium *lib. 3. resolut. 7.* nec non D. Besoldum *in dict. delibat. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 10. pag. 509. & seqq. itemque in thesaur. practico lit. H. num. 43. pag. 416. ubi allegat Antonium Monterium a Cueva, variè distinguentem, decis. 5.*

Nonò huic conclusioni relinquitur locus, etsi emphy- 498
teuta per ignorantiam in solutione canonis per triennium cessavit: ut quia rem esse emphyteuticam ignoravit: eò quòd forte in jus alterius successit. Non enim inter scientem & ignorantem distinguendum est: cum mora re ipsa contrahatur: adeoque scientia personæ non exi-
gatur. Et hoc de rigore juris ita obtinere tradit Julius 499
Clarus *dict. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quæst. 8. num. 9.* siquidem de æquitate detur eo casu successori sive heredi [licet major sit 25. annis] ex generali clausula, *Si qua alia mihi justa causa esse videbitur*, in integrum restitutio, *l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores 25. an. in integr. restit. & notat Accursius in dict. l. 2. in verbo, legem, quem D. Sichardus num. 25. & cæteri Dd. ibi communiter sequuntur. C. de jure emphyteut.* Cæterum quòd Dd. communiter opinantur, heredem isto casu, ex prædicta generali clausula in integrum restitui posse: hoc falsum esse videtur D. Obrechto, *dict. disput. 36. thes. 372.* propterea quòd isthæc clausula ad absentes tantum, non etiam ad ignorantes pertineat, *nec non 28. ff. ex quib. caus.*
majores. &c. Non tamen idcirco simpliciter negat idem 500
Obrechtus, ignorantibus Prætorem non succurrere: quia ex magna & justa ignorantiæ causa omnino etiam ignorantibus opem fert, *§. si quis agens. 33. instit. de actionib. l. 2. ff. de in integr. restitutionib.* sed tantum negat, id fieri ex vi generalis illius clausulæ: cum ea duntaxat de absentibus loquatur. *d. l. nec non. 28. ff. jur. ex quib. caus. majores, &c.* Idem censet D. Bankovius *in Disputat. de emphyt. Præside D. Halbritter. sub. thes. 36. in fin.*

Decimò hæc conclusio etiam viget in minore 25. an- 501
nis. Nam & ipse legitimo tempore canonem emphyteuticum non solvens, pœnam privationis ipso jure incurrit: ita tamen, ut propter ætatis fragilitatem in integrum restitui debeat, *per textum in l. si tutoris. 23. C. de administrat. tutor. vel curat.* ubi 25. annis minor ratione damni, quod ob non solutum canonem emphyteuticum ex amissione prædii emphyteutici perpessus est, adversus curatorem experitur: & sic ex illa lege perspicuè constat; minorem in solutione canonis cessantem emphyteusi privari. Deinde hæc sententia probatur *l. si ex causa. 9. §. si in commissum 5. ff. de minorib. 25. an.* ubi Ulpianus respondet; minorem, qui in commissum vectigalis incidit, restituendum esse. Igitur necesse est; minorem, propter vectigal non solutum, ipso jure in commissum incidisse: cum alioqui, si ipso jure tutus esset, restitutio in integrum nulla dari posset, *l. in causa, 16. in princip.*
ff. eod. & similibus. Præterea minor & Ecclesia in jure æ- 502
quiparantur; *cap. 1. ext. de in integr. restit. l. orphanotrophos. 32. Cod. de Episcop. & Clericis.* Atqui Ecclesia possidens fundum emphyteuticum, à jure suo cadit, si justo tempore canonem non solvit: quoniam ista resolutio inest ex natura contractus, *l. quæro 54. §. inter locatorem. ff. locati, Bald. in c. unic. numero 10. de alienat. feud. in usib. feud. & in l. placet 5. numero. 3. & in Auth. qui rem numero 4. Cod. de sacrosanct. Eccles. Speculat. in c. de emphyteusi. quæst. 15. numero 25. Jason. in lib. 2. numero 48. Codice de jur. emphyt. & hanc communem esse opinionem, post alios, quos citat, testatur Corbulus in d. tract. de jur. emphyt. c. 15. ampliat. 27.* Ergo & minor, canonem justo tempore non solvens,

jus

Digitized by Google

503 jus suum amittit. Ad hæc confirmatur eadem assertio per textum *in c. Imperialem. §. præterea si quis infeudatum, de prohib. feudi alien. per Frider. tit. 55. lib. 2. feudor.* ubi expresse cavetur, quod minor, intra constitutum tempus investituram non petens, jure suo privetur. Quamobrem etiam canonem intra legitimum tempus non solvens, privationis pœnam subire debet.

504 Non obstat *l. non solum. 4. & tot. tit. C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. item l. sed si pecun. 3. §. si ius ἐμφυτευτικὸν. 4 ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cura sunt, sine decr. &c.* ubi habetur, minorem 25. annis sine judicis decreto rem, etiam emphyteuticam alienare non posse. Jam verò si minor non solvendo canonem, jus suum amitteret; alienatio fundi emphyteutici, ad ipsum pertinentis, sine decreto judicis contingeret: quod jure prohibitum est, *legibus modo allegatis.* Non obstat, *inquam.* Nam alienatione quidem hominis, minor absque judicis decreto rem immobilem alienare nequit, *juribus supra adductis.* Ast hæc alienatio, quæ fit propter canonem non solutum, non est hominis, sed potius legis, utpote proficiscens ex dispositione *dictæ legis 2. C. de iure emphyteut.* Quæ sane alienatio legalis minori non interdicta intelligitur, *arg. l. sine hered. 32. §. Lucius. 6. ff. de administrat. & peric. tutor.* Neque enim hoc casu minor, sed lex potius ipsa, quæ propter non solutum canonem, amissionem rei emphyteuticæ induxit, alienare censetur, *d. l. 2. C. de jur. emphyt.*

505 Non quoque refragatur *l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitutio necessar. non est.* ubi dum Imp. Justinianus statuit, præscriptiones temporales minoribus non currere: inde inferri posse videtur, ob canonem intra biennium vel triennium non solutum, minorem jus suum non amittere. Hæc siquidem amissio, cum post triennii spacium contingat; præscriptio quædam esse putatur. Non, *inquam*, lex illa refragatur. In ea namque agitur de re minoris, per præscriptionem, sicque per solum temporis lapsum amittenda. At verò emphyteuta, intra tempus legitimum non solvens canonem, neutiquam propter temporis lapsum, sed propter legem contractus emphyteutici violatam, jure suo privatur. Est enim hæc lex & natura istius contractus, ut quotannis canon constitutus præstetur: & hanc legem emphyteuta maximopere violat, si per integrum biennium vel triennium solvere cessat: ac proinde hæc transgressio in causa est, ut jure suo privandus veniat.

506 Nihil item movet *l. 2. C. de fundis patrimonialib.* ubi Constantinus Imp. rescripsit, minoribus non nocere tardiorem solutionem. *Etenim* quod ibi dicitur, ad fraudem juris minorum non accedere, sive minoribus fraudi non esse, si præfixo tempore pensio ex fundo, quem possident, soluta non sit: non sic accipiendum est, quod ipso jure minores sint tuti; sed quod per restitutionem in integrum iis subveniatur, ut cessatio ista obesse illis non possit. Quæ enim per in integrum restitutionem sarciuntur: non esse fraudi minoribus restitutis dicuntur, *l. si intra. 6. C. de in integr. restitut. minor.* Tametsi alii aliter dictam *l. 2. Cod. de fund. patrim.* exaudiant, *ut videre est ex Corbulo d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 28. n. 7. & Halbrittero in Disput. de jur. emphyteut. de anno 1602. Respond. Bansovio. thes. 34. sub lit. a.* Ex quibus omnibus jam expositis manifestum evadit: minorem 25. annis, ob canonem emphyteuticum non solutum, ipso jure emphyteusin amittere: ita tamen, ut in integrum restitutionis beneficio illam recuperare possit, *d. l. si ex causa. 9. §. si in commissum ff. de minoribus &c. Et ita sentiunt Speculator in tit. de emphyteusi num. 24. Jason. in d. l. 2. n. 48. C. de jur. emphyt. Bart. & Salicet. in d. l. si tutoris. 23. C. de administrat. tutor. Bald in l. 2. num. 3. C. si advers. vendit. pignor. Guido Pap. decis. 435. num. 1. Guilielm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 24. cap. 2. num. 4. pag. 495. aliique ab his annotati.*

507 Undecimò hæc conclusio locum invenit etiam in pupillo & infante: quod nimirum & hi ob non solutum canonem ipso jure fundum emphyteuticum amittant: ita tamen, ut restitutionis in integrum auxilio sibi consulere valeant. Quod enim propter canonem non solutum, emphyteuta jure suo privatur: id venit ex natura ipsius contractus, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* proindeque à contrahentibus tacitè hoc actum judicatur, ut res emphyteutica ad dominum, canone non soluto, revertatur. *Bald. in §. inde potest. n. 10. & ibi Alvarott. col. 3. de alienat. feudi tit. 13. lib. 1. feud.* Conditionem autem contractus resolutivam, ad præjudicium quoque pupilli & infantis, in contrahendo apponi posse, apparet ex *l. si creditor. 7. §. illud inspiciendum. vers. si vero tempore ff. de distract. pignorum, & cap. verum. 4. ext. de condition. apposit. ibique Dd. communiter notant.*

Assertioni nostræ non obloquitur *l. Imperatores 7. in fine. ff. de publican. & vectigalib.* ubi pupillo, vectigal non inferenti seu solventi; pœna commissi remittitur. *Nam* agit de pœna, quam ipsa lex absque conventione hominis constituit. Nos verò hic agimus de pœna commissi; in conventionem a contrahentibus deducta. Etenim in contractu emphyteutico (*ut paulo ante diximus*) tacitè a contrahentibus actum intelligitur; ut canone intra præfixum tempus non soluto, res emphyteutica ad concedentem revertatur. Sed videatur Corbulus *d. tract. de jur. emphyt. cap. 15. ampliat. 29.* ubi hac de re latissimè disputat. Eamque attigi etiam in additionib. *ad Jul. Clar. §. emphyteusis quæst. 8. n. 8. & 9.* 508

Duodecimò hæc conclusio ampliatur, ut patre intra legitimum tempus canonem non solvente, id etiam ejus filius obiit: quia, patre non solvente, peccatur contra naturam contractus, ratione cujus domino res emphyteutica una cum pensione committitur, & ad eundem redit, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* Et hanc esse communem opinionem testatur Ruinus *cons. 166. num. 12. & cons. 167. n. 28. & cons. 168. num. 6. volum. 1.* Quam confirmant & sequuntur *Bald. in l. adoptivum 8. §. patronus. ff. de in jus vocand. Corn. cons. 327. in hac consultatione n. 4. vol. 1. Alexand. cons. 120. col. 1. n. 3. vol. 5. Johan. de Amicis cons. 133. n. 8. & 12. Salicet. ind. 2. num 33. & ibidem Alberic. de Rosat. n. 15. C. de jur. emphyteut. Grat. cons. 132. n. 6. vol. 1. Gozad. cons. 34. num. 10. vers. secundo videmus, & n. 14. item consil. 46. visis. n. 13. & cons. 75. n. 2. aliique plures, quos memorat & amplectitur Corbulus d. tract. de iure emphyt. c. 15. ampliat. 7. ubi & ipse n. 2. hanc opinionem communem & veriorem dicit.* 509

Decimotertiò hæc conclusio extenditur in emphyteuta, qui plures reliquit heredes, & unus eorum partem canonis intra tempus constitutum non solvit. Hac enim de causa tota emphyteusis in commissum cadit; *juxta gloss. ordinariam; in l. communi dividundo judicium. 7. in princip. super verb. consendetur. ff. communi divid. argument. l. heredes. 25. §. in illa quoque. 12. ff. famil. erciscund. l. 2. §. item si in facto. 5. & l. stipulationum. 5. §. si sortem 4. ff. de verb. obligationib.* Et prædictam glossam Doctores communibus suffragiis sequuntur; *Ripa in l. eadem dicemus. 4. §. Cato num. 44. ff. de verb. oblig. & ibidem Marian. Socin. num. 143. & seqq. Afflict. decis. 153. n. 4. Roland. à Valle cons. 17. n. 16. vol. 2. Jason. in dict. l. 2. n. 58. Sichardus num. 7. Cod. de jur. emphyteut. Clarus in d. §. emphyteusis, quæst. 8. n. 13. & alii a Corbulo cumulati in d. cap. 15. ampliat. 8.* Ejusque ratio non est obscura: tum quia si primus emphyteuta ob particularem canonis solutionem jure suo privari & expelli potuit, *ut supra n. 482. ostensum est*: etiam ejus heres privari debet, ne in hujus persona conditio obligationis immutetur, *contra d. l. 2. §. ex his. 2. ff. de verb. oblig.* Tum 510 quia cum unusquisque heredum in solidum ad canonis solutionem obligatus sit, *ut tradit Corneus consil. 24. num. 17. volum. 2. Frideric. de Senis consil. 228. factum tale est. &c. & Afflict. de decis. 153. n. 3.* culpa quoque communis erit. Tum quia ex natura contractus emphyteutici, res ob non solutam pensionem in commissum cadit, *ut hactenus sæpè inculcatum ex dict. l. 2. Cod. de jur. emphyteut.* Tum denique quia cum pœna sit, ut si non solvatur pensio, emphyteuta jure suo privetur: non sufficit, ut unus ex heredibus partem solvat. Nisi enim totum solvatur, pœna in totum committitur, *per notata Dd. in l. execut. 85. §. item si ita. 6. ff. de verb. oblig.* 511

D. Ban-

D. Bansov. in d. Disput. de jur. emphyt. Præside D. Halbritter. sub. thes. 36. Enim verò hanc opinionem summi juris esse, non negatur: ac proinde qui mitiorem sententiam *cum Corasio in d. l.* 2. *n.* 11. *vers. de illo porrò*, &c. *C. de jur. emphyteut. Oldendorpio class.* 5. *de act. emphyteuticariis. n.* 7. *Mynsingero cent.* 3. *observ.* 66. *Fachineo lib.* 1. *controvers. jur. cap.* 97. *Paulo Berens disput.* 11. *ad Instit. thesi.* 2. *quæst.* 6. & *quibusdam aliis*, sequi velit, non valde peccaverit, *asserente D. Obrechto d. disp.* 36. *de jur. emphyt. thes.* 369. & 370.

512 Decimoquarto, huic conclusioni datur locus, etiamsi res emphyteutica ex parte interierit: vel aliud damnum, substantia rei salva, contigerit. Non enim emphyteuta ideirco a solutione canonis liberatur: quoniam particularis rei emphyteuticæ interitus, & damnum, substantia rei salva contingens, ad emphyteutam pertinet, *hoc § nostro*, & *l.* 1 *ibique Dd. communiter. ff. de jur. emphyteut.* Sed hanc rem explicatius prosecuti sumus *supra n.* 173. & *seqq.* Aliud tamen juris est in tributo, quod fisco debetur. Hoc etenim ob particularem agri interitum, utique sterilitatem a censitoribus remitti solet, *l. forma.* 4. §. 1. *ff. de censib.*

513 Decimoquinto, hæc conclusio locum tenet, etsi emphyteuta privati post triennium elapsum celeri satisfactione moram purgare voluerit. Eam namque in [illegible] [illegible], absque privationis pœnam evitare

514 non posse verius tradi [illegible] videtur. Primum enim ubi [illegible] pœna obligationi adjecta est, mora purgari non potest, *l. trajectitiæ.* 23. *ff. de oblig. & act.* [illegible] *num.* 12. *C. de pœnis* [illegible] [illegible] *num.* 2 [illegible] 2 [illegible] *num.* 8. Atqui emphyteutæ dies & pœna est apposita *l.* 2. *C. de jur. emphyteut.* Ergo [illegible] non poterit purgari mora. Deinde huc facit *l. Celsus.* 23. *in princip. ff. de recept. qui arbitrium recep.* ubi si arbiter intra Kalendas Septembres dari jusserit, nec datum erit, [illegible] postea offeratur: attamen semel commissam pœnam compromissi non evanescere, ait Jurisconsultus: quoniam semper verum est, intra Kalendas datum non esse. Tertio hæc traditio confirmari poterit argumento *l.* 1 *vers. habebit igitur. ff. de [illegible]* ubi Ulpianus ita respondit: *Habebit igitur heres* [illegible] *tamen quamdiu* [illegible] [illegible] [illegible] *vel ante, vel* [illegible]. Quarto eadem sententia probatur ex *l.* 2. *C. de jur. emphyteut.* ubi dicitur, emphyteutam, qui per triennium non solvit, omnimodo repelli posse, *sed omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo* &c. Quæ certe verba satis clare arguunt: ita ab-

515 solute emphyteutam repelli posse, ut nec moram purgare queat. Postremo nusquam in toto jure civili cautum reperitur, quod hoc casu moræ purgatio admittatur. At sine jure aut certa lege nihil statuendum, *Novell.* 18. *cap.* 5. *in princip.* Atque ita sentiunt & docent *Jason in l.* 2. *n.* 7. *C. de jur. emphyteut. Covarruv. l.* 3. *variar. resolut. cap.* 17. *n.* 4. *Roland. a Valle consil.* 87. *n.* 7. *vol.* 1. *Dominicus Cardinal. Tuschus tom.* 3. *practicab. conclus. lit. E. conclus.* 192. *n.* 41. & *conclus.* 193. *n.* 30. *cum seqq. Trentacinquius lib.* 3. *var. resolut. tit. de jur. emphyt. resolut.* 4 *n.* 7. 8 26. & *seq. Berlich. conclus. practicab. part.* 2. *conclus.* 46. *n.* 47. *Fachinæus lib.* 1. *controvers. jur. c.* 89. *Borcholt. in Commentar. de feud. c.* 3. *n.* 32. & *part.* 1. *Disput. de jur. emphyteut. thes.* 29 *pag.* 137. *Gerhard. decad.* 15. *quæst.* 8. *D. Besold. d. thesauro practic. lit. H. n.* 43 *pag.* 415. *D. Rumpeus in Disput. de jur. emphyteut. Præside D. Halbritt. thes.* 42. *Treutler. vol.* 1. *disp.* 29. *th.* 12 *lit. D.* & *ibi Bachovius in suis not. p.* 1137. Quanquam alii aliter ea de re disputent, *Francisc. Sarmient. lib.* 3. *selectar. interpret. c.* 5. *Daniel Moller. in Comment. ad constit. Sax. part.* 2. *constit.* 38. *n.* 6. *cum seqq. Heigius in hoc §. nostro n.* 39. *cum seq. Sichard. in d. l.* 2. *num.* 20. & 21. *ibidemque Leoninus n.* 17. *C. de jure emphyteut.* & *Hackelman. disputat.* 11. *thes.* 11. 17. *lit. c. ubi plures citat.*

516 Nostram sententiam non turbat *c. potuit.* 4. *extr. de locato.* in quo disponitur, quod emphyteuta offerendo canonis solutionem post biennium, celeri satisfactione moram purgare possit. *Id enim* singulariter in emphyteuta Ecclesiæ receptum est: non item in emphyteuta laici sive privati. *Et ita communiter concludere Doctores, testatur Ripa in l. si insulam.* 84. *n.* 38. *ff. de verb. obligat. Paris de puteo, de redintegrat. feud. c.* 93. *num.* 6. *Clarus in d. §. emphyteusis. q.* 8. *n. ult. Corbulus in d. tract. de jur. emphyteut. cap.* 15. *limitat.* 41. *aliique ab eo relati.* Ratio specialis juris dilucida est: quia emphyteuta Ecclesiæ, 517
jure suo cadit, si per biennium in solutione cesset: proindeque merito moram purgare potest: ut ita in uno gravatus, in altero sublevetur, *arg. l. eum, qui* 30. *in princ. ff. de jurejurand.* Sed emphyteuta privati triennale, sicque longius tempus habet: ac propterea moram nullatenus purgare poterit. *Bronchorst. cent.* 1. *Miscellan. controvers. assert.* 46.

Similiter minime resistit *l. seruum.* 91. §. *sequitur.* 3. 518
ff. de verbor. obligat. ubi respondetur, ex bono & æquo moram purgari posse. Æquitatem autem rigori præferri, non alieni juris est. *l. placuit.* 8. *C. de judiciis.* Etenim 519
lex illa haud procedit, ubi dies & pœna obligationi adjecta est. Tunc siquidem moræ purgationi locus non relinquitur, *d. l. trajectitiæ.* 23 *ff. de oblig.* & *act. cum similibus, supra allegatis. Fachinæus d. lib.* 1. *c.* 98. *ubi* & *reliqua argumenta, quæ huic assertioni negotium facessere videntur, abunde refutat.*

Decimosextò & ultimò, hæc conclusio ampliatur & 520
extenditur; ut emphyteuta ob non solutum canonem, ipso jure (modo certum & in confesso sit, illum in solutione cessasse) non expectata judicis sententia privativa, emphyteusin amittat, *argumento l.* 2. *C. de jure emphyt.* ubi primò Justinianus ait, domino volenti licere emphyteutam, qui per triennium cessavit in solutione, expellere. Si licet domino eum repellere: consequens est, sententiam judicis necessariam non esse. Et sanè quod sententia judicis privativa sit opus, nullo verbo in isto textu attingitur: ut parum credibile sit, id Justinianum Imp. omissurum fuisse, si necessarium foret. Deinde idem Imperator 521
in d. l. 2. & *in Novell.* 7. *c.* 3. §. *scire autem.* 2. utitur præcisis distinctionibus, *omnino* & *omnimodo*: quarum dictionum hæc vis est, ut indicent, aliquid ipso jure fieri: ideoque tantum esse necessariam declarationem domini, jure suo uti volentis, non verò judicis. Et quod dictiones, *omnino, omnimodo, penitus*, & similes significent, ipso jure aliquid fieri, prolixe traditum est *a Tiraquello in leg. si unquam, super verb. revertatur, n.* 76. & *aliquot seqq. C. de revocand. donationib.* & *Corseto sing.* 194. *in verbo, omnino*, & *singulari.* 208. *in verbo, penitus*, *itemque Ludovico Romano in singulari suo primo, nec non Matthesilan. sing.* 111 & 114. Hujusque assertionis auctores sunt, *Jason in d. l.* 2. *num.* 14 *C. de jur. emphyteut.* & *ibidem Salicetus n.* 8. *Sichardus num.* 19. & *alii. Hostiens.* & *Anton. de Butr. in cap. potuit.* 4. *num.* 18. *extr. de locato. Ruin. consil.* 154. *num.* 6. *vol.* 1. *consil.* 57. *n.* 11. *vol.* 4. *Borcholt. in Commentar. de feud. cap.* 3. *n.* 24. *Connan. lib.* 7. *Commentar. c.* 12. *num* 9. *Fachineus lib.* 1. *controvers. jur. c.* 93. *Clarus lib.* 4. *recept. senten.* §. *emphyteusis q.* 9. *Arumæus Exercit. Justin.* 14. *thes.* 15. *Bachovius in suis not. ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 19. *th.* 12. *lit. B. p.* 1135. *cum seq. ibique Hunnius quæst.* 48. *p.* 1796. & *seq. Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap.* 15. *ampliat.* 45. *n.* 1. *aliique ab eo designati.* Tametsi contrarium teneant *Speculat. in titul. de emphyteusi, quæst.* 47. *num.* 60. *Paul. Castrens. in consil.* 68. *lib.* 2. *Innocent. in d. cap. potuit. extr. de locat. aliique, quos refert Tiraquell. in dict. l. si unquam, in verb. revertatur. num.* 187. *Cod. de revocand. donationib.* Quibus adjiciendi sunt *Mynsinger. cent.* 3. *observat.* 65. *num.* 1. *cum seq.* & *cent.* 6. *observat.* 77. *num.* 1. & *seq. Cravett. consil.* 212. *num.* 2. *Dominic. Cardinal. Tuschus. tom.* 3. *practicabil. conclusion. lit. E. conclusion.* 192. *num.* 7. & *seq. Trentacinquius lib.* 3. *var. resolut. tit. de jur. emphyteut. resolut.* 4. *num.* 2. *Berlichius part.* 2. *conclusion. practicabil. conclusion.* 46. *num.* 5. *Gail. lib.* 2. *observat.* 51. *num.* 7. *Bronchorst. cent.*

Digitized by Google

cent. 1. *ἐναντιοφανῶν. assert.* 53. *edit.* 1. & *Matthias Stephani cent.* 3. *quæst.* 83. *ad lit. b.* ubi dicit, hanc posteriorem sententiam esse quidem æquiorem & probabiliorem; priorem verò (quam non amplectimur) de jure veriorem & communem esse.

522 Non obstat nostræ assertioni, quod Imp. Justinianus *in d. l.* 2. *ibi, jure suo cadat. C. de jur. emphyteut.* utitur verbis, non præteritum, sed præsens tempus significantibus: item *in d. Novell.* 7. *c.* 3. §. *scire.* 2. *ibi, fient omnino extranei, &c.* utitur verbis futuri temporis: quæ verba privationem non ipso jure, sed per sententiam inducunt, *juxta gloss. in l. jubemus.* 14. §. *œconomus, super verb. privetur. C. de sacrosanct. Eccles. & in l. criminali.* 5. *super verb. habeatur. C. de jurisdict. omn. judic.* Nam verba futura vel præsentia, nequaquam pœnam per sententiam infligunt, quando talia verba sunt conjuncta (*ut in proposito casu*) cum dictione aliqua præcisa, *omnino, omnimodo, mox, prorsus*, aut simili. Ea enim efficit; ut, licet sint verba præsentia vel futura: tamen pœna ipso jure infligatur, *per notata g. in c. quam sit.* 6. *ad finem. super verb. vacuetur, de electione, libr.* 6. *Roman. in consil.* 212. *quoad primum. circa finem, & Matthesilanus dict. singulari.* 111. *& aliorum, quos referendo probat D. Borcholt. dict. cap.* 3. *num.* 24. *ad finem.*

523 Consimiliter non resistit *cap.* 1. *de feudo sine culpa non amitt. in princip. tit.* 21. *lib.* 1. *feudor. item c.* 1. §. *finimus, ibi, nisi convicta culpa, quo tempore miles investituram petere deb. tit.* 224. *lib.* 1. *F.* ubi vasallus (cui emphyteuta comparari solet) ob feloniam admissam non cadit feudo ipso jure: sed demum sententia judicis

524 privativâ interveniente. *Tum* quia tametsi cognitionis sive sententiæ judicis in locis allegatis mentio fit: illud tamen accidit solummodo propter controversiam inter dominum & vasallum: quæ ubi existit, necesse est, ut competentis judicis sententiâ definiatur. *Tum* quia à feudo ad emphyteusin, non semper procedit argumentum: & sanè cum quæstio civilis ex jure civili decidi potest; decisio ejus ex jure feudali peti non debet, *c.* 1. *de feudi cognit. tit.* 1. *lib.* 2. *Feudor.*

525 Minùs adversatur *l. lex vectigali* 31. §. 1. *ff. de pignorib.* ubi dicitur, canone, secundum legem vectigali fundo dictam, non soluto, pronunciatum fuisse, fundum secundum legem domini esse. *Etsi* enim in ea quoque lege judicialis pronunciationis fit mentio: non tamen inde sequitur, quod talis pronunciatio necessariò requiratur. Sed & nos non diffitemur; evenire posse, ut judicis pronunciatione hac in re opus sit: negante (*verbi gratia*) emphyteuta, se in canonis solutione cessasse, & domino eum non solvisse affirmante. Tum etenim & judex adeundus, & sententia expectanda est, quæ disputationem & controversiam istam dirimat: licet nihilominus ante judicis prolationem emphyteuta, si non solverit, emphyteusi privatus intelligatur. *Et ita benè hoc explicat Fachin. d. lib.* 1. *cap.* 93. *ubi etiam aliis objectionibus satisfacit.* Idem à nobis traditum est *in addit. ad Jul. Clar.* §. *emphyteusis. quæst.* 9. *n.* 4.

526 Quanquam autem emphyteuta, ob non solutum legitimo tempore canonem, ipso jure prædio emphyteutico excidit, *ut ex prædictis patet*: haud tamen domino illum propria auctoritate, absque judicis decreto expellere,

527 reique vectigalis possessionem occupare licet. Ratio hujus in promptu est: tum quia non est singulis concedendum, quod per magistratum publicè fieri debet: ne occasio fit majoris tumultûs faciendi. *l. non est singulis.* 176. *ff. de reg. jur. l. si cujus.* 13. §. *æquissimum. ff. de usufruct. l. dotis.* 9. *C. soluto matrim.* Tum quia per emphyteutæ cessationem & negationem res fit dubia & controversa, ut jam ad ejus discussionem judice opus sit, *ut paulo ante di-*

528 *ctum.* At nemo sibi ipsi jus dicere potest, præsertim ubi copia judicis habetur, *l. extat.* 13. *ff. quod met. caus. l. creditores.* 3. *C. de pignoribus, l. nullus.* 14. *C. de Judæis. l.* 3. *l. si quis in tantam* 7. *l. penult. & ult. C. unde vi, & tot. tit. C. ne quis in sua caus. judicet. Borcholt. d. Comment. de feud. c.* 3. *num.* 30. *Clarus d. lib.* 4. *sentent.* §. *emphyteusis. quæst.* 11. *Fachin. dict. lib.* 1. *controverf. c.* 95. *Busius ad l.* 2. *ff. si ager vectigalis, &c. Heigius in nostro* §. *num.* 17. *& seq. ibidemque Vultejus num.* 17. *Bronchorst. dict. centur.* 1. *assert.* 53. *edit.* 1. *Bansovius disp. de jur. emphyteut. Præside D. Halbrittero thes.* 44. *Hunnius lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 2. *quæst.* 3. *pag.* 1125. *D. Rümelin. exercitat.* 15. *ad Institut. th.* 12. *sub lit. b. in fin. pag.* 139. *Ericus Hedemannus Disput.* 17. *proposit.* 59. *& Menochius remed.* 1. *recuper. possess. num.* 78. *&* 79. ubi plures variè sentientes allegat. Quibus adjiciatur quoque D. Besoldus *in delibat. jur. ex lib.* 6. *Pandectar. tit.* 3. *num.* 10. *pag.* 508. *cum seqq.* & Knipschildt *d. exercitat. Acad.* 9. *quæst.* 10. *pag.* 335. *& seq.*

Nec reluctatur *d. l.* 2. *C. de jur. emphyteut. l. quæro.* 529
54. §. 1. *ff. locati. & l. æde.* 3. *C. de locato.* in quibus legibus domino emphyteutam, & locatori conductorem, ob pensionem non solutam, expellere permittitur. *Nam* verbum *expellendi vel repellendi* (*quod in citatis legibus extat*) ad juris intellectum sive ordinem referri debet. Proindeque illic non corporalem dejectionem significat, sed legitimam expulsionem: quæ non fit de facto, sed ministerio judicis, & per remedia juris, competentesque actiones *d. l. extat.* 13. *ff. quod met. caus. cum similibus, pro nostra assertione supra adducta.*

Nihil quoque officit *tit.* 54. *in fine, & tit.* 55. §. *fir-* 530
miter. lib. 2. *feudor.* ubi asseritur, quod vasallo de delicto convicto, dominus liberam habeat facultatem feudum in usus suos redigendi. Quæ utique verba ad dominum feudi referuntur, atque denotare videntur: dominum actum istum, nulla servata legitima solennitate, nec aliquo requisito, sed propria auctoritate explicare posse, *arg. c. de multa.* 28. *ext. de præbend.* Non, *inquam*, officit. Quando enim *in allegatis titulis* dicitur, dominum, felonia à vasallo commissa, posse feudum in suos usus redigere: id similiter intelligendum est secundum juris ordinem, legitimumque processum: quod nimirum dominus feudum suos in usus redigere possit, non auctoritate propria, sed ope, ministerio & auctoritate magistratus: *juribus præcitatis.* Non item adversatur, quod 531
dominus fundi sive locator civilem, conductor verò naturalem possessionem fundi habeat. Unde, cum conductor vel emphyteuta, qui pensionem seu canonem non solvit, injustus possessor fundi efficiatur, dubium non videtur, domino sive locatori permitti hunc conductorem vel emphyteutam propria auctoritate ex fundi possessione expellere. Omnis namque is, qui civilem alicujus rei possessionem habet, eum, qui hanc rem naturaliter ac injustè possidet, propria auctoritate, non accedente judicis permissione, etiam vi ex illa re expellere potest, *arg. l. clam possidere.* 6. § *ult. & l. seq. ibique gloss. & Dd. ff. de acquir. vel amitt. possess. l.* 3. §. *eum igitur.* 9. *ff. de vi, & de vi armat.* Non, *inquam*, illud adversatur. Quod enim dicitur; eum, qui civilem habet possessionem, posse illum, qui naturaliter rem tenet, vel possidet, de possessione deturbare, propriaque auctoritate dejicere, id expressè legibus supra pro nostra sententia adductis contradicit: ex quibus manifestum evadit, quod nemo sibi jus dicere, nec possessionem ab alio detentam occupare valeat: sed qui hoc conatus fuerit, possessione ac jure suo cadat, *d. l. extat.* 13. *ff. quod met. caus. d. l. nullus.* 14. *C. de judæis, d. l. si quis in tantam.* 7. *cum concordantibus C. unde vi.*

Sic etiam non repugnat *l. penult. C. de pignor. act.* ex 532
qua apparet, quod creditor ex pacto pignus à debitore auferre propria auctoritate queat. Si hoc ex pacto & conventione licet: multò magis auctoritate legis, quæ dat potestatem expellendi emphyteutam, permittendum erit. Non repugnat, *inquam*. Quia creditor potest propria auctoritate ex pacto pignus auferre à debitore, si is non resistat: alias non item, *d. l. creditores.* 3. *C. de pignoribus.* Etsi igitur debitor creditori facultatem pignus propria auctoritate occupandi concessit: attamen si debitor facto vel verbis resistat: non rectè possessionem, nisi interveniat judicis auctoritas, occupabit. Siquidem & alioqui, quæ suo jure exigere alicui licet, melius ac

tutius est exigere per judicem, *l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de rebus eor. qui sub tutela, &c. l. si alius. 7. §. bellissime. 3. in fin. ff. quod vi aut clam. l. si stipulatus. 81. in fine. ff. de solutionib. l. debitorem. 10. C. de pignorib. Latè & eruditè Joban. Vaud. variar. quæst. lib. 1. quæst. 13.* Hucque spectant, quæ annotavimus *ad §. creditor. 4. supr. quib. mod. re contrah. obligat. num. 226. item ad principium tit. infr. de actionib. num. 30. & seqq. itemque in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 11.*

533 Supradicta autem conclusio, qua statuitur; emphyteutam, ob non solutum consuetum domino canonem per triennium vel biennium, jure suo privari, fundoque emphyteutico licitè expelli posse, aliquot modis restringitur & limitatur. Primò enim non procedit, si in investitura & contractu convenerit, sive actum fuerit, ne emphyteuta ob pensionem non solutam expellatur. Pactionem namque de rejectione emphyteutæ valere, disertè expressum est *in l. 2. C. de jur. emphyteut.* Nihil
534 quippe naturali æquitati magis consentaneum est, quam ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare, *l. 1. ff. de pact.* & unicuique licet juri suo renunciare, *l. penult. C. eod. tit.* Atque hoc commune effatum esse, testatur Jason *in d. l. 2. C. de jur. emphyteut. num. 118. & Salicet. num. 13. Speculat. in tit. de emphyteus. quæst. 89. num. 112. Cagnol. post Decium in Authent. qui rem. num. 30. in sexta limitatione. C. de SS. Eccles. Barthol. in l. fundi, 4. C. de fundis patrimonialib. Imola in c. potuit. 4. ext. de locato num. 57. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 1. ubi plures hanc in sententiam accersit.*

535 Deinde ilthæc conclusio locum non habet, si in loco contractus inter Ecclesiam sive dominum, & inter emphyteutam talis observetur consuetudo: quod emphy-
536 teuta ob non solutum canonem expelli nequeat. Cujus ratio manifesta est: tum quia sicuti pactum hujusmodi valet, *ut paulò antè diximus*: ita & consuetudo valere debet: cum ea sit fortior, quam pactum privatorum, *arg. c. final. ibique gl. & Canonista. extr. de consue-*
537 *tudine.* Tum quia causas Ecclesiarum & clericorum secundum consuetudinem patriæ terminandas esse, constat *ex c. cum venissent. 3. extr. de eo, qui mittitur in possess. & c. c. constitutus. 8. vers. juxta municipii, extr. de in integr.*
538 *restitut. & c. cum causa. 8. extr. de sentent. & re jud.* Tum quia consuetudo legem dare potest omnibus rebus, existentibus in territorio, cujuscunque sint, *secundum Abbatem in consil. 72. vol. 1. allegantem ad hoc l. ætatem. 3. ff. de consil. & l. munerum. 18. §. patrimoniorum. 21. ff. de muneribus, & bonor. can. quæ contra mores 2. Distinct. 8. & jura similia.* Hæc tamen consuetudo non attenditur, si in-
539 ter dominum & emphyteutam expresse aliud convenit: quia tum emphyteusis non immeritò ex partium conventione legem accipit, *l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. in conventionalib. 52. ff. de verb. obligat.* & quia tum ab illa consuetudine recessum intelligitur, *secundum Augustinum Beroum in cons. 107. sub num. 7. in fin. & n. 8 vol. 1. quem refert & amplectitur Corbul. in d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 2. n. 11. & D. Obrecht. in Disp. 36. de jur. emphyteut. thes. 380.*

540 Tertiò, conclusio hæc non militat, si alius extraneus, tanquam procurator emphyteutæ, vel negociorum ejus gestor, canonem domino solvisset. Hanc enim solutionem ipsi emphyteutæ prodesse, æquitati consonum est, *l. solvendo. 39. & l. quæ utiliter. 45. ad finem. ff. de negoc. gest.* Nam quotiescunque de conservatione juris realis tractatur, ut est emphyteusis, semper ex benigno jure factum negociorum gestoris, alteri ad conservationem & retentionem illius juris prodest, *arg. l. usu 20. ff. quemadmodum servit. amitt. & l. arborib. 12. §. quid tamen ff. de usufruct.* Et ita in individuo sive terminis (*uti loquuntur*) tenent *Ang. in l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. Lud. Rom. in cons. 103. incip. viso propositæ quæstionis themate. in princ. bosque referens Jason in d. l. 2. C. de jur. emphyt. n. 68 & 69. Dominic. Cardinal. Tuschus tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 90. 107. & 152 Berlichius part. 2. conclus. practicabil. conclus. 46. n. 37. & aliquot seqq.* Hucque revocari poterunt, quæ notavi *in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. q. 8. n. 39. & seq.*

Quartò, conclusio ista etiam non obtinet, si canon à quodam tertiò, nullum jus in emphyteusi habente, nomine suo proprio solutus domino esset. Quandoquidem, ut jus in rem conservetur, non refert, quomodo, aut à quo, aut cujus nomine pensio exolvatur: dummodo exoluta sit, *d. l. arboribus 22. §. quid tamen, ubi Bald. ff. de usufruct. l. qui fundum. 12. ff. quemadmodum servitus amitt.* Et expressius probatur argumento *l. forma. 4. §. si, cum ego. ff. de censibus.* ubi solutio censûs aut canonis, per eum suo nomine facta, qui jus in re nullum habuit, prodest jus habenti, quoad conservationem juris sui censualis, vel emphyteutici, ut docet Jason *in d. l. 2. num. 69. C. de jur. emphyt.* citans Speculatorem *in tit. de emphyteusi, quæst. 82. num. 104.* & alios: cum quibus transeunt *Socin. Jun. consil. 70. incip. prosequendo ordinem. num. 2. vol. 1. Abbas consil. 67. col. 3. prope finem. vol. 2 Berous consil. 199. n. 19. & consil. 204. num. 17. vol. 1. Petr. Anchor. consil. 44. incip. primò de viribus. num. 7. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gloss. 9. num. 259. Guilielm. Rodoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 24. c. 3. num. 25. pag. 500. & Elbertus Leoninus in d. l. 2. n. 19. C. de jur. emphyt.* Hoc tamen rursus non procedit, 542
si dominus ab isto tertio, qui non est procurator emphyteutæ, canonem recipere recuset. Quanquam enim aliquis, invito quoque creditore, pro alio solvere possit, *d. l.* 543
solvendo. 39. ff. de negoc. gest. l. solutione. 23. l. si pro me. 40. & l. solvero. 53. ff. de solutionibus. non tamen idcirco tertius, invito domino, pro emphyteuta, à quo nullum mandatum habet, canonem solvere potest: quia solutio canonis non tantum fit ad consequendam liberationem, sed etiam fit in recognitionem dominii. Atqui hæc recognitio per tertium fieri nequit. Ergo etiam domino invito tertius pensionem solvere nequit, *ut tradunt Bald. in l. acceptam. 19. num. 37. & ibidem Salicet. in ultima quæst. C. de usuris. Jason. in d. l. 2. n. 70. C. de jur. emphyt. Natta consil. 194. n. 8. & Tiraquell. d. §. 1. gl. 9. num. 262.* Nec tertius iste, si canonem deponit & consignat, quicquam agit: quia si non potest invito domino canonem 544
pro emphyteuta solvere; multò minùs hunc poterit deponere & consignare. Nisi fortè tertius iste in emphyteusi hypothecam constitutam haberet. Tum enim etiam absque mandato, pro emphyteuta invito domino solvere, deponere, & consignare canonem poterit: quoniam hæc solutio, depositio & consignatio ad conservationem juris sui instituitur, *tradente post alios, à se relatos, Corbulo in d. tract. de jure emphyteut. c. 15. limitat. 7. n. 3. & 4.*

Quintò, illi conclusioni locus non tribuitur, si nemo 545
adfuit, cui emphyteuta canonem solvere potuit: quia forsan Ecclesia toto biennio vacavit, vel hereditas toto triennii tempore jacens fuit. Tum enim tutus est emphyteuta & excusatur. *Hostiens. in summa tit. de locato. colum. penult. Ruin. consil. 151. num. 4. vol. 1. Bald. in l. 2. fin. C. de jur. emphyt. Alexand. consil. 92. num. 9. & seq. vol. 1. Althus. lib. 1. Dicæolog. cap. 77. num. 35. pag. 268.* Nec hoc casu protestatio necessaria est: quia cum revera non adsit, qui canonem recipiat: una mora non malè cum altera compensatur, & neuter in mora esse dicitur, *juxta Castrens. in l. si per emptorem. 51. in princ. per istum textum. ff. de actionibus empti. Decium consil. 566. incip. promisit. n. 4. & seq. Ruinum d. consil. 151. n. 4. vol. 1. & D. Obrechtum d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 387.*

Sextò, conclusio illa vera non est, si emphyteuta toto 546
biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit. Siquidem propter impedimentum carceris, excusationem meretur, uti docuerunt Anton. *de Butr. in c. significante. 7. in 4. notabil. extr. de pignorib. & ibidem Barbat. col. 3. vers. nota, quòd eo ipso, &c. & Imola colum. 3. num. 5. Socin. Jun. consil. 70. num. 7. vol. 1. Dec. in Authent. qui rem. num. 9. vers. septimo fallit. C. de sacrosanct. Eccles. Jason in d. l. 2. quæst. 21. num. 65. Guilielm. Odoan. in tract. de rebus Eccles. non alienandis. q. 24. cap. 3. n. 24. pag.*

Digitized by Google

pag. 466. *Paul. de Monte Pico in consil.* 76. *num.* 20. *Anton. Rub. in repetit. l. vinum.* 22. *num.* 199. *ff. de rebus credit. si cert. pet.* & alii, quos congessit Corbulus *d. d. tractat. de jur. emphyteut. cap.* 15. *limitat.* 10. ubi hoc procedere inquit; etiamsi emphyteuta sua culpa carceratus fuerit.

547 Septimo, conclusioni isti non est locus, si dominus prædii emphyteutici intra triennium canonem oblatum accipere recusavit: quia eo ipso emphyteuta canonem lucratur, nec dominus illum è prædio ejicere potest. Quod tamen tum demum verum est, si emphyteuta pecuniam, quam dominus recipere noluit, consignet,
548 & consignatam deponat. Ut enim commissi pœna evitetur; omnino pecuniæ debitæ oblatio, consignatio; & depositio necessaria est, *per apertum textum in d. l.* 2. *in fin. ibi, pecunias offerre, hisque obsignatis, & secundum legem depositis. C. de jure emphyteut.* Et præterea Glossam *in dict. l.* 2. *in verb. secundum legem. Cyni. Baldi, Jacobi de Arena, Alberici, Saliceti, Sichardi, n.* 31. *in fin. & Elberti Leonini. num.* 21. *C. de tit. Julii Clari. lib.* 4. *recept. sentent. §. emphyteusis q.* 8. *num.* 10. adeoque commune Doctorum pronunciatum, existimantium, solum oblationem à pœna caducitatis seu commissi excusare: at consignationem & depositionem ad plenariam liberationem pertinere: ut scilicet emphyteuta nec ejici, nec de solutione pensionis præteriti temporis compellari possit; meritò improbandum est. Hoc enim verbis *dictæ l.* 2. *in fin. C de jur. emphyteut.* perspicue reclamat, quæ tria, puta pensionis oblationem, consignationem & depositionem copulative ac nominatim requirit, ut emphyteuta ejectionis periculo liberetur: idque per ablativos absolutos,
549 *consignatis & depositis*: quos conditionem facere indubitatum est. *l. ab emptione.* 58 *ff. de pact. l. à testatore.* 109. *ff. de condit. & demonstrat. l. evictis.* 8. *& l. lite contestata.* 35 *ff. de usur. l. acceptis* 93. *ff. ad l. Falcid. l. facta.* 63.
550 *§. rescripto. ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* Conditio autem præcise & ad unguem impleri debet, *l. qui heredi.* 44. *& l. Mævius.* 55. *ff. de condit. & demonstrat. & dictum*
551 *supr. num.* 74. Sed & argumento à contrario sensu (quod in jure fortissimum est, *l.* 1. *ibi, hujus rei fortissim. ff. de offic. ejus, qui mand. est jurisd.* si neque consignet, neque deponat pecuniam, ostendit Justinianus, emphyteutam e prædio ejici posse, *d. l.* 2. *in fin. C. de jur. emphyt.* Quamobrem verius videtur, speciale esse hoc in casu, ut sola oblatio ad suffugiendam dejectionis pœnam non suf-
552 ficiat. Cujus specialitatis ratio hæc fortassis non incommoda redditur: quia cum habeant emphyteutæ hoc prærogativæ, ut non sicut cæteri conductores, quamprimum solvere cessarint, expellantur, *l. vectigalia* 10 *§ fin. ff. de publican. & vectigal. l. ade.* 3. *ubi Dd. C. de locato.* sed cessatio triennii continui necessaria sit, hocque nomine domini non parum aggraventur: naturæ consentaneum Imperator censuit, in hoc vicissim dominis faveri, ut eis pensionem revera emphyteutæ solvant: quod tantum contingit, si numeratam pecuniam domini recipiant, aut postquam recusaverint: ea consignetur & deponatur: ut meritò constitutum sit, non satis esse emphyteutæ offerre: nisi præterea pensio consignetur & deponatur, *sæpe allegata l.* 2. *C. de jure emphyteut. ubi ita expressè docent. Jas. n.* 182. *Corasius n.* 29. *& Joan. Ferrar. Montanus circa fi-*
553 *nem.* Quibus novissimè etiam suffragantur *D. Obrecht. d. Disp.* 36. *th.* 349. *cum seq.* Bansov. *in Disp. de jur. emphyt. de Anno* 1602. *thes.* 38. & Eggebr. *d. synopsi juris emphyteutici. conclus.* 245.

Octavo præfata conclusio locum sibi vindicare nequit, si tota res emphyteutica periit, *hoc § nostro, in fin. &*
554 *l.* 1. *ubi Dd. communiter. Cod. de jure emphyteut & monuimus supra num.* 373. *& seq.* Hujusque ratio evidens est: quia cum jus emphyteuticum non nisi in re aliqua consistat: meritò, re non amplius existente, jus quoque illud intercidit. Non enim accidens sine subiecto esse potest: sed hoc sublato, & illud interit *l. initio. ff. de usufruct. l.* 2. *ff. eod. l. nihil dolo* 129. *§.* 1. *& l. cum principalis.* 178. *ibique Decius. ff. de reg. jur.* Hinc si domus aliqua, in emphyteusin data, una cum superficie, forto chasmate periit; etiam jus emphyteuticum periit: cum nulla res supersit amplius, in qua jus illud locum habere possit. Quod si verò non tota domus periit; sed adhuc area salvà remansit: tum distinctio adhibenda est
Aut tota domus, ut aream quoque complectatur, in em- 555
phyteusin est concessa: aut tantum superficies, quæ etiam domus appellatione venit. Priore casu si fortasse incendio domûs periit, salva adhuc area, pensio debetur: quoniam area, quæ censetur maxima sive potissima pars domus, adhuc superest, *l. qui res.* 98. *§. aream.* 8. *ff.*
de solutionib. At posteriori casu, si superficies periit, nul- 556
la amplius debetur pensio: quia nihil superest, ex quo solvi aliquid possit, *ut rectè affirmant Imola in c. potuit. ext. de locat. & Jason in l.* 1. *n.* 15. *limitat.* 32. *in quo capite is plures alias utiles limitationes, quas qui volet, cognoscere poterit, accuratè recenset.*

Modis finiendi juris emphyteutici abunde expositis: 557
coronidis & quasi auctarii loco primùm quæri potest: Utri incumbat probatio, si emphyteuta dicat, se solvisse canonem, dominus verò neget? Et emphyteutæ incumbere, rationabile est: quia solutionem alleganti, tanquam affirmanti, incumbit probatio solutionis, *l. ult. C. de solutionib. l.* 1. *C. de probationib. l.* 2. *ubi Gothofred. lit. c & l. eum, qui* 22. *ff. eod. Novell.* 18. *cap.* 8. *Gloss. in l.* 2. *in verb. repellere. vers. item quis probabit. C. de jur. emphyt. Bald. ibid. num.* 16. *Bart. num.* 9. *vers. quare, quis, &c. Alberic. Rosatus num.* 7. *Salicet. num.* 15. *& Jason. n.* 132. *Anchor. & Imola n.* 55. *in c. potuit. ext. de locato. Marian. Socin. cons.* 111. *num.* 15. *vol.* 2. *ubi hanc communem esse opinionem testatur: quam etiam, uti veram & receptam, comprobat Igneus in repetit. l. necessarios.* 5. *§. non alias, num.* 310. *ff. ad Senatus. Silan. Berous cons.* 152. *n.* 1. *volum.* 1. *Gulielm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alien. q.* 20. *num.* 23. *p.* 446.

Sed hanc impugnare videtur sententiam textus *in c.* 558
super his. 16. *ext. de accusationib.* ubi Innocentius indicat; quòd, si contra electum quispiam excipiat, & proponat, eum perjurum esse: propterea quod promiserit solvere Titio decem, quæ non solvit: licet hic excipiens fundet se in negativa: quia asserat, illum non solvisse: tamen
ipse excipiens negativam istam probare cogatur. Ergò 559
& in proposita specie dominus, qui se fundat in negativa non soluti canonis, hanc negativam probare tenetur. *Verum respondetur*: quòd in caussis criminalibus is, qui se in negativa fundat, eam probare compellatur, *ut ex verb. dict. c. apparet.* in civilibus autem negotiis procedat regula, quòd affirmanti & ponenti probatio incumbat; *d. l.* 2. *&*
d. l. eum, qui 22. *ff. de probationib. & similib.* Vel etiam 560
forte non inepte dici poterit: si tertius quidam se in negativa fundet, hanc probare eum teneri: secus autem, si alteri partium id faciat, *ut à Sichardo traditum est in d. l.* 2. *num.* 17. *Cod. de jure emphyteutico.* Cæterum eo ipso, quod emphyteuta probat, se tribus annis proximis singulatim canonem solvisse, præsumitur: quòd pro omnibus aliis annis præteritis semper solverit: ita ut dominus non possit ab eo canonem petere, nec eum expellere sub prætextu, quòd aliis anterioribus annis non solverit: nisi dominus illum non solvisse evidenter doceat, *argum. l. quicunque.* 3. *C. de apoch. public. glos. in d. l.* 2. *in verb. repellere, vers. vel quod tribus annis C. de iur. emphyt. & inibi Salicet. & Jason n.* 135. *Anton Gabriel. lib.* 1. *de præsumption. conclus.* 11. *ampliat.* 1. *Viviius in suis opinionibus communibus opin.* 92. *part.* 1. *Mascardus in tract. de probationib. conclus.* 603. *n* 9. *&* 21. *vol.* 1. *ubi plures. citat.*
Idem de colono sive inquilino monuimus *in pr. supra hoc* 561
tit num. 78. Solutio porrò canonis vel confessione domini, vel instrumentis & apochis, vel testibus ad minimum duobus probari solet & potest, *ut tenet Baldus in l. testium* 18. *num.* 2. *C de testib & in d l.* 2. *num.* 18. *C. de jur. emphyteut. ibidemque Jason n.* 134 *Oldendorp. class.* 5. *de actione emphyteut. in verb. reus triennio jam elapso, &c. pag. mihi* 954. *Afflict. decis.* 13. *num.* 26. *Octavian. Cacheran. decis.* 53. *num* 7 *&* 15. *quos refert & sequitur Aurelius Corbul. in tract. de jur. emphyteut. c.* 15. *q.* 4. *num.* 4 *&* 6.

Digitized by Google

562 Deinde in disceptationem & illud cadit : si emphy-
teuta in solutione canonis cessaverit, & antequam do-
minus declaraverit, se velle, eum jure suo cecidisse, fru-
ctus perceperit, an ad restitutionem eorum teneatur ?
Et teneri, plerique affirmarunt : *Speculator in tit. de em-
phyteusi, quæst. 10. num. 19 Bald. in l. si pater. 5. in 3. no-
tab. C. de usufruct. Jason in l. 2. num. 17. C. de jur. emphy-
teut. Angel. in Novell. 7. c. 7. si vero & perpetuam, &c. Fe-
lin. in c. de quarta. num. 33. ext. de præscript. Capolla in
cons. civili. 25. num. 7. Ripa in l. 1. § si hæres. 16. num. 16.
ff. ad senatuscons. Trebell. Guihel. Redoan. in tract. de reb.
Eccles. non alienand. quæst. 19. c. 2. n. 12. pag. 441. & Ti-
raquell. in repetit. l. si unquam in verb. revertatur n. 271.
Cod. de revocand. donat. Bachovius in suis not. ad Treut-
ler. vol. 1. disp. 29. thes. 12. lit. B. pag. 1136.* Contrarium
vero tenuerunt *Rota Bononiensis. Petrus de Benintendis
decis. 37. Corbul. d. c. 15. ampliat. 38. num. 2. Mynsinger.
cent. 6. obs. 83. num. 5. Fachinæus lib. 1. controvers. jur.
cap. 94. vers. verum re maturius &c. Hedemannus Disp.
17. proposit 61. & Bansovius in Disp. de jure emphyteut.
563 Præside D. Halbrittero, th 45.* Quorum sententiam, veluti
(*teste Mynsingero dicto loco*) saniorem, & æquitati ma-
gis consentaneam, atque post multam disputationem in
Camera Imperiali obtentam, & ego omnino sequendam
censeo. Quia clarissimi juris est, fructus spectare ad
eum, qui rei est dominus, *l. & ex diverso. 35. §. 1. & l. so-
lum. 49. §. 1. ff. de rei vindicat.* Ast antequam domi-
nus declaret, se velle esse locum caducitati, emphyteuta
jure suo non est privatus, sed dominium rei retinet, *d. l.
2. C. de jur. emphyteut.* ubi sancitur expresse, emphyteu-
tam cadere jure suo ob canonem non solutum, *si dominus
564 voluerit.* Ergo antequam dominus velit, cadere non di-
citur. Illa siquidem verba (*si dominus voluerit*) con-
ditionem important. Priusquam autem conditio eveniat,
actus sub conditione factus non habet effectum, *l. cedere
diem. 213 ff. de verb. signif. l. legata sub conditione. 41.
ff de condit. & demonstr.* Quapropter cum fructus ad ip-
sum emphyteutam pertineant, eos restituere non est
obligatus.

565 Huic decisioni non adversatur, quod malæ fidei pos-
sessor fructus non faciat suos, sed omnes restituere tenea-
tur, *l. fructus. 33 l. si navis. 62. §. ult. ff. de rei vind. l. do-
mum 5. l. si fundum. 17. & l. certum. 22. eod. §. si quis à
non domino. 35. ubi & nos explicatius num. 58. & seq. su-
pra de rer. divis. &c.* Emphyteuta autem, posteaquam
jure suo cecidit, malæ fidei possessor censeatur. *Nam* re-
spondetur per inficiationem : quoniam emphyteutam
esse malæ fidei possessorem ex eo tempore, quo in solutio-
ne cessavit, nequaquam conceditur : cum jure suo priva-
tus non dicatur, nisi dominus voluerit. Igitur ante domi-
ni declarationem, non est privatus : & sic bonæ fidei esse
intelligitur : quia probabiliter credere potest, dominum
ipsi pœnam remittere velle.

566 Minus adversatur, quod usufructuarius ad fructuum,
quos finito usufructu percepit, restitutionem teneatur, *l.
si pater. 5. C. de usufruct.* Quandoquidem nostro in casu
jus emphyteuticum ex sola cessatione in solutione, fini-
tum & extinctum esse, prorsus negatur. Idem monuimus
in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 27. n. 3.

567 Multò minus adversatur, quòd hæc sit natura condi-
tionis, ut retrotrahatur, *l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb.
obligat.* ac proinde domino declarante, se velle privatio-
ni locum esse, idem sit, ac si statim, cum cessavit, privatus
fuisset : quo casu fructus sine dubio ad dominum perti-
nuissent. *Etenim* id, quod dicitur, conditionem retro-
trahi, locum habet, quando à casu conditio pendet : secus,
cum à potestate contrahentium, *l. potior. 11. §. 1. & ibi
Bartol. ff. qui potior. in pignor. habeant.* Sed conditio illa,
si dominus voluerit, à voluntate domini pendet : cum is
possit velle & nolle. Ideoque retro non trahitur. Præterea
in præjudicium tertii conditionem non trahi retrò, evin-
citur *ex l. 1. ubi Bald. in ult. colum. C. an servus pro suo
facto post manumiss. teneatur. Alexand. consil. 228. num.
3. lib. 6.*

568 Minimè omnium adversatur, quòd principalis causa
inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat,
*argum. l. si heres. 5. ff. de actionib. empti. l. unic. circa fin. C.
de imponend. lucrat. descript.* Causa autem principalis,
ob quam privetur jure suo emphyteuta, sit, quia non sol-
verit canonem : proindeque illa videatur inspicienda, & 573
ex ea judicandum, privationem inductam esse ; & conse-
quenter ex eo die fructus ad dominum, ad quem res per-
tinuerit, pertinere : non autem ad emphyteutam jam ex-
clusum, & jure suo privatum. Minime (*inquam*) hoc
adversatur : quia facilè conceditur, causam principa- 574
lem esse attendendam, si talis sit causa, quæ effectum
producere possit. Sed causa illa, nempe negligentia
solvendi canonem, sola effectum producere nequit,
nisi voluntas domini concurrat. Itaque meritò ante
domini declarationem emphyteuta jus suum non per-
dit : ac per consequens fructus interim perceptos lu-
cratur. *Reliqua, quæ huic assertioni solent opponi, diluit
Fachinæus d. lib. 1. c. 94.*

Ulterius & hoc in disquisitionem vocatur : utrum 569
emphyteuta, si absque ejus culpa emphyteusis finita
fuerit (*puta si res emphyteutica concedatur usque ad cer-* 575
*tum tempus, certamve generationem, & illud tempus ela-
psum sit, ac generatio extincta*) meliorationes in re emphy-
teutica factas, repetere possit ? Et licet hujusmodi melio-
rationes non solum ipsi emphyteutæ, si vivat ; sed etiam
ejus filiis & descendentibus, tam masculis, quàm fœmi-
nis deberi, crebrioribus Doctorum votis sit receptum ; *ut
testatur Julius Clarus lib. 4. recept. sent. § emphyteusis, q.
45. Bald. in l. senatus. 43. §. Marcellus. ff. de legat. 1. De-
cius cons. 518. Jason in d. l. 2. num. 27. C. de jure emphyteut.
& Borchols. de feud. cap. 3. num. 31.* attamen verior vide-
tur sententia eorum, qui ejusmodi impensas & meliora-
tiones, quibus res emphyteutica melior est effecta, ad do-
minum pertinere contendunt. Pro qua opinione facit, 570
quod contractus emphyteuticus ea de causa maximè in- 576
stituitur, ut res melior efficiatur ; quemadmodum ex
ipsius verbi etymologia seu significatione effloreſcit, *de
qua dictum supra num. 1. & 114.* Et idcirco Ecclesia præ-
dia ruinosa ad meliorandum in emphyteusin concedere
consuevit, *ut in auth. si quas ruinas. C. de sacros. Eccles.*
Quare si hanc ob causam contractus emphyteuticus cele-
brari solet : utique dominus expensas meliorationum sol-
vere non tenetur. Ob id enim dat prædium in emphyteu-
sin, ut ab hoc sumptu liberetur: quod non fieret, si impen-
sam solvere cogeretur. Confirmatur quoque hæc sen-
tentia *ex l. 1. C. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro. in fin.* ubi
damnum, quod per rei deteriorationem contingit, ipsi
emphyteutæ, non verò domino imputatur. Ex quo ap-
paret, emphyteutam non posse repetere à domino ex-
pensas, in reficiendo factas. Quia si repetitio emphy-
teutæ daretur : non ejus damnum, sed domini esset.
Sed & eadem doctrina ab æquitate non est aliena : quia
dum emphyteusis plerumque pro exigua mercede con-
cedi soleat, hinc in compensationem fructuum meliora-
tiones domino ex natura contractus cedunt, finita em-
phyteusi, etiam sine culpa emphyteutæ. Nam si ex cul-
pa amittatur emphyteusis, veluti ob non solutum ca-
nonem, vel ob alienationem illicitè factam, aliamve ob
causam : tunc dominum meliorationes lucrari, extra
controversiæ aleam positum est, *l. 2. C. de jure em-* 577
phyt. Novell. 7. cap. 3. §. scire autem, &c.

Non obstat *l. domus. 58. ff de legat. 1.* ubi si quis faciat 571
impensas in re subjecta restitutioni post tempus, poterit
eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Idem
ergo in materia nostra dicendum videtur : cum res em-
phyteutica post certum tempus, vel certam generatio- 578
nem restitutioni subjecta sit. *Quia breviter responde-
tur* : ibi non esse rem ad meliorandum datam, neque me-
liorationes venire, sicut ex natura contractus emphy-
teutici veniunt.

Non obluctatur etiam textus *in c. 1. §. si vasallus. tit.* 572
Hic finitur lex 28. lib. 2. feud. ubi secundum unam lectu- 579
ram, meliorationes pertinent ad vasallum, & non ad do-
minum. *Nam* res, quæ conceduntur in feudum ; non ad 580
meliorandum dantur, sed propter servitia personalia, quæ
sunt causa feudi. At causa contractus emphyteutici
regulariter melioratio censetur, ut ex verbo ipso constat.

Imò

Imò ille ipſe textus magis confirmat, quam evertit deciſionem noſtram: quia ſecundum opinionem ultimam, quæ in iſto textu refertur, finito feudo, meliorationes factæ omnino ad dominum feudi pertinere: quæ opinio
573 ultima in dubio tenenda eſt: *per notata Accurſii & aliorum in l. qui filium. 74. §. Fabius, in verb. & alia. ff. ad ſenatuſconſ. Trebell. & in l. ea lege. 3. C. de condict. ob cauſ.*

574 Nihil quoque movet, quod dominus videatur locupletari cum alterius, ſcilicet emphyteutæ, jactura & detrimento, contra regulam juris, *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. l. jure natur. 206. ff. de reg. jur.* Quoniam, ubi intervenit conſenſus tacitus, vel expreſſus, vel conventio, prædicta regula officium ſuum perdit: cum conſentienti & volenti injuria non fiat. *l. 1. §. uſque adeo. 5. ff. de injur. c. ſcienti. 27. de reg. jur. in 6. & tradidimus in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteuſis, quæſt. 45. num. 7. & ſeq.*

575 Sic non repugnat *l. uſufructu. 7. §. quoniam verſ. hactenus. & l. ſed, ſi quid. 15. in princ. de uſufructu & l. eum, ad quem. 7. C. eod. t.* ubi uſufructuarius, cui ſimilis eſt emphyteuta, poteſt expenſas utiliter factas repetere, vel detrahere. *Quandoquidem* & illæ leges noſtram ſententiam magis corroborant, quam impugnant: quia uſufructuarius expenſas modicas, ad quas de natura uſusfructus tenetur, repetere non poteſt: eas autem, quæ ex natura uſusfructus non veniunt, repetere poteſt, *d. l. uſufructu. 7. §. quoniam. ff. de uſufr. d. l. eum, ad quem. 7. C. eod. t.* Cæterum omnes impenſæ, quæ fiunt in re emphyteutica, ex natura iuſmet contractus veniunt: proindeque nullæ impenſæ rei emphyteuticæ repeti poſſunt. *Atque ita tradunt Franciſcus Sarmient. lib. 3 ſelectar. interpretat. c. 4. Fachinæus lib. 1. controverſ. jur. cap. 92. & Bronchorſt. cent. 1. Miſcellan. controverſ. aſſert. 45.*

576 Poſtremò, quæ actio ex contractu emphyteutico detur & producat, Doctores admodum variant: quibuſdam actionem præſcriptis verbis dari putantibus, *Accurſ. in l. 1. verb. conſolidari. C. de jur. emphyteut. ibique Petr. de Bella pertica, & Cyn. quæſt. 5. & Alberic. num. 8. Johan. Andr. ad ſpeculat. in tit. de emphyteuſ. quæſt. 171. num. 197. in fine & Oldendorp. claſſ. 5. de act. emphyteut.* nonnullis condictionem ex lege competere contendentibus? *Jaſon. in d. l. 1. n. 68. C. de jur. emphyteut. & ibidem Sichard. in fin. Weſenbec. in Paratit. ff. ſi ag. vectigal. id eſt, emphyteut. pet. num. 2. Ferrar. in tract. de jur. emphyteut. circa princip. Donell. lib 9. Comment. de jur. civ. cap. 14. Treutler. Diſput. 29. theſ. ult. lit. g. vol. 1. Jacob. de Nigris in l. 1 num. 48. ff. de legat. 1. Valaſc. in tract. de jur. emphyteut. quæſt. 6. num. 8. Helemann. Diſput. 17. propoſit. 48. & Jul. Clar. lib. 4. recept. ſent. § emphyteuſis. quæſt. 47. ubi hanc communem eſſe opinionem affirmat, ex mente Bartoli in l. unic. num. 7. ff. de condict. ex leg.* Ego vero peculiarem ac propriam inde actionem, videlicet emphyteuticariam, proficiſciſci juri magis conſonum eſſe concludo, *arg l. ſi finita. 15. §. ſi de vectigalibus. 26. ibi, vectigali actione ff. de dam. infect. & l. ſi, cum venditor. 66. in princ. ibi, actione, quæ de fundo vectigali, &c.*
577 *ff. de evictionib.* Hujuſque concluſionis ratio ſatis dilucida eſt: quia hic contractus emphyteuticus ſua indole & natura, abſque ulla nova lege, obligationem & actionem producit. Ideoque ex eo nulla alia actio oriri poteſt, quam emphyteutica ſive emphyteuticaria. Actiones enim, quæ ex nominatorum contractuum vi naturali & propria proveniunt, etiam appellationem ab ipſorum
578 contractuum nomine ſortiuntur. Sic actio, quæ ex pignoris contractu naſcitur, pignoratitia appellitatur, *§. ult. I. quib. mod. re contr. oblig. & tot. tit. ff. & C. de pignorat. act.* Sic ex depoſito ſequeſtrario quæ oritur actio, depoſiti ſequeſtraria actio dicitur, *l. ſi in Aſia. 12. §. cum*
579 *ſequeſtre. 2 ff. depoſiti.* Quare ſententia illorum, qui præſcriptis verbis actionem ex hoc contractu concedi affirmant, plane erronea eſt. Hæc quippe præſcriptis
580 verbis actio ex contractibus innominatis, qui nimirum certum & ſpeciale nomen non habent, deſcendit, *l. 1. 2. & 3. ff. de præſcriptis verbis.* Innominatus autem con-

tractus ex rei traditione vel facto initium capit & perficitur, *l. 1. §. item emptio. ff. de rer. permutat. & l. natura-* 581
lis. 5. in princ. & §§. ſeqq. ff. de præſcript. verb. cum tamen contractus emphyteuticus ad ſui perfectionem neque rei traditionem, neque factum deſideret: id quod vel ex eo colligitur, quod olim vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione haberetur, *per hunc §. noſtrum, & l. 1. C. de jur. emphyteut. & explicatum ſupra num. 55. & 62,* quos contractus ſolo conſenſu perfici, tralatitium eſt, *initio tit. I. de obligat. ex conſen-*
ſu, l. 2. in princ. ff. de obligat. & act. ſimilibus. Quin & illi, 582
qui condictionem ex lege hic competere autumant, æque halluçinantur. Etenim condictioni ex lege toties eſt locus, quoties nova aliqua lege obligatio introducta eſt, nec tamen cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, *d. l. unic. ff. de condict. ex leg.* Atqui obligatio hujus contractûs non eſt introducta Imperatoris Zenonis nova lege: ſiquidem & ante ejus conſtitutionem hic contractus ſua naturâ fuerit efficax ad producendam obligationem & conſequenter actionem, *ut patefcit ex hoc § noſtro, & tot. tit. ff. ſi ager vectigal. &c.* Recte ergo ſtatuitur, ex hoc contractu proficiſci peculiarem ſeu propriam actionem, nimirum emphyteuticam; quæ à veteribus Juriſconſultis interdum actio vectigalis, interdum de fundo vectigali dicitur, *d. l. ſi finita. 15. §. ſi de vectigalib. 26. de dam. infect. & d. l. ſi, cum venditor. 66. in princ. ff. de evictionib.* Quam ſententiam tenent etiam & tuentur *Mynſinger. ad hunc §. num. 6. D. Bocerus claſſ. 2. Diſp. 14. theſ. 39 edit. 2. Bronchorſt. cent. 1 Miſcellan. controverſ. aſſert 43. D. Halbritter in Diſp. de jur. emphyteut. de anno 1602. Reſp. D. Banſovio, theſ ult. Hænonius Diſp. 16. controverſ. 19. ſub lit. a. Bachovius in ſuis not. ad d. diſp 29. Treutleri. vol. 1. lit. G. pag. 1142. & ibid. Hunnius quæſt. 58 pag. 1863. & d. lib. 3. var. reſolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæſt. 13. item Richter d. tract. de contractib diſp. 10. theſ. 6. pag 324.* Hucque referantur, quæ docui *in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteuſis, quæſt. 47.* Hoc loco Dn. Collega Bocerus, *num. 25. pag. 436.* incivilem & rigidum nimis agit Cenſorem. Licet enim expreſſe ſcripſerim *ſupra num. 47. 576. & hoc n. 582.* ex contractu emphyteutico propriam & ſpecialem actionem proficiſci, videlicet emphyteuticariam; & ita quoque ſentientem ipſummet Bocerum allegaverim: nihilominus tamen ſiniſtrum meis verbis affingere conatur ſenſum, quaſi tradiderim: ex hoc contractu competere illam actionem vectigalem; quæ realis eſt, & adverſus quemlibet rei emphyteuticæ poſſeſſorem datur, *l. 1. §. ult. ff. ſi ager vectigalis, &c.* Itane vero te ipſum prodis, mi Bocere? Itane conſuetam tuam calumniandi libidinem detegis? Non dubito equidem: intelligere viros eruditos, ſententiam illam, quam mihi adſcribere non vereris, meam haud quaquam eſſe; ſed hoc me ſaltem voluiſſe: actionem emphyteuticariam, quæ hoc ex contractu oritur, à veteribus Jureconſultis actionem vectigalem dictam eſſe: ſicut & ager vectigalis ſeu emphyteuticarius dicitur *in rubric. ff.*
ſi ager. vectigal. vel emphyteut. pet. Verum enimverò, ho- 583
die parum utilis diſputatio vel controverſia iſta videtur: cum nomen actionis in libello exprimi non ſit neceſſum: ſed ſufficiat, factum ita apte narrari, ut ſine alia expreſſione judex colligere poſſit, quæ actio agenti competat, *per textum manifeſtum in c. dilecti 6. ext. de judiciis, ibique Abbas Panormitan. Decius & Canoniſtæ communiter. Jaſon in l. edita. 3. n. 2. C. de edendo. Bartol Angel. & alii in l. 1. ff. eod. tit. Valaſcus d. tract. de jur emphyt. quæſt. 6 n 9. Vacunius à Vacuna lib. 6. novar. declarat. jur. declar. 88. & Gail lib. 1. obſ. 61. in princ. & num. ult. qui omnes id copio-*
ſius perſequuntur. Tandem coronidis loco monendum: 584
quod in cauſa emphyteutica judex competens ſit ille; cujus in territorio res emphyteutica ſit ſita. Ita communiori calculo concluduns *Ludovic. Dontan. conſil. 212. n 5. Jaſon in d. l. 1. n. 73. C. de jure emphyt. Mynſinger reſponſ. 78 n. 19 decad. 8. Petrus Frider. in tract. de proceſſ. in Cam. Imp. extrah. lib. 1. cap. 11. num. 8. cui que laudans novisſime Nicolaus Eggebrecht. in Synopſi juris emphyteut. concluſ. 104.*

Digitized by Google

§. *Item quæritur.* 4.

Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet (verbi gratia) decem aureos : utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta : dubium non est, quin locatio & conductio sit.

SUMMARIA.

1 *Quale exemplum hic proponatur.*
2 *Artifex si constituto precio ex sua materia aliquid fecerit, venditio est. si vero ex materia ejus, qui jussit, conductio.*
3 *Mens & intellectus l. item si, pretio. 22. §. 2. ff. locati.*
4 *Area pars domus maxima.*
5 *Unum idemque negocium diverso jure non censetur.*

DE uno exemplo, quo similitudo emptionis & locationis confirmatur & declaratur, videlicet de emphyteusi, *in §. præcedenti*, ubertim disputatum est : hoc loco affertur alterum exemplum, *sumptum ex l. 2. in fin. ff.*
1 *locati.* in quo dubitatum fuit de negocio quodam, emptione esset, an locatio. In quo negocii genere diligenter distinguendum est : utrum is, qui sibi quid fieri petit, etiam aliquid det, unde id fiat, necne. Nam si etiam quid dederit, locatio erit : si nihil dederit, erit venditio. Nec enim potest esse ulla locatio, ubi corpus ipsum, seu materia non datur ab eo, cui id fieret, *l. Sabinus. 20. ff. de contrah. empt.* Unde cum artifex, constituto precio, quid efficit, siquidem ex sua materia, venditio: sin ex materia ejus quid efficit, qui jussit, conductio contracta intelligitur, *hoc § nostro d. l. 2 in fin ff. locati & l scrib. 34. ff. de aur. & argent.*
2 *legat.* Sic si conveniat inter me & Titium : ut certum numerum tegularum mihi det certo precio: si quidem ex meo luto tegulæ fiant, conductio erit : sin ex Titii, erit venditio. Toties enim (*inquit Javolenus*) conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet. Quoties verò & immutatur, & alienatur : emptio magis, quam locatio, intelligi debet, *l convenit. 65. ff. de contrab. empt.*

Cui obstat *l. item si, pretio. 22. §. 2. ff. locati.* ubi, si
3 ita convenerit, ut tu insulam mihi ædifices, & omnem materiam suppedites; non venditio, sed locatio esse dicitur: cum tamen tu artifex non operam tantum, sed materiam etiam præstes. Atque ita licet ibi proprietas rerum à conductore alienetur, & in locatorem transferatur : nihilominus tamen locatio contracta esse pronunciatur, contra regulam jam propositam, qua asseritur, locationem non esse, ubi conductor rem, in qua aliquid fecit, in locatorem transfert. Non obstat, *inquam*. Hoc etenim in casu ma-
4 teria mea fit, non ratione contractus (nam alioquin esset emptio) sed ratione soli sive areæ, quæ domûs pars est potissima & maxima, *l qui res 98 § ult ff de solutionib.* Et sic in specie illius legis sciendum est: conductorem non præstitisse ipsum corpus, hoc est, solum, in quo præstabat operas : & domum quidem sua materia ædificasse, sed in solo ipsius locatoris : ut rectè istam legem exaudit *Balduinus, Hotomanus, Bachovius & Heigius hic n. 4. & post alios, quos citat, Menochius in tract. de retinend. possess. remed. 4. n. 16. & seq.*

Porro rationes Cassii, cur hoc negocium in præsenti
5 §. relatum, partim emptio videatur, partim locatio, sunt faciles. Cur autem contra Cassium venditio tantum negocium illud, quo quis & operam & materiam præstat, existimetur, hæc est ratio : quia perinde hoc est atque si annulum antè confectum ab aurifice quis emat, *notante Wesenbecio hic ad lit. a.* tum quia absurdum est, ut unum idemque negocium diverso jure censeatur, *argument. l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usurpat. & usucapionib. Gi phanius hic in verb. Cassius, &c.*

§. *Conductor autem.* 5.

Conductor autem omnia secundum legem conductionis facere debet : & si quid in lege prætermissum fuerit : id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit : ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet : quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit : de restituenda ea non tenebitur.

SUMMARIA.

1 *Pacta, in contractu facta, sunt servanda.*
2 *In contractibus bonæ fidei multa ex æquo & bono præstanda veniunt, quæ nominatim expressa non sunt.*
3 *Conductor in faciendo non ... ad usuras tenetur.*
4 *Res commoda alii æque idoneo ... locari potest.*
5 *In locationis contractu quid sit præstandum.*
6 *In quibus contractibus præstetur dolus & culpa.*
7 *Casus fortuitus an & quatenus præstetur : & num. 15.*
8 *Culpa lata in contractibus dolo æquiparatur.*
9 *Interpretatio l. in judicio 28. C. de locato.*
10 *Argumentum a contrario sensu quando procedat.*
11 *Instantia refutatur.*
12 *Custodia non accipi potest pro diligentia.*
13 *Qualis custodia in conductore desideretur.*
14 *Positivus pro superlativo interdum, & contra, ponitur.*
15 *An casus fortuitos in se recipiens, vel eis generaliter renuncians, de insolitis etiam sentire intelligatur.*
16 *Vis major quæ dicatur.*
17 *Consideratio l. 1. C. depositi.*
18 *A casu insolito minus damni metuendum, quàm à solito.*
19 *Oratio indefinita æquipollet universali.*
20 *Natura signi vel vocis universalis.*
21 *Vera & genuina sententia l. fistulas. 78. §. frumenta. ff. de contrab. empt.*
22 *Consideratio l. Seia 10. § 1. ff. de annuis legat.*
23 *Qualis interpretatio fieri debeat in ultimis voluntatibus.*
24 *Voluntas defunctorum spectanda.*
25 *In claris non opus est conjecturis.*
26 *Pacisentes ultra intentionem non tenentur.*
27 *Genere expresso, censentur quoque singula expressæ species.*
28 *Expositio l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad l. Aquil.*
29 *Sententia l. si putator. 31. ff. eod.*
30 *Quatenus qui raro accidunt, in considerationem veniant.*
31 *An qui periculum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur.*
32 *Periculum omnem omnino casum sub se comprehendit.*
33 *Consideratio l. si, ut certo. 5. §. 2. & seqq. ff. commodati.*
34 *Summa l. item quæritur. 13. § 5. ff. locati.*
35 *Generalis provisio quid operetur.*
36 *Intellectus l. litis. 37. §. 1. ff. de negoc. gest.*
37 *Mens l. negocium. 22. C. de negoc. gest.*
38 *Negociorum gestor de omni culpa, etiam levissima, tenetur.*
39 *Explicatio l. quæ fortuitis, 6. C. de pignorat. act.*
40 *In generali promissione quæ veniant.*
41 *Quomodo damnum in se periculum contineat.*

DOcet hic Justinianus Imperator : quid in locationis contractu sit præstandum : & ait: servandam esse legem conductionis, hoc est, id præstandum esse, quod convenerit, *l. legem. 16. C. de locato.* adeò quidem, ut etiam casus fortuitus præstetur, si ita inter locatorem & conductorem fuerit conventum, *l. si quis domum.* 1
9. §. Julianus. 2. ff. locati. Pacta siquidem in ipso contractu facta, quæ in jure leges dicuntur, servari oportet, maximè in contractibus bonæ fidei, ut est locatio, *l. si merces. 25. §. conductor. 3. l. ea lege. 51. in princ. l. insulam. 58. §. 1. ff. eod. l. 1. in princ. & l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. ibi, quæ legem contractui dant ff. de pact. l. 1. §. si convenerit. 6. ibi,*

Digitized by Google

ibi, contractus enim legem ex conventione accipiunt, & *l.
Lucius.24. in fine. ff. depositi.l. venditor.* 13. *in princ. ff.
communia prædior. tam urbanor. quam rusticor.* & *l. con-
tractus.23.ibi, legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur.*
Quod si nihil convenerit : sive (*ut Imperator hoc loci lo-
quitur*) si quid in lege prætermissum fuerit : id, quod æ-
2 quitas postulabit, spectabitur. Commune enim hoc est
omnibus bonæ fidei contractibus, ut in iis multa ex æquo
& bono præstanda veniant, quantumvis lingua nuncupa-
ta sive expressa non sint, *§. fin supr. de obligationib. ex conf.
§. in bonæ fidei.* 30. *infr. de actionib. l. quia tantundem. 7. ff.
3 de negoc. gest.* Unde conductor, si in solvenda mercede
moram fecit : etiam usuras mercedis præstabit, utcum-
que de usuris nihil convenerit, *l. 2. l. licet. 8.* & *l. præses.
17. C. de locato.* Quia id bonum & æquum postulat. Sic
si ædibus conductis, ab inquilino damnum sit illatum, etsi
de eo resarciendo in lege conductionis nulla facta fuerit
mentio: tamen, cum factum alienum in alterius damnum
& injuriam redundare non debeat, damnum illatum in-
quilinus refundere tenetur : quia & hoc bona fides sive
bonum & æquum exigit, *l. de pupillo. 5. §. si plurium.* 15.
*in fin ff. de operis novi nunt. l. non debet alteri. 74. ff. de re
4 gul. jur. Borcholt. hic in fin.* Hinc quoque fit, ut res con-
ducta alii æque idoneo & ad eundem usum rursus locari
possit, *l. si tibi alienam. 7. l. cum in : hæres. 60. in princip.
ff. locati.* & *l. nemo 6. ubi Dd. C. de locato. Heigius in 3. no-
stro, num. 1. Jacobus Cancerinus part. 1. variar. resol. jur.
cap 14. n. 2. fol. 161.*
5 Præterea indicat Justinianus *hic in vers. qui pro usu*,
&c in hoc contractu præstari custodiam diligentissimi
patrisfamilias : id est, præstari non tantum dolum, sed
etiam culpam ; casum verò fortuitum non item, *d. l. con-
tractus.23. ff de reg. jur. d. l. si quis domum. 9. § Celsus. 5.
ff. locati.* Ratio, cur dolus præstetur, expedita est : quia
hic contractus est bonæ fidei. *§. actionum. 28. infra. de
6 actionib. l. cum venderem. 21. ff. locati* Cur præstetur
culpa, ratio illa est : quia hic contractus fit utriusque
contrahentium causa. Est autem tralatitium, in iis con-
tractibus, qui utriusque gratia celebrantur, dolum &
culpam præstandam esse, *l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum.
7 2 versic. sed ubi utriusque ff. commodati.* De casu fortui-
to cur ille non præstetur, ratio est perspicua : quia is
in nullo bonæ fidei contractu præstatur, nisi aliter conve-
nerit, *d. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. l si in ven-
dion. 10. in fin. ff. de peric.* & *commod. rei vend. l. videa-
mus. 11. §. 1. l. ex conducto. 15. § si vis tempestatis,* & *d. l.
si merces. 25. § ubi major, 6. ff. locati. l. licet. 8.* & *l. excepto.
1. C eod. l. quæ fortuitu. 6. Cod de pignoratit. act.* & *l. 1.
C. depositi Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert.*
8 7. Cæterum de culpa quod diximus ; culpam latam
(quæ in contractibus appellatione doli venit, eique quasi
involvitur, cum ei proxima sit, *l. quod Nerva. 32. ff. depo-
si. l. magna. 226. ff. de verb. signif.*) & levem, non verò
levissimam, intelligimus. Cum enim locatio & condu-
ctio (*ut paulo ante monitum*) ex eo contractuum gene-
re sit, in quibus utriusque utilitas vertitur : conductorem
de levi culpa, non etiam de culpa levissima teneri, omni-
no dicendum est, *d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum 2.
ff. commodati. §. ult. sup. quibus. mod. re contrahit. ob-
lig. Joan. Matienus in repetit. d. l. contractus. 23. ff. de
reg. jur. num. 205. cum seqq. fol. 173.* & *seqq. Tuncus
liber. disp. 24. ad Instit. Imperial. thes. 11. lit. b. Du.
fold. in delibat. jur. ex lib. 19. ff. quæst. 4. pag. 30.* &
*J. Doringius in Bibliotheca Jurisconsultor. tom. 1. in
verb. action locati. n. 12. fol 380. Lauterer. quæstionum
rit. sc. fascic 29 quæst. 5.*
9 Non obstat huic sententiæ textus *in l. in judicio. 28. C.
locato.* ubi Impp. Dioclet. & Maxim. ita expressè re-
scripserunt : *In judicio tam locati, quam conducti, do-
lum* & *custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest,
venire constat.* Quibus verbis cum Impp. nihil nisi casum
fortuitum, quem conductor præstare non debeat, ex-
ceperint : culpam utique levissimam sub regula com-
prehendere voluisse videntur. Non, inquam, textus ille
obstat. Quia in eo Impp. de dolo, & de custodia, &
de casu fortuito tantum consulti, de illis duntaxat re-
sponderunt : de culpa levissima respondere necesse
non habuerunt : quoniam de eo proculdubio interro-
gati non erant. Neque verò existimandum est, in con- 10
stitutionibus à Justiniano in Codicem suum relatis, inclu-
sionem sive positionem unius esse statim exclusionem
alterius. Siquidem jam pridem traditum est, argumentum
à contrario sensu tum demum procedere, si juris dispo-
sitioni, ejusve rationi non sit contrarium *Nicol. Everhard.
in loco legali, à contrario sensu, n 8* & *seqq.*
Neque movet quicquam, quod regeritur, in hunc 11
locationis contractum venire custodiam, *d. l. in judicio.
2. Cod. de locat.* Ergo & levissimam culpam. *Etenim re-
spondetur* custodiam opponi culpæ levi, non etiam le-
vissimæ ; huic autem opponi diligentiam : & à quo di-
ligentia & culpa levissima præstanda est, ab eodem præ-
standam esse, & quidem multò magis custodiam & cul-
pam levem : non vicissim à quo custodia & culpa levis,
ab eodem etiam protinus diligentiam & culpam levissi-
mam. Inest enim diligentiæ etiam custodia, non etiam
custodiæ diligentia. Quibus consequens est : ut si Impp.
in d. l. 28. dixissent, in judicio tam locati, quam con-
ducti, venire dolum & diligentiam ; tum rectè inde in-
ferretur, culpam quoque levissimam venire. Quæ si
mens ipsorum fuisset : tam fuisset facile dicere *diligen-
tiam*, quam dicere *custodiam* : & sanè ita omnino
dicere debuissent, ut omnia illa complexi fuissent : si-
quidem diligentiam dicendo dixissent ut que, etsi ver-
bis non expressis, tamen per interpretationem, ipsamque
rei naturam & vocum proprietatem, etiam custodiam.
Custodiam autem velle interpretari diligentiam, Juris- 12
consulti non admittunt. *Paul. lib. 2. sentent. tit. 4. §.
servus. in fine. d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff.
commod. l. cum res. 47. §. penult. ff. de legat. 1. l. contractus.
23. ff. de reg. jur.* Et ita disertè docet D. Vultejus *lib. 1.
disce, tat. scholast. cap. 15.* & Paulus Berens *disp. 11. ad In-
stitut. them. 2. quæst. 3.*
Nec resistit quoque *hic §. noster.* & *d. l. si merces.* 13
25. §. qui columnam. 7. ff. locati. quibus in locis dispo-
nitur, quòd in conductore talis custodia desideretur,
qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet ;
atque ita ob levissimam etiam culpam teneatur. *Nam*
utrobique superlativus *diligentissimus*, pro positivo *dili-
gens* usurpatus est : *ut monet hic glossa, Wesenbecius, Bor-
cholt.* & *Heigius num. 3.* & *sequitur Petrus Faber in d. l.
contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique D. Bocer. c. 4. num.
97* & *seq. edit. 2.* & *in hoc tit. n. 89. pag. 413. Treutl. vol.
1. disp. 29. th. 6. lit. K.* & *inibi Bachovius in suis not. pag.*
1117. Neque hoc absurdum, aut mirum alicui videri 14
debet : cum è contrario *positivus* pro *superlativo* non
rarò positus reperiatur, *ut in §. item is, cui res aliqua vers.
at is, qui utendum accepit, sup. quib. mod. re contrahit. ob-
ligat.* & *in d. l. si, ut certo. 5. §. custodiam. ff. commodati,* &
in l. heredes. 25. §. non tantum. ff. familiæ ercisc. Tam-
etsi aliter alii (quos plerosque dicto loco accuratè satis
refellit Bocerus) istud explicent, *Hotomannus, Cinus,
Schneidewin.* & *Mynsinger. in hoc §. Alciatus in d. l. ma-
gna. 226. ff de verb. signif. Caspar. Caballinus in tractat.
(quem Molinæi quidam putant) de eo, quod interest, pag.
mihi 260. num. 182. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. as-
sert. 74. edit. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7.
part. 2. quæst. 6. Oleman. ad lib. 3. disputat. juris civil.
Giphanii, Disp. 29. n. 19.* & *Hedemannus disp. 29. pro-
posit. 24. ad lit. b.*
Porrò cum ex modò expositis appareat, conductorem 15
de casu fortuito non teneri, nisi eum nominatim in se re-
ceperit : non ineptè quæri poterit : nunquid casus fortui-
tos in se recipiens, vel eis generaliter renuncians, de insoli-
tis etiam sentire intelligatur? Et quamvis negativam ple-
rique acerrimè defendere nitantur, *Bartol. in l. sed* &
*si quis. 4. §. quæsitum. ff. si quis cautionib. in judic. si-
stend. caus. &c. Ripa in tractat. de peste rubr. de pri-
vilegiis contractuum tempore pestis. num. 97. Alexand.
conf. 28. n. 10.* & *conf. 281. vol. 1.* & *consil. 108. n. 16
vol. 3. Socin. consil. 23. lib. 4. Corne. consil. 282. lib. 4.*

Digitized by Google

Decius consil. 7. *n.* 2. *Gail. lib.* 2. *observ.c.* 23. *n.* 18. *Menoch.lib.*2.*de arbitr.judic. quæst.centur.* 2. *cas.* 80. *Gomez. tom.*2.*resolut.c.*2.*n.*19. *Treutl. disp.* 29. *vol.* 1.*thes.* 6. *lit. b. Forster. Junior. lib.* 3. *disput.* 18. *thes.* 13. *D.Bocer. in hoc tit. n.* 94. *cum seq. pag.* 415. *Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. conclus.* 181. *Hilliger. in Donello enucleato. lib.* 16. *c.*3. *in notat. ad lit. C. D. Besold. vol.* 4. *consil.* 194. *n.*61. *fol.* 295. *aliique plures*: ego tamen affirmantium partes sequendas esse judico, *per d. l. si quis domum.* 9. §. *si quis fundum.* 2. *ff. locati* ubi traditur, standum esse pacto, si quis locaverit fundum ea lege: ut, etiamsi quid vi majore accidisset, ei merces præstaretur.
16 Vis autem major intelligitur omnis vis tempestuosæ calamitatis; cui resisti nequit, *d. l. ex conducto.* 15. §. *si vis tempestatis. ff. eod.* Unde saltem in genere, de omni casu fortuito, sive solito, sive insolito, ea pactione cogitatum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi rarò contingat, *teste Bald. in d. l. sed & si quis.* 4. §. *quæsitum. ff. si quis cautionibus*, &c. Eodem non parùm confert textus
17 generalis *in d.l.* 1. *C. depositi.* ubi Alexander Imp. ita rescripsit: *Si incursu latronum, vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem ejus, qui depositum accepit, qui dolum solum & latam culpam (si non aliud specialiter convenit) præstare debuit, non pertinet. Quod si prætextu latrocinii commissi, vel alterius fortuiti casus, res, quæ in potestate heredis sunt, vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur; tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed &*
18 *in rem vindicatio competit.* Præterea cùm conductor in se, casum solitum & frequenter contingentem recipere ac sustinere voluit: censetur profectò multò magis insolitum & rarissime contingentem casum fortuitu in se recipere voluisse: cum ab hoc minus ipsi damnum & periculum, quàm ab illo, metuendum sit, atque expectan-
19 dum. Accedit denique, quòd oratio indefinita æquipollet universali, *l. quod dicitur.* 4. *ff. de tutel. l. si ita.*43. *in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat.* 2. *si plures.* 98. *ff. de legat.* 3. Itaque qui casus fortuitos in se recepit, reputa-
20 tur omnes omnino suscepisse, qui evenire possunt. Et minus dubitandum erit, quando adest signum universale: cujus ea natura est, ut omnia includat, *l. à procuratore.* 13. *C. mandati. l. omnes.* 3. *C. sine censu vel reliquis fundum comparari*, &c. *c. solitæ.* 6. *de majoritate & obedient. c.* 2. *de observ. jejunior. Cravett. consil.* 294. *num.* 1.
21 Nec hanc assertionem perturbat *l. fistulas.* 78. §. *frumenta.* 3. *ff. de contrah. empt.* ex qua dissentientes colligunt: eum, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, de solito, non autem insolito, cogitare censeri. *Nam* verus & genuinus legis istius sensus est: venditorem, qui frumenta in campis existentia vendidit, si emptori promisit, se præstiturum id damnum, quod vis, aut mala tempestas attulisset, ex hac promissione teneri, si nives immoderatæ & contra consuetudinem sævientes, non verò si ordinariæ, mediocres & moderatæ, damnum intulerunt. Quia cùm hyemis tempore ningere soleat: non censetur emptor damnum ex moderata nive ac solita tempestate timuisse, sed ex insolita: nec venditor ex causa cujuscunque damni evenientis obligare se voluisse præsumitur. Quæ res nihil juvat contrariam sententiam; sed nostram potius confirmat: quòd scilicet sub casu fortuito etiam insolitus contineatur: & venditor, qui in se receperat casum fortuitum, insolitum quoque casum in se recepisse intelligatur.
22 Similiter non obstat *l. Sejo amico.* 10. §. *medico.* 1. *ff. de annuis legat.* ubi si legentur medico, quæ vivus testator præstabat, ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Unde dicendum videtur, quòd ille, qui casum fortuitum præstare promisit, eum duntaxat casum promisisse censeatur, qui consuevit frequenter accidere: non qui rarissime contingit. Non, *inquam*, lex illa obstat.
23 Quia in ultimis voluntatibus regulariter fit interpretatio, quo minus heres gravetur, adeoque in dubio illud relictum putatur, quod minus est, & de quo testator verisimiliter senserit, *l. si ita sit adscriptum.* 14. *in fine. & l. cum servus.* 39. §. *scio.* 6. *ff. de legat.* 1. *l. nummis.* 75. *ff. de legat.* 3. Siquidem in testamentis voluntatem de- 24
functorum attendimus & sectamur *l. in conditionibus.* 19. *in princ. ff. de condit. & demonstrat. Novell.* 22. *cap.* 2. Atqui in proposita quæstione verba satis clara sunt 25
& manifesta, ut conjecturis locus non relinquatur, *l. continuus.* 137. §. *cùm ita stipulatus. in fin. & l. cum, qui.* 138. *in fine. ff. de verb. obligat.*

Nihil præterea obsistit, quòd de casu insolito & ra- 26
rissime contingente non præsumatur cogitasse, qui casum fortuitum in se pactione recepit: paciscentes autem ultra intentionem non teneantur, *arg. l. obligationum.* 3. §. 1. *ff. de obligat. & actionib.* Etenim qui genus promit- 27
tit, & de genere cogitat: censetur utique etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, sensisse, cogitasse & promisisse: cum expresso genere, expressæ quoque censeantur ejus species, *l. si chorus.* 79. *in princ. ff. de legat.* 3. *l. si duo.* 51. *in fine. ff. de administrat. & peric. tutor.* At casum fortuitum insolitum, esse speciem casus fortuiti, exploratum certumque est.

Amplius non obstat *l. qui occidit.* 30. §. *in hac.* 3. *in* 28
fin. ff. ad l. Aquil. ubi Paulus inter cætera ita scribit: *At si omnia, quæ oportuit, observavit: vel subita vis venti longius ignem produxit: caret culpa.* Quibus ex verbis non obscurè colligitur, quòd ad insolitum quis non obstringatur. Non obstat, *inquam.* Illic enim ignem in stipulam suam immittens tenetur de damno, ob culpam dato: at non de casu fortuito. Nam qui ex lege Aquilia convenitur, ex culpa obligatus est, *d.* §. 1. & *l. in lege.* 44. *ff. de tit. cum similib.* Ast in proposito non agitur de obligationibus, ex culpa provenientibus sed de casu, ex facto contingente. Idem respondetur *ad l.* 29
si putator. 31. *ff. eod.* Ibi namque cum putator divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit; meritò culpa ab eo non exigitur, *ut habetur in fine istius legis.*

Adhæc non refragatur, quòd quæ perrarò accidunt, 30
non veniant in considerationem, *l.* 3. & *seqq. ff. de legib.* Hæc etenim regula non obtinet locum, quando de iis casibus, qui rarò accidunt, quique insoliti sunt, pactum interpositum est. Tunc siquidem pactioni standum erit. Sic quamvis leges ad ea potius debeant aptari, quæ frequenter & facilè, quàm quæ perrarò eveniunt, *l. nam ad ea.* 5. *ff. eod. tit.* attamen & de iis, quæ perrarò fiunt, leges ferri solent, §. *insula* 22. *supr. de rer. divis.* Atque ita docent. *Angel. Fulgos. Castrens. & Ludovic. Roman. in d. l. sed & si.* 4. §. *quæsitum. ff. si quis cautionib.* &c. *Neviz. consil.* 91. *n.* 13. *Gozadin. consil.* 27. *n.* 25. *Pinel. in l.* 2. *C. de rescin. vend. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 29. *cum seq. Fachin. lib.* 1. *controvers. jur. c.* 86. *Bachovius in suis not. ad d. vol.* 1. *Treutleri disp.* 29. *th.* 6. *lit. H. pag.* 111. *ibidem Hunnius in suis resolut. quæst.* 19. *pag.* 1776. *cum seqq. & Hieronymus Pavesonius. in declaratione præcipuar. quæstion. circa materiam locat. conduct.* &c. *q.* 7. *l.* 24. & *seqq. aliique per eos laudati*

In quæstionem vocari & illud solet: utrum qui peri- 31
culum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur? At sanè per susceptionem generalem periculi, aliquem ad casum etiam fortuitum obligari, nec necessum esse casus specialiter enumerari, probabilius est & verius: utut dissentiat, *post plures à se citatos, Joannes Matiencus in d. repetitione. l. contractus* 23. *ff. de reg. jur. num.* 299. *fol.* 187. Primò enim haud 32
incogniti juris est: periculum comprehendere sub se omnem casum, qui cum, vel sine culpa contingit, *l.* 1. *l. in venditione.* 10. & *l. quod si neque.* 14. *ff. de peric. & commod. rei vend. l. & Aristoni.* 39. *ff. mandati.* Genus quippe periculum est: casus verò fortuitus species. Consequens itaque est: ut, qui periculum rei alicujus in se suscepit, etiam de casu fortuito teneatur, *arg. d. l. chorus.* 79. *in princ. ff. de legat.* 3. Deinde idem eviden- 33
ter confirmatur per textum *in l. si ut certò.* 5. §. *nunc videndum.* 2. *cum duobus.* §§. *seqq. ff. commodati.* ex quo textu colligere promptum est; si de periculo sit conventum, ad recipientem pertinere casus fortuitos

Præter

Digitized by Google

34 Præterea eandem ſententiam non parum probat *l. item quæritur.* 13. §. *ſi gemma* 5. *ff. locati.* ubi is, qui gemmam includendam, aut inſculpendam acceperit, eaque fracta ſit, ſi quidem vitio materiæ factum ſit, non tenebitur: niſi periculum in ſe artifex receperit. Tunc enim, etſi vitio materiæ id evenit, erit ex locato actio. Unde apparet, quòd licet artifex non ſit in culpa, ſed caſus accidat ex vitio materiæ: tamen artifex propter conventionem tenea-
35 tur. Denique huc facit trita illa regula, qua dicitur, quod generalis proviſio tantum operetur, quoad omnes caſus, quantum ſpecialis, ſive enumeratio ſpecierum, quoad quoſdam, *d. l. ſi chorus.* 79. *in pr. ff. de legat* 3. *l. omnes.* 4. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *annor.* Cum igitur tantum operetur genus, quantum enumeratio ſpecierum: conſequens erit, ut ſub periculi ſuſceptione & caſus fortuitus, tanquam ſpecies ſub ſuo genere, comprehendatur. Idque latius paulo declarat Hunnius *lib.* 3. *var. reſolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 2. *quæſt.* 4. *pag.* 1127. *& ſeqq. item in reſolut. ad Treutler. vol.* 1. *diſp.* 29. *quæſt.* 18. *p.* 1773. *& ſeqq.*

36 Non adverſatur huic ſententiæ *l. litis.* 37. §. 1. *ff. de negoc. geſt.* ibi dum Paulus ſignificat, quod etſi quis periculum eorum nominum, quæ ipſe contraxit, ſubire cogatur: non tamen teneatur, ſi debitores caſu non ſiant ſolvendo: inde colligi poſſe videtur, quod licet ad periculum quis obligatus ſit; non tamen de caſu fortuito teneatur. Non, *inquam*, lex illa adverſatur. Quia in ea caſus fortuitus à periculo (quod alias caſum ſub ſe fortuitum, tanquam ſpeciem, complectitur) excipitur: ſic, ut negociorum geſtor nominum ſive debitorum, quæ ipſe contraxit, periculum ſuſtineat & præſtet, excepto caſu fortuito, quo debitores ita fortunis & facultatibus ſuis lapſi everſique ſunt, ut tempore litis conteſtatæ ſolvendo non ſint. Ex quo perſpicitur: ſi caſus fortuitus à lege non fuiſſet diſertè exceptus eum ſub periculo, tanquam ſub genere, comprehenſum fuiſſe. Quod ſi igitur negociorum geſtor conventione vel pacto in ſe periculum recepiſſet, nec expreſſe caſum fortuitum excepiſſet: certè ad hunc quoque obligatus fuiſſet. *Hunnius locis modò notatis.*

37 Non etiam adverſatur *l. negocium.* 22 *C. de negoc. geſt.* ubi ad hoc, ut quis de caſu fortuito teneatur, requiritur ſpeciale pactum. Unde conſequens eſſe videtur, generale pactum de periculo non ſufficere. Non, *dico*, adverſatur. Ideo namque pactum ſpeciale ibi requiritur ad hoc, ut negociorum geſtor de caſu fortuito teneatur, quia ex natura quaſi contractus negociorum geſtionis, præſtandus non venit caſus fortuitus. Proinde Imperatores pactum ſpeciale exigunt: quoniam hoc ſufficit, nec opus eſt, ut generale pactum de periculo præſtando
38 interveniat: maximè cum & alias expediti ſit juris, quòd de omni culpa, adeoque etiam leviſſima, negociorum geſtor conveniri poſſit, § *igitur.* 1. *in fine. inſt. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſcunt. ubi id explicatum eſt ſuſius, n.* 41. *& ſeqq.* ut idcirco planè ſupervacuum fuerit generale de periculo præſtando pactum interponi.

39 Non inſuper adverſatur, *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignorat. act.* ex cujus legis verbis apertè conſtat, quòd generalis conventio ſuper amiſſione pignoris non ſufficiat, ſed ſpecialis deſideretur. *Illic* enim nequaquam deſideratur, ut caſus omnes ſpecialiter enumerentur: ſed ſufficit, ut generaliter ſuper amiſſione pignoris conveniatur: qua conventione comprehendantur & caſus fortuiti, ut eſt aggreſſura latronum, & alii, per quos accidit, ut pignus amittatur. Sed & hoc obſervandum eſt; quod *in d. l.* 6. proponatur regula, quod in bonæ fidei judiciis caſus fortuitus non præſtetur: eique ſubjiciatur exceptio: niſi inter contrahentes placuerit, ut amiſſio pignorum liberet debitorem. Hanc proinde exceptionem de caſu fortuito concepit Imp. Alexander: quia & regula de caſu fortuito concepta erat.

40 Pariter non adverſatur, quòd in generali promiſſione non veniant ea, quæ quis ſpecialiter non fuiſſet conceſſurus, *l. obligatione generali.* 6. *& l. denique.* 8. *ff. de pignorib. l. penult. in princ. ff. de privileg. creditor. l.* 1. *C. quæ res pignori obligari poſſ.* adeoque veriſimile non ſit, ut quiſpiam ad caſus fortuitos, qui varii ſunt ac innumeri, abſque expreſſa mentione & conventione ſe obligare voluerit, aut de iis cogitare potuerit, *arg. l. qui cum tutoribus.* 9. §. 1. *& ult. ff. de tranſactionib.* Reſpondetur enim: eo ipſo, quòd quis in genere conſentit, videtur in genere de omni omnino caſu cogitaſſe, *arg l. qui jure militari.* 7. *ff. de teſtamento militis, & conſimilium.* Præterea regula illa (quòd in generali promiſſione non veniant ea, quæ quis ſpecialiter non fuiſſet conceſſurus) non eſt generalis: ſiquidem & in contractibus per generalem caſus fortuiti ſuſceptionem veniunt caſus, qui ſub iſtis verbis comprehenduntur: ut ſpecialis eorum enumeratio non ſit neceſſaria, *per rationes ſupra pro ſententia noſtra allatas.*

Tandem non adverſatur, quod veritati conſenta- 41
neum non ſit: aliquem caſum fortuitum, cui reſiſtere non poteſt, velle ſubire, niſi clariſſimè de obligantis mente conſtet. Et quia periculum non illud tantum damnum continet, quod ex caſu fortuito, ſed & quod culpa contingit: ſuſceptione periculi ad exactiſſimam diligentiam obligabitur. Hoc, *inquam*, non adverſatur. Quandoquidem ex eo, quod conductor rei ſibi locatæ periculum expreſſa conventione in ſe recepit, apertiſſimè conſtat, quòd non ſolum ad omnem culpam: ſed ad caſum etiam fortuitum præſtandum ſeſe obligare voluerit. *Aliis objectiunculis, quæ vulgò contra noſtram ſententiam adduci ſolent, ſatisfacit* D. Hunnius *locis præallegatis.* Atque huc referenda ſunt, quæ annotavimus *ad* §. *item is.* 2. *num.* 35. *& ſeqq. ſupr. quib. mod. re contrah. obligat.* Porrò an & quatenus conductor incendium præſtet, *poſt alios*, explicant abunde Andreas Gail. *lib.* 2. *obſervat.* 22. Mynſinger. *cent.* 6 *obſerv.* 88. & Hunnius *d. lib.* 3. *var. reſolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 2. *quæſt.* 7. *pag.* 1136. *& ſeq.*

§. *Mortuo conductore* 6. *& ultimus.*

Mortuo conductore intra tempora conductionis: heres ejus eodem jure in conductione ſuccedit.

SUMMARIA.

1 *Conductore ante præſtitutum tempus defuncto, heres ejus eodem in conductione ſuccedit.*
2 *Caſus ſive ſpecies facti.*
3 *Heres in omne jus defuncti ſuccedit.*
4 *Voluntas hominis morte terminatur.*
5 *Interpretatio l. ſi domina.* 10 *C. de uſufructu.*
6 *Uſusfructus finitur morte uſufructuarii.*
7 *Quibus caſibus locator conductorem, ejusve heredem expellere poſſit.*
8 *Emptor rei locatæ, & quivis ſucceſſor ſingularis locationi, ab alio factæ, ſtare non cogitur.*
9 *Et eo caſu venditor conductori ad intereſſe tenetur.*
10 *Quando emptor locationi, a locatore factæ, ſtare neceſſe habeat.*
11 *An uxor teneatur præcisè ſtare locationi rerum dotalium per maritum factæ, & contra.*
12 *Succeſſor ſingularis voluntarius à locatione reſilire poteſt.*
13 *Utrum Studioſus domum conducens, ob neceſſitatem heredum defuncti locatoris, ante tempus conventum ex iſta domo emigrare compellatur.*
14 *Ab expreſſis verbis legis non recedendum.*
15 *Contractus ex conventione legem accipiunt, pactaque ſervanda ſunt.*
16 *Contractus & pacta ab initio ſunt voluntatis, ex poſt-facto neceſſitatis.*
17 *Neceſſitas à fortuna proveniens, juſtam expellendi conductorem cauſam præbet.*
18 *Conſideratio Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.*
19 *Studioſi a vectigalibus & ſimilibus oneribus ſunt exempti.*
20 *Jure ſuo utens, injuriam facere non creditur.*
21 *Heredes aliquem officium tenenti, recepto prius integro ſalario, ad reſtitutionem aliquam non tenentur.*

HOc loco ſubjicit Juſtinianus: quod, conductore ante præſtitutum tempus defuncto, heres ejus eodem jure in conductione ſuccedat. Idque non ſolum in conductione temporali, ſed etiam perpetua obtinere, 1
palam

Digitized by Google

tutius est exigere per judicem, l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de
rebus cor. qui sub tutela, &c. l. si alius. 7. §. bellissime. 3. in
fin. ff. quod vi aut clam. l. si stipulatus. 81. in fine. ff. de
solutionib. l. debitores. 10. C. de pignorib. Latè & eru-
ditè Johan. Vaud. variar. quæst. lib. 1. quæst. 13. Huc-
que spectant, quæ annotavimus ad §. creditor. 4.
supr. quib. mod. re contrah. obligat. num. 226. item
ad principium tit. infr. de actionib. num. 30. & seqq.
itemque in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis! quæst.
11.

533 Supradicta autem conclusio, qua statuitur; emphy-
teutam, ob non solutum consuetum domino canonem
per triennium vel biennium, jure suo privari, fundoque
emphyteutico licitè expelli posse, aliquot modis restrin-
gitur & limitatur. Primò enim non procedit, si in inve-
stitura & contractu convenerit, sive actum fuerit, ne em-
phyteuta ob pensionem non solutam expellatur. Pa-
ctionem namque de rejectione emphyteutæ valere, di-
534 serte expressum est in l. 2. C. de jur. emphyteut. Nihil
quippe naturali æquitati magis consentaneum est, quam
ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare, l. 1. ff. de pact.
& unicuique licet juri suo renunciare, l. penult. C. eod. tit.
Atque hoc commune effatum esse, testatur Jason in d. l.
2. C. de jur. emphyteut. num. 118. & Salicet. num. 13.
Speculat. in tit. de emphyteus. quæst. 89. num. 112. Cagnol.
post Decium in Authent. qui rem. num. 30. in sexta limita-
tione. C. de SS. Eccles. Barthol. in l. fundi. 4. C. de fundis
patrimonialib. Imola in c. potuit. 4. ext. de locato num.
57. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat.
1. ubi plures hanc in sententiam accersit.

535 Deinde isthæc conclusio locum non habet, si in loco
contractus inter Ecclesiam sive dominum, & inter em-
phyteutam talis observetur consuetudo: quod emphy-
536 teuta ob non solutum canonem expelli nequeat. Cu-
jus ratio manifesta est: tum quia sicuti pactum hujus-
modi valet, ut paulò antè diximus: ita & consuetudo
valere debet: cum ea sit fortior, quam pactum privato-
rum, arg. c. final. ibique gl. & Canonistæ. extr. de consue-
537 tudine. Tum quia causas Ecclesiarum & clericorum se-
cundum consuetudinem patriæ terminandas esse, constat
ex c. cum venissent. 3. extr. de eo, qui mittitur in possess. &c.
c. constitutus. 8. vers. juxta municipii, extr. de in integr.
538 restitut. & c. cum causa. 8. extr. de sentent. & re jud. Tum
quia consuetudo legem dare potest omnibus rebus, exi-
stentibus in territorio, cujuscunque sint, secundum Abba-
tem in consil. 72. vol. 1. allegantem ad hoc l. ætatem. 3. ff. de
consil. & l. munerum. 18. §. patrimoniorum. 21. ff. de mune-
ribus, & honor. can. quæ contra mores 2. Distinct. 8. & ju-
539 ra similia. Hæc tamen consuetudo non attenditur, si in-
ter dominum & emphyteutam expressè aliud convenit:
quia tum emphyteusis non immeritò ex partium conven-
tione legem accipit, l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. in con-
ventionalib. 52. ff. de verb. obligat. & quia tum ab illa
consuetudine recessum intelligitur, secundum Augusti-
num Beroum in cons. 107. sub num. 7. in fin. & n. 8 vol. 1.
quem refert & amplectitur Corbul. in d. tract. de jur. em-
phyteut. cap. 15. limitat. 2. n. 11. & D. Obrecht. in Disp.
36. de jur. emphyteut. thes. 380.

540 Tertiò, conclusio hæc non militat, si alius extraneus,
tanquam procurator emphyteutæ, vel negociorum ejus
gestor, canonem domino solvisset. Hanc enim solutio-
nem ipsi emphyteutæ prodesse, æquitati consonum est, l.
solvendo. 39. & l. quæ utiliter. 45. ad finem. ff. de negoc. gest.
Nam quotiescunque de conservatione juris realis tracta-
tur, ut est emphyteusis, semper ex benigno jure factum
negociorum gestoris, alteri ad conservationem & reten-
tionem illius juris prodest, arg. l. usu 20. ff. quemadmodum
servit. amitt. & l. arborib. 12. §. quid tamen ff. de usufruct.
Et ita in individuo sive terminis (uti loquuntur) tenent
Ang in l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. Lud Rom. in cons.
103. incip. viso propositæ quæstionis themate. in princ. hosque
referens Jason in d. l. 2. C. de jur. emphyt. n. 68 & 69. Domi-
nic Cardinal. Tuschus tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. con-
clus. 192. n. 90. 107. & 152. Berlichius part. 2. conclus.
practicabil. conclus. 46. n. 37. & aliquot seqq. Hucque re-
vocari poterunt, quæ notavi in addit. ad Jul. Clar. §.
emphyteusis. q. 8. n. 39. & seq.

Quartò, conclusio ista etiam non obtinet, si canon à 541
quodam tertiò, nullum jus in emphyteusi habente, no-
mine suo proprio solutus domino esset. Quandoqui-
dem, ut jus in rem conservetur, non refert, quomodo,
aut à quo, aut cujus nomine pensio exolvatur: dummo-
do exoluta sit, d. l. arboribus 22. §. quid tamen, ubi Bald.
ff. de usufruct. l. qui fundum. 12. ff. quemadmodum servi-
tus amitt. Et expressius probatur argumento l. forma. 4.
§. si, cum ego. ff. de censibus. ubi solutio censûs aut cano-
nis, per eum suo nomine facta, qui jus in re nullum ha-
buit, prodest jus habenti, quoad conservationem juris
sui censualis, vel emphyteutici, ut docet Jason in d. l. 2.
num. 69. C. de jur. emphyt. citans Speculatorem in tit. de
emphyteusi, quæst. 82. num. 104. & alios: cum quibus
transeunt Socin. Jun. consil. 70. incip. prosequendo ordi-
nem. num. 2. vol. 1. Abbas consil. 67. col. 3. prope finem. vol.
2 Berous consil. 199. n. 19. & consil. 204. num. 17. vol. 1.
Petr. Anchor. consil. 44. incip. primò de viribus. num. 7.
Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gloss. 9. num. 259. Gui-
lielm. Rodoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst.
24. c. 3. num. 25. pag. 500. & Elbertus Leoninus in d. l. 2.
n. 19. C. de jur. emphyt. Hoc tamen rursus non procedit, 542
si dominus ab isto tertio, qui non est procurator emphy-
teutæ, canonem recipere recuset. Quanquam enim ali 543
quis, invito quinque creditore, pro alio solvere possit, d. l.
solvendo. 39. ff. de negoc. gest. l. solutione. 23. l. si pro me.
40. & l. solvero. 53. ff. de solutionibus. non tamen idcirco
tertius, invito domino, pro emphyteuta, à quo nullum
mandatum habet, canonem solvere potest: quia solutio
canonis non tantum fit ad consequendam liberationem,
sed etiam fit in recognitionem dominii. Atqui hæc re-
cognitio per tertium fieri nequit. Ergo etiam domino in-
vito tertius pensionem solvere nequit, ut tradunt Bald.
in l. acceptam. 19. num. 37. & ibidem Salicet. in ultima
quæst. C. de usuris. Jason. in d. l. 2. n. 70. C. de jur. emphyt.
Natta consil. 194. n. 8. & Tiraquell. d. §. 1. gl. 9. num. 262.
Nec tertius iste, si canonem deponit & consignat, quic- 544
quam agit: quia si non potest invito domino canonem
pro emphyteuta solvere; multò minùs hunc poterit de-
ponere & consignare. Nisi fortè tertius iste in emphyteusi
hypothecam constitutam haberet. Tum enim etiam abs-
que mandato, pro emphyteuta invito domino solvere, de-
ponere, & consignare canonem poterit: quoniam hæc so-
lutio, depositio & consignatio ad conservationem juris
sui instituitur, tradente post alios, à se relatos, Corbulo in d.
tract. de jure emphyteut. c. 15. limitat. 7. n. 3. & 4.

Quintò, illi conclusioni locus non tribuitur, si nemo 545
adfuit, cui emphyteuta canonem solvere potuit: quia
forsan Ecclesia toto biennio vacavit, vel hereditas toto
triennii tempore jacens fuit. Tum enim tutus est emphy-
teuta & excusatur. Hostiens. in summa tit. de locato. co-
lum. penult. Ruin. consil. 151. num. 4. vol. 1. Bald. in l. 2.
fin. C. de jur. emphyt. Alexand. consil. 92. num. 9. & seq. vol.
1. Althus. lib. 1. Diccolog. cap. 77. num. 35. pag. 268. Nec
hoc casu protestatio necessaria est: quia cum revera non
adsit, qui canonem recipiat: una mora non malè cum al-
tera compensatur, & neuter in mora esse dicitur, juxta
Castrens. in l. si per emptorem. 51. in princ. per ipsum textum.
ff. de actionibus empti. Decium consil. 566. incip. promisit.
n. 4. & seq. Ruinum d. consil. 151. n. 4. vol. 1. & D. Obrech-
tum d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 387.

Sextò, conclusio illa vera non est, si emphyteuta toto 546
biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit
Siquidem propter impedimentum carceris, excusationem
meretur, uti docuerunt Anton. de Butr. in c. significante.
7. in 4. notabil. extr. de pignorib. & ibidem Barbat. col.
3. vers. nota, quòd eo ipso, &c. & Imola colum. 3. num.
5. Socin. Jun. consil. 70. num. 7. vol. 1. Dec. in Authent.
qui rem. num. 9. vers septimo fallit. C. de sacrosanct. Ec-
cles. Jason in d. l. 2. quæst. 21. num. 65. Guillielm. Odoan.
in tract. de rebus Eccles. non alienandis. q. 24. cap. 3. n. 24.
pag.

Digitized by Google

pag. 466. *Paul. de Monte Pico in consil.* 76. *num.* 20. *Anton. Rub. in repetit. l. vinum.* 22. *num.* 199. *ff. de rebus credit. si cert. pet.* & alii, quos congessit Corbulus *d. d. tractat. de jur. emphyteut. cap.* 15. *limitat.* 10. ubi hoc procedere inquit; etiamsi emphyteuta sua culpa carceratus fuerit.

547 Septimo, conclusioni isti non est locus, si dominus prædii emphyteutici intra triennium canonem oblatum accipere recusavit: quia eo ipso emphyteuta canonem lucratur, nec dominus illum è prædio ejicere potest. Quod tamen tum demum verum est, si emphyteuta pecuniam, quam dominus recipere noluit, consignet,
548 & consignatam deponat. Ut enim commissi pœna evitetur; omnino pecuniæ debitæ oblatio, consignatio; & depositio necessaria est, *per apertum textum in d. l.* 2. *in fin. ibi, pecunias offerre, hisque obsignatis, & secundum legem depositis. C. de jure emphyteut.* Et præterea Glossam *in dict. l.* 2. *in verb. secundum legem. Cyni. Baldi, Jacobi de Arena, Alberici, Saliceti, Sichardi, n.* 31. *in fin. & Elberti Leonini. num.* 21. *C. de tit. Julii Clari. lib.* 4. *recept. sentent. §. emphyteusis q.* 8. *num.* 10. adeoque commune Doctorum pronunciatum, existimantium, solum oblationem à pœna caducitatis seu commissi excusare: at consignationem & depositionem ad plenariam liberationem pertinere: ut scilicet emphyteuta nec ejici, nec de solutione pensionis præteriti temporis compellari possit; meritò improbandum est. Hoc enim verbis *dicta l.* 2. *in fin. C. de jur. emphyteut.* perspicuè reclamat, quæ tria, puta pensionis oblationem, consignationem & depositionem copulativè ac nominatim requirit, ut emphyteuta ejectionis periculo liberetur: idque per ablativos absolutos,
549 *consignatis & depositis*: quos conditionem facere indubitatum est. *l. ab emptione.* 58 *ff. de pact. l. à testatore.* 109. *ff. de condit. & demonstrat. l. evictâ.* 8. *& l. lite contestata.* 35. *ff. de usur. l. acceptis* 93. *ff. ad l. Falcid. l. facta.* 63.
550 *§. rescripto. ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* Conditio autem præcisè & ad unguem impleri debet, *l. qui heredi.* 44. *& l. Mævius.* 55. *ff. de condit. & demonstrat. & dictum*
551 *supr. num.* 74. Sed & argumento à contrario sensu (quod in jure fortissimum est, *l.* 1. *ibi, hujus rei fortissim. ff. de offic. ejus, qui mand. est jurisd.*) si neque consignet, neque deponat pecuniam, ostendit Justinianus, emphyteutam è prædio ejici posse, *d. l.* 2. *in fin. C. de jur. emphyt.* Quamobrem verius videtur, speciale esse hoc in casu, ut sola oblatio ad suffugiendam dejectionis pœnam non suf-
552 ficiat. Cujus specialitatis ratio hæc fortassis non incommoda redditur: quia cum habeant emphyteutæ hoc prærogativæ, ut non sicut cæteri conductores, quamprimum solvere cessarint, expellantur, *l. vectigalia* 10 *§ fin. ff. de publican. & vectigal. l. ade.* 3. *ubi Dd. C. de locato.* sed cessatio triennii continui necessaria sit, hocque nomine domini non parum aggraventur: naturæ consentaneum Imperator censuit, in hoc vicissim dominis faveri, ut eis pensionem revera emphyteutæ solvant: quod tantum contingit, si numeratam pecuniam domini recipiant, aut postquam recusaverint: ea consignetur & deponatur: ut meritò constitutum sit, non satis esse emphyteutæ offerre: nisi præterea pensio consignetur & deponatur, *sæpe allegata l.* 2. *C. de jure emphyteut. ubi ita expressè docent. Jas. n.* 182. *Corasius n.* 29. *& Joan. Ferrar. Montanus circa fi-*
553 *nem.* Quibus novissimè etiam suffragantur *D. Obrecht. d. Disp.* 36. *th.* 349. *cum seq.* Bansov. *in Disp. de jur. emphyt. de Anno* 1602. *thes.* 38. & Eggebr. *d. synopsi juris emphyteutici, conclus.* 245.

Octavo præfata conclusio locum sibi vindicare nequit, si tota res emphyteutica periit, *hoc § nostro, in fin. &*
554 *l.* 1. *ubi Dd. communiter. Cod. de jure emphyteut. & monuimus supra num.* 373. *& seq.* Hujusque ratio evidens est: quia cum jus emphyteuticum non nisi in re aliqua consistat: meritò, re non amplius existente, jus quoque illud intercidit. Non enim accidens sine subiecto esse potest: sed hoc sublato, & illud interit *Initio ff. de usufruct. l.* 2. *ff. eod. l. nihil dolo.* 129. *§.* 1 *& l. cum principalis.* 178. *ibique Decius. ff. de reg. jur.* Hinc si domus aliqua, in emphyteusin data, una cum superficie, forte chasmate periit; etiam jus emphyteuticum periit: cum nulla res supersit amplius, in qua jus illud locum habere possit. Quod si verò non tota domus periit; sed adhuc area salvâ remansit: tum distinctio adhibenda est
Aut tota domus, ut aream quoque complectatur, in emphyteusin est concessa: aut tantum superficies, quæ etiam domus appellatione venit. Priore casu si fortasse incendio domus periit, salva adhuc area, pensio debetur: quoniam area, quæ censetur maxima sive potissima pars domus, adhuc superest, *l. qui res.* 98. *§. aream.* 8. *ff. de solutionib.* At posteriori casu, si superficies periit, nulla amplius debetur pensio: quia nihil superest, ex quo solvi aliquid possit, *ut rectè affirmant Imola in c. potuit. ext. de locat. & Jason in l.* 1. *n.* 15. *limitat.* 32. *in quo capite is plures alias utiles limitationes, quas qui volet, cognoscere poterit, accuratè recenset.* 555 556

557 Modis finiendi juris emphyteutici abunde expositis: coronidis & quasi auctarii loco primùm quæri potest: Utri incumbat probatio, si emphyteuta dicat, se solvisse canonem, dominus verò neget? Et emphyteutæ incumbere, rationabile est: quia solutionem alleganti, tanquam affirmanti, incumbit probatio solutionis, *l. ult. C. de solutionib. l.* 1. *C. de probationib. l.* 2. *ubi Gothofred. lit. c & l. eum, qui* 22. *ff. eod. Novell.* 18. *cap.* 8. *Gloss. in l.* 2. *in verb. repellere. vers. item quis probabit. C. de jur. emphyt. Bald. ibid. num.* 16. *Bart. num.* 9. *vers. quare, quis, &c. Alberic. Rosatus num.* 7. *Salicet. num.* 15. *& Jason. n.* 132. *Anchor. & Imola n.* 55. *in c. potuit. ext. de locato. Marian. Socin. consil.* 111. *num.* 15. *vol.* 2. *ubi hanc communem esse opinionem testatur: quam etiam, uti veram & receptam, comprobat Igneus in repetit. l. necessarios.* 5. *§. non alias, num.* 310. *ff. ad Senatusc. Silan. Berous consil.* 152. *n.* 1. *volum.* 1. *Guilielm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alien. q.* 20. *num.* 23. *p.* 446.

Sed hanc impugnare videtur sententiam textus *in c. super his.* 16. *ext. de accusationib.* ubi Innocentius indicat; quòd, si contra electum quispiam excipiat, & proponat, eum perjurum esse: propterea quod promiserit solvere Titio decem, quæ non solvit: licet hic excipiens fundet se in negativa: quia asserat, illum non solvisse: tamen ipse excipiens negativam istam probare cogatur. Ergò & in proposita specie dominus, qui se fundat in negativa non soluti canonis, hanc negativam probare tenetur. *Verum respondetur*: quòd in causis criminalibus is, qui se in negativa fundat, eam probare compellatur, *ut ex verb. dict. c. apparet.* in civilibus autem negotiis procedat regula, quòd affirmanti & ponenti probatio incumbat; *d. l.* 2. *& d. l. eum, qui* 22. *ff. de probationib. & similib.* Vel etiam forte non ineptè dici poterit: si tertius quidam se in negativa fundet, hanc probare eum teneri: secus autem, si altera partium id faciat, *ut à Sichardo traditum est in d. l.* 2. *num.* 17. *Cod. de jure emphyteutico.* Cæterum eo ipso, quod emphyteuta probat, se tribus annis proximis singulatim canonem solvisse, præsumitur: quòd pro omnibus aliis annis præteritis semper solverit: ita ut dominus non possit ab eo canonem petere, nec eum expellere sub prætextu, quòd aliis anterioribus annis non solverit: nisi dominus illum non solvisse evidenter doceat, *argum. l. quicumque.* 3. *C. de apoch. publicis. gloss. in d. l.* 2. *in verb. repellere, vers. vel quod tribus annis C. de jur. emphyt. & ibi Salicet. & Jason n.* 135. *Anton. Gabriel. lib.* 1. *de præsumption. conclus.* 11. *ampliat.* 1. *Vivius in suis opinionibus communibus opin.* 92. *part.* 1. *Mascardus in tract. de probationib. conclus.* 603. *n.* 9. *&* 21. *vol.* 1. *ubi plures. citat.* 558 559 560

561 Idem de colono sive inquilino monuimus *in pr. supra hoc tit. num.* 78. Solutio porrò canonis vel confessione domini, vel instrumentis & apochis, vel testibus ad minimum duobus probari solet & potest, *ut tenet Baldus in l. testium.* 18. *num.* 2. *C. de testib. & in d. l.* 2. *num.* 18. *C. de jur. emphyteut. ibidemque Jason n.* 134. *Oldendorp. class.* 5. *de actione emphyteut. in verb. reus triennio jam elapso, &c. pag. nubi* 954. *Afflict. decis.* 13. *num.* 26. *Octavian. Cacheran. decis.* 53. *num.* 7 *&* 15. *quos refert & sequitur Aurelius Corbul. in tract. de jur. emphyteut. c.* 15. *q.* 4. *num.* 4. *&* 6.

Digitized by Google

562 Deinde in disceptationem & illud cadit: si emphyteuta in solutione canonis cessaverit, & antequam dominus declaraverit, se velle, eum jure suo cecidisse, fructus perceperit, an ad restitutionem eorum teneatur? Et teneri, plerique affirmarunt: *Speculator in tit. de emphyteusi, quæst. 10. num. 19. Bald. in l. si pater. 5. in 3. notab. C. de usufruct. Jason in l. 2. num. 17. C. de jur. emphyteut. Angel. in Novell. 7. c. 7. si vero & perpetuam, &c. Felin. in c. de quarta. num. 33. ext. de præscript. Capolla in cons. civili. 25. num. 7. Ripa in l. 1. §. si hæres. 16. num. 16. ff. ad senatuscons. Trebell. Guiliel. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quæst. 19. c. 2. n. 12. pag. 441. & Tiraquell. in repetit. l. si unquam in verb. revertatur n. 271. Cod. de revocand. donat. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 12. lit. B. pag. 1136.* Contrarium vero tenuerunt *Rota Bononiensis. Petrus de Benintendis decis. 37. Corbul. d. c. 15. ampliat. 38. num. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 83. num. 5. Fachinæus lib. 1. controvers. jur. cap. 94. vers. verum re maturius &c. Hedemannus Disp. 17. proposit. 61. & Bausovius in Disp. de jure emphyteut.*
563 *Præside D. Halbrittero, th.* 45. Quorum sententiam, veluti (*teste Mynsingero dicto loco*) saniorem, & æquitati magis consentaneam, atque post multam disputationem in Camera Imperiali obtentam, & ego omnino sequendam censeo. Quia clarissimi juris est, fructus spectare ad eum, qui rei est dominus, *l. & ex diverso. 35. §. 1. & l. solum. 49. §. 1. ff. de rei vindicat.* Ast antequam dominus declaret, se velle esse locum caducitati, emphyteuta jure suo non est privatus, sed dominium rei retinet, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* ubi sancitur expresse, emphyteutam cadere jure suo ob canonem non solutum, *si dominus*
564 *voluerit.* Ergo antequam dominus velit, cadere non dicitur. Illa siquidem verba (*si dominus voluerit*) conditionem important. Priusquam autem conditio eveniat, actus sub conditione factus non habet effectum, *l. cedere diem. 213. ff. de verb. signif. l. legata sub conditione. 41. ff. de condit. & demonstr.* Quapropter cum fructus ad ipsum emphyteutam pertineant, eos restituere non est obligatus.

565 Huic decisioni non adversatur, quod malæ fidei possessor fructus non faciat suos, sed omnes restituere teneatur, *l. fructus. 33. l. si navis. 62. §. ult. ff. de rei vind. l. dominum 5. l. si fundum. 17. & l. certum. 22. eod. §. si quis a non domino. 35. ubi & nos explicatius num. 58. & seq. supra de rer. divis. &c.* Emphyteuta autem, posteaquam jure suo cecidit, malæ fidei possessor censeatur. *Nam* respondetur per inficiationem: quoniam emphyteutam esse malæ fidei possessorem ex eo tempore, quo in solutione cessavit, nequaquam conceditur: cum jure suo privatus non dicatur, nisi dominus voluerit. Igitur ante domini declarationem, non est privatus: & sic bonæ fidei esse intelligitur: quia probabiliter credere potest, dominum ipsi pœnam remittere velle.

566 Minus adversatur, quod usufructuarius ad fructuum, quos finito usufructu percepit, restitutionem teneatur, *l. si pater. 5. C. de usufruct.* Quandoquidem nostro in casu jus emphyteuticum ex sola cessatione in solutione, finitum & extinctum esse, prorsus negatur. Idem monuimus *in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 27. n. 3.*

567 Multò minus adversatur, quòd hæc sit natura conditionis, ut retrotrahatur, *l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligat.* ac proinde domino declarante, se velle privationi locum esse, idem sit, ac si statim, cum cessavit, privatus fuisset: quo casu fructus sine dubio ad dominum pertinuissent. *Etenim* id, quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habet, quando à casu conditio pendet: secus, cum à potestate contrahentium, *l. potior. 11. §. 1. & ibi Bartol. ff. qui potior. in pignor. habeant.* Sed conditio illa, *si dominus voluerit*, à voluntate domini pendet: cum is possit velle & nolle. Ideoque retro non trahitur. Præterea in præjudicium tertii conditionem non trahi retrò, evincitur *ex l. 1. ubi Bald. in ult. colum. C. an servus pro suo facto post manumiss. teneatur. Alexand. consil. 228. num. 3. lib. 6.*

568 Minimè omnium adversatur, quòd principalis causa inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat, *argum. l. si heres. 5. ff. de actionib. empti. l. unic. circa fin. C. de imponend. lucrat. descript.* Causa autem principalis, ob quam privetur jure suo emphyteuta, sit, quia non solverit canonem: proindeque illa videatur inspicienda, & ex ea judicandum, privationem inductam esse; & consequenter ex eo die fructus ad dominum, ad quem res pertinuerit, pertinere: non autem ad emphyteutam jam exclusum, & jure suo privatum. Minimè (*inquam*) hoc adversatur: quia facilè conceditur, causam principalem esse attendendam, si talis sit causa, quæ effectum producere possit. Sed causa illa, nempe negligentia solvendi canonem, sola effectum producere nequit, nisi voluntas domini concurrat. Itaque meritò ante domini declarationem emphyteuta jus suum non perdit: ac per consequens fructus interim perceptos lucratur. *Reliqua, quæ huic assertioni solent opponi, diluit Fachinæus d. lib. 1. c. 94.*

Ulterius & hoc in disquisitionem vocatur: utrùm 569
emphyteuta, si absque ejus culpa emphyteusis finita fuerit (*puta si res emphyteutica concedatur usque ad certum tempus, certamve generationem, & illud tempus elapsum sit, ac generatio extincta*) meliorationes in re emphyteutica factas, repetere possit? Et licet hujusmodi meliorationes non solum ipsi emphyteutæ, si vivat; sed etiam ejus filiis & descendentibus, tam masculis, quàm fœminis deberi, crebrioribus Doctorum votis sit receptum; *ut testatur Julius Clarus lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis, q. 45. Bald. in l. senatus. 43. §. Marcellus. ff. de legat. 1. Decius cons. 518. Jason in d. l. 2. num. 27. C. de jure emphyteut. & Borcholt. de feud. cap. 3. num. 31.* attamen verior videtur sententia eorum, qui ejusmodi impensas & meliorationes, quibus res emphyteutica melior est effecta, ad dominum pertinere contendunt. Pro qua opinione facit, 570
quod contractus emphyteuticus ea de causa maximè instituitur, ut res melior efficiatur; quemadmodum ex ipsius verbi etymologia seu significatione effloreſcit, *de qua dictum supra num. 1. & 114.* Et idcirco Ecclesia prædia ruinosa ad meliorandum in emphyteusin concedere consuevit, *ut in auth. si quas ruinas. C. de sacros. Eccles.* Quare si hanc ob causam contractus emphyteuticus celebrari solet: utique dominus expensas meliorationum solvere non tenetur. Ob id enim dat prædium in emphyteusin, ut ab hoc sumptu liberetur: quod non fieret, si impensam solvere cogeretur. Confirmatur quoque hæc sententia *ex l. 1. C. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro. in fin.* ubi damnum, quod per rei deteriorationem contingit, ipsi emphyteutæ, non verò domino imputatur. Ex quo apparet, emphyteutam non posse repetere à domino expensas, in reficiendo factas. Quia si repetitio emphyteutæ daretur: non ejus damnum, sed domini esset. Sed & eadem doctrina ab æquitate non est aliena: quia cum emphyteusis plerumque pro exigua mercede concedi soleat, hinc in compensationem fructuum meliorationes domino ex natura contractus cedunt, finita emphyteusi, etiam sine culpa emphyteutæ. Nam si ex culpa amittatur emphyteusis, veluti ob non solutum canonem, vel ob alienationem illicitè factam, aliamve ob causam: tunc dominum meliorationes lucrari, extra controversiæ aleam positum est, *l. 2. C. de jure emphyt. Novell. 7. cap. 3. §. scire autem, &c.*

Non obstat *l. domus. 58. ff. de legat. 1.* ubi si quis faciat 571
impensas in re subjecta restitutioni post tempus, poterit eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Idem ergo in materia nostra dicendum videtur: cum res emphyteutica post certum tempus, vel certam generationem restitutioni subjecta sit. *Quia breviter respondetur*: ibi non esse rem ad meliorandum datam, neque meliorationes venire, sicut ex natura contractus emphyteutici veniunt.

Non obluctatur etiam textus *in c. 1. §. si vasallus. tit.* 572
Hic finitur lex 28. lib. 2. feud. ubi secundum unam lecturam, meliorationes pertinent ad vasallum, & non ad dominum. *Nam* res, quæ conceduntur in feudum; non ad meliorandum dantur, sed propter servitia personalia, quæ sunt causa feudi. At causa contractus emphyteutici regulariter melioratio censetur, ut ex verbo ipso constat.

Imò

Imò ille ipse textus magis confirmat, quam evertit decisionem nostram: quia secundum opinionem ultimam, quæ in isto textu refertur, finito feudo, meliorationes factæ omnino ad dominum feudi pertinent: quæ opinio
573 ultima in dubio tenenda est: *per notata Accursii & aliorum in l. qui filium. 74. §. Fabius, in verb. & alia. ff. ad senatusconf. Trebell. & in l. ea lege. 3. C. de condict. ob caus.*

574 Nihil quoque movet, quod dominus videatur locupletari cum alterius, scilicet emphyteutæ, jactura & detrimento, contra regulam juris, *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indeb. l. jure natur. 206. ff. de reg. jur.* Quoniam, ubi intervenit consensus tacitus, vel expressus, vel conventio, prædicta regula officium suum perdit: cùm consentienti & volenti injuria non fiat. *l. 1. §. usque adeo. 5. ff. de injur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. & tradidimus in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis, quæst. 45. num. 7. & seq.*

575 Sic non repugnat *l. usufructu. 7. §. quoniam vers. hactenus. & l. sed, si quid. 15. in princ. de usufructu & l. eum, ad quem. 7. C. eod. t.* ubi usufructuarius, cui similis est emphyteuta, potest expensas utiliter factas repetere, vel detrahere. *Quandoquidem* & illæ leges nostram sententiam magis corroborant, quam impugnant: quia usufructuarius expensas modicas, ad quas de natura usufructus tenetur, repetere non potest: eas autem, quæ ex natura ususfructus non veniunt, repetere potest, *d. l. usufructu. 7. §. quoniam. ff. de usufr. d. l. eum, ad quem. 7. C. eod. t.* Cæterum omnes impensæ, quæ fiunt in re emphyteuticа, ex natura ipsius contractus veniunt: proindeque nullæ impensæ rei emphyteuticæ repeti possunt. *Atque ita tradunt Franciscus Sarmient. lib. 3 selectar. interpretat. c. 4. Fachinæus lib. 1. controvers. jur. cap. 92. & Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 45.*

576 Postremò, quæ actio ex contractu emphyteutico detur & produat, Doctores admodum variant: quibusdam actionem præscriptis verbis dari putantibus, *Accurs. in l. 1. verb. custodiri. C. de jur. emphyteut. ibique Petr. de Bella Pertica, & Cyn. quæst. 5. & Alberic. num. 8. Johan. Andr. ad Speculat. in tit. de emphyteus. quæst. 171. num. 197. in fine & Oldendorp. class. 5. de act. emphyteut.* nonnullis condictionem ex lege competere contendentibus? *Jason. in d. l. 1. n. 68. C. de jur. emphyteut. & ibidem Sichard. in fin. Wesenbec. in Paratit. ff. si ag. vectigal. id est, emphyteut. pet. num. 2. Ferrar. in tract. de jur. emphyteut. circa princip. Donell. lib 9. Comment. de jur. civ. cap. 14. Treutler. Disput. 29. thes. ult. lit. g. vol. 1. Jacob. de Nigris in l. 1 num. 48. ff. de legat. 1. Valasc. in tract. de jur. emphyteut. quæst. 6. num. 8. Helenan. Disput. 17. propos. 48. & Jul. Clar. lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis. quæst. 47. ubi hanc communem esse opinionem affirmat, ex mente Bartoli in l. unic. num. 7 ff. de condict. ex leg.* Ego vero peculiarem ac propriam inde actionem, videlicet emphyteuticariam, proficisci juri magis consonum esse concludo, *arg. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. ibi, vectigali actione ff. de dam. infect. & l. si, cum venditor. 66. in princ. ibi, actione, quæ de fundo vectigali, &c.*
577 *ff. de evictionib.* Hujusque conclusionis ratio satis dilucida est: quia hic contractus emphyteuticus sua indole & natura, absque ulla nova lege, obligationem & actionem producit. Ideoque ex eo nulla alia actio oriri potest, quam emphyteutica sive emphyteuticaria. Actiones enim, quæ ex nominatorum contractuum vi naturali & propria proveniunt, etiam appellationem ab ipsorum
578 contractuum nomine sortiuntur. Sic actio, quæ ex pignoris contractu nascitur, pigneratitia appellatur, *§ ult. I. quib. modis re contrahit. oblig. & tot. tit. ff. & C. de pignorat. act.* Sic ex deposito sequestrario quæ oritur actio, depositi sequestrarii actio dicitur, *l. si in Asia. 12. §. cum*
579 *sequestre. 2. ff. depositi.* Quare sententia illorum, qui præscriptis verbis actionem ex hoc contractu concedi affirmant, planè erronea est. Hæc quippe præscriptis
580 verbis actio ex contractibus innominatis, qui nimirum certum & speciale nomen non habent, descendit, *l. 1. 2. & 3. ff. de præscriptis verbis.* Innominatus autem contractus ex rei traditione vel facto initium capit & perficitur, *l. 1. §. item emptio. ff. de rer. permutat. & l. natura-* 581
lis. 5. in princ. & §§. seqq ff. de præscript. verb. cum tamen contractus emphyteuticus ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque factum desideret: id quod vel ex eo colligitur, quod olim vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione haberetur, *per hunc §. nostrum, & l. 1. C. de jur. emphyteut. & explicatum supra num. 55. & 62,* quos contractus solo consensu perfici, tralatitium est, *initio tit. I. de oblig. ex consen-*
su, l. 2. in princ. ff. de oblig. & actionibus. Quin & illi, 582
qui condictionem ex lege hic competere autumant, atque hallucinantur: Etenim condictioni ex lege toties est locus, quoties nova aliqua lege obligatio introducta est, nec tamen cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, *d. l. unic. ff. de condict. ex leg.* Atqui obligatio hujus contractûs non est introducta Imperatoris Zenonis nova lege: siquidem & ante ejus constitutionem hic contractus sua natura fuerit efficax ad producendam obligationem & consequenter actionem, *ut patescit ex hoc § nostro, & tot. tit. ff. si ager vectigal. &c.* Rectè ergo statuitur, ex hoc contractu proficisci peculiarem seu propriam actionem, nimirum emphyteuticam; quæ à veteribus Jurisconsultis interdum actio vectigalis, interdum de fundo vectigali dicitur, *d. l. si finita. 15. §. si de vectigalib. 26. de dam. infect. & d. l. si, cum venditor. 66. in princ. ff de evictionib.* Quam sententiam tenent etiam & tuentur *Mynsinger. ad hunc § num. 6. D Bocerus class. 2. Disp. 14. thes. 39 edit. 2 Bronchorst. cent. 1 Miscellan. controvers. assert 43. D. Halbritter in Disp. de jur. emphyteut. de anno 1602. Resp. D Bansovio, thes ult. Hænonius Disp. 16. controvers. 19. sub lit. a. Bachovius in suis not. ad d. disp 29. Treutleri. vol. 1. lit. G. pag. 1142. & ibid. Hunnius quæst. 58 pag. 1863. & d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 13. item Richter d. tract. de contractib disp. 10. thes. 6. pag 324.* Huoque referantur, quæ docui *in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis, quæst. 47.* Hoc loco Dn. Collega Bocerus, *num. 25. pag. 436.* incivilem & rigidum nimis agit Censorem. Licet enim expresse scripserim *supra num. 47. 576. & hoc n. 582.* ex contractu emphyteutico propriam & specialem actionem proficisci, videlicet emphyteuticariam; & ita quoque sentientem ipsummet Bocerum allegaverim: nihilominus tamen sinistrum meis verbis affingere conatur sensum, quasi tradiderim: ex hoc contractu competere illam actionem vectigalem; quæ realis est, & adversus quemlibet rei emphyteuticæ possessorem datur, *l. 1. §. ult. ff. si ager vectigalis, &c.* Itane vero te ipsum prodis, mi Bocere? Itane consuetam tuam calumniandi libidinem detegis? Non dubito equidem: intelligere viros eruditos, sententiam illam, quam mihi adscribere non vereris, meam haud quaquam esse; sed hoc me saltem voluisse: actionem emphyteuticariam, quæ hoc ex contractu oritur, à veteribus Jureconsultis actionem vectigalem dictam esse: sicut & ager vectigalis seu emphyteuticarius dicitur *in rubric. ff.*
si ager. vectigal. vel emphyteut. pet. Verum enimverò ho- 583
die parum utilis disputatio vel controversia ista videtur: cum nomen actionis in libello exprimi non sit necessum: sed sufficiat, factum ita apte narrari, ut sine alia expressione judex colligere possit, quæ actio agenti competat, *per textum manifestum in c. dilecti 6. ext. de judiciis, ibique Abbas Panormitan. Decius & Canonistæ communiter. Jason in l. edita. 3. n. 2. C. de edendo. Bartol Angel, & alii in l. 1. ff. eod. tit. Valascus d. tract. de jur. emphyt. quæst. 6 n. 9. Vacunius à Vacuna lib. 6. novar. declarat. jur. declar. 88. & Gail lib. 1. obs. 61. in princ. & num. ult. qui omnes id copio-*
sius persequuntur. Tandem coronidis loco monendum: 584
quod in causa emphyteutica judex competens sit ille, cujus in territorio res emphyteutica sit sita. Ita communiori calculo concludunt *Ludovic. Duntan. consil. 212. n. 8. Jason in d. l. 1. n. 73 C. de jure emphyt. Mynsinger respons. 78 n. 19 decad. 8. Petrus Frider. in tract. de process. in Cam. Imp. extrah. lib. 1. cap. 11. num. 8. eosque laudans novissime Nicolaus Eggebrecht. in Synopsi juris emphyteut. conclus. 104.*

§. *Item quæritur.* 4.

Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet (verbi gratia) decem aureos: utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta: dubium non est, quin locatio & conductio sit.

SUMMARIA.

1 *Quale exemplum hic proponatur.*
2 *Artifex si constituto precio ex sua materia aliquid fecerit, venditio est: si verò ex materia ejus, qui jussit, conductio.*
3 *Mens & intellectus l. item si, pretio. 22. §. 2. ff. locati.*
4 *Area pars domus maxima.*
5 *Unum idemque negocium diverso jure non censetur.*

DE uno exemplo, quo similitudo emptionis & locationis confirmatur & declaratur, videlicet de emphyteusi, *in §. præcedenti*, ubertim disputatum est: hoc loco affertur alterum exemplum, *sumptum ex l. 2. in fin. ff.*
1 *locati.* in quo dubitatum fuit de negocio quodam, emptione esset, an locatio. In quo negocii genere diligenter distinguendum est: utrum is, qui sibi quid fieri petit, etiam aliquid det, unde id fiat, necne. Nam si etiam quid dederit, locatio erit: si nihil dederit, erit venditio. Nec enim potest esse ulla locatio, ubi corpus ipsum, seu materia non datur ab eo, cui id fieret, *l. Sabinus. 20 ff. de contrah. empt.* Unde cum artifex, constituto precio, quid efficit, siquidem ex sua materia, venditio: sin ex materia ejus quid efficit, qui jussit, conductio contracta intelligitur, *hoc §. nostro d. l. 2 in fin ff. locati & l scrib. 34. ff. de aur. & argent.*
2 *legat.* Sic si conveniat inter me & Titium: ut certum numerum tegularum mihi det certo precio: si quidem ex meo fundo tegulæ fiant, conductio erit: sin ex Titii, erit venditio. Toties enim (*inquit Javolenus*) conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet. Quoties verò & immutatur, & alienatur: emptio magis, quam locatio, intelligi debet, *l convenit. 65. ff. de contrab. empt.*

Cui obstat *l. item si, pretio. 22. §. 2. ff. locati.* ubi, si
3 ita convenerit, ut tu insulam mihi ædifices, & omnem materiam suppedites; non venditio, sed locatio esse dicitur: cum tamen tu artifex non operam tantum, sed materiam etiam præstes. Atque ita licet ibi proprietas rerum à conductore alienetur, & in locatorem transferatur: nihilominus tamen locatio contracta esse pronunciatur, contra regulam jam propositam, qua asseritur, locationem non esse, ubi conductor rem, in qua aliquid fecit, in locatorem transfert. Non obstat, *inquam.* Hoc etenim in casu ma-
4 teria mea fit, non ratione contractus (nam alioquin esset emptio) sed ratione soli sive areæ, quæ domus pars est potissima & maxima, *l qui res 98 § ult ff de solutionib.* Et sic in specie illius legis sciendum est: conductorem non præstitisse ipsum corpus, hoc est, solum, in quo præstabat operas: & domum quidem sua materia ædificasse, sed in solo ipsius locatoris: ut rectè istam legem exaudit *Balduinus, Hotomanus, Bachovius & Heigius hic n. 4. & post alios, quos citat, Menochius in tract. de retinend. possess. remed. 4. n. 16. & seq.*

Porrò rationes Cassii, cur hoc negocium in præsenti
5 §. relatum, partim emptio videatur, partim locatio, sunt faciles. Cur autem contra Cassium venditio tantum negocium istud, quo quis & operam & materiam præstat, existimetur, hæc est ratio: quia perinde hoc est atque si annulum antè confectum ab aurifice quis emat, *notante Wesenbecio hic ad lit. a.* tum quia absurdum est, ut unum idemque negocium diverso jure censeatur, *argument. l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usurpat. & usucapionib. Giphanius hic in verb. Cassius, &c.*

§. *Conductor autem.* 5.

Conductor autem omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit: id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit: ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit: de restituenda ea non tenebitur.

SUMMARIA.

1 *Pacta, in contractu facta, sunt servanda.*
2 *In contractibus bonæ fidei multa ex æquo & bono præstanda veniunt, quæ nominatim expressa non sunt.*
3 *Conductor in solvenda mercede moram faciens, ad usuras tenetur.*
4 *Res commoda alii æquè idoneo viro sic locari potest.*
5 *In locationis contractu quid sit præstandum.*
6 *In quibus contractibus præstetur dolus & culpa.*
7 *Casus fortuitus an & quatenus præstetur: & num. 15.*
8 *Culpa lata in contractibus dolo æquiparatur.*
9 *Interpretatio l. in judicio 28. C. de locato.*
10 *Argumentum à contrario sensu quando procedit.*
11 *Instantia refutatur.*
12 *Custodia non accipi potest pro diligentia.*
13 *Qualis custodia in conductore desideretur.*
14 *Positivus pro superlativo interdum, & contra, ponitur.*
15 *An casus fortuitos in se recipiens, vel eis generaliter renuncians de insolitis etiam sentire intelligatur.*
16 *Vis major quæ dicatur.*
17 *Consideratio l. 1. C. depositi.*
18 *A casu insolito minus damni metuendum, quàm à solito.*
19 *Oratio indefinita æquipollet universali.*
20 *Natura signi vel vocis universalis.*
21 *Vera & genuina sententia l. fistulas. 78. §. frumenta. ff. de contrah. empt.*
22 *Consideratio l Sejo. 10. §. 1. ff. de annuis legat.*
23 *Qualis interpretatio fieri debeat in ultimis voluntatibus.*
24 *Voluntas defunctorum spectanda.*
25 *In claris non opus est conjecturis.*
26 *Paciscentes ultra intentionem non tenentur.*
27 *Genere expresso, censentur quoque singula expressa species.*
28 *Expositio l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad l. Aquil.*
29 *Sententia l si putator. 31. ff. eod.*
30 *Quatenus quæ rarò accidunt, in considerationem veniant.*
31 *An qui periculum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur.*
32 *Periculum omnem omnino casum sub se comprehendit.*
33 *Consideratio l si, ut certo. 5 §. 2. & seqq. ff commodati.*
34 *Summa l. item quæritur. 13. §. 5. ff. locati.*
35 *Generalis protestio quid operetur.*
36 *Intellectus l. litis. 37. §. 1. ff. de negoc. gest.*
37 *Mens l. negocium. 22. C. de negoc. gest.*
38 *Negociorum gestor de omni culpa, etiam levissima, tenetur.*
39 *Explicatio l. quæ fortuitis, 6. C. de pignorat. act.*
40 *In generali promissione quæ veniant.*
41 *Quodnam damnum in se periculum continent.*

DOcet hic Justinianus Imperator: quid in locationis contractu sit præstandum: & ait: servandam esse legem conductionis, hoc est, id præstandum esse, quod convenerit; *l. legem. 16. C. de locato.* adeò quidem, ut etiam casus fortuitus præstetur, si ita inter locatorem & conductorem fuerit conventum, *l. si quis domum,* 1
9. §. Julianus. 2. ff. locati. Pacta siquidem in ipso contractu facta, quæ in jure leges dicuntur, servari oportet, maximè in contractibus bonæ fidei, ut est locatio, *l. si merces. 25. §. conductor. 3. l. ea lege. 51. in princ. l. insulam. 58. §. 1. ff. eod. l. 1. in princ. & l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. ibi, quæ legem contractui dant. ff. de pact. l. 1. §. si convenit. 6. ibi,*

ibi, contractus enim legem ex conventione accipiunt, & l.
Lucius. 24. in fine. ff. depositi. l. venditor. 13. in princ. ff.
communia prædior. tam urbanor. quam rusticor. & l. con-
tractus. 23. ibi, legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur.
Quod si nihil convenerit: sive (ut Imperator hoc loci lo-
quitur) si quid in lege prætermissum fuerit: id, quod æ-
2 quitas postulabit, spectabitur. Commune enim hoc est
omnibus bonæ fidei contractibus, ut in iis multa ex æquo
& bono præstanda veniant, quantumvis lingua nuncupa-
ta sive expressa non sint, §. fin supr. de obligationib. ex cons.
§. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib. l. quia tantundem. 7. ff.
3 de negoc. gest. Unde conductor, si in solvenda mercede
moram fecit: etiam usuras mercedis præstabit, utcun-
que de usuris nihil convenerit, l. 2. l. licet. 8. & l. præses.
17. C. de locato. Quia id bonum & æquum postulat. Sic
si ædibus conductis, ab inquilino damnum sit illatum, etsi
de eo resarciendo in lege conductionis nulla facta fuerit
mentio: tamen, cum factum alienum in alterius damnum
& injuriam redundare non debeat, damnum illatum in-
quilinus refundere tenetur: quia & hoc bona fides sive
bonum & æquum exigit, l. de pupillo. 5. §. si plurium. 15.
in fin ff. de operis novi nunt. l. non debet alteri. 74. ff. de re-
4 gul. jur. Borchoit. hic in fin. Hinc quoque fit, ut res con-
ducta alii æque idoneo & ad eundem usum rursus locari
possit, l. si tibi alienam. 7. l. cum in plures. 60. in princip.
ff. locati. & l. nemo 6. ubi Dd. C. de locato. Heigius in §. no-
stro, num. 1. Jacobus Cancerius part. 1. variar. resol. jur.
cap. 14. n. 2. fol. 161.
5 Præterea indicat Justinianus hic in vers. qui pro usu,
&c in hoc contractu præstari custodiam diligentissimi
patrisfamilias: id est, præstari non tantum dolum, sed
etiam culpam; casum verò fortuitum non item, d. l. con-
tractus. 23. ff de reg. jur. d. l. si quis domum. 9. §. Celsus. 5.
ff. locati. Ratio, cur dolus præstetur, expedita est: quia
hic contractus est bonæ fidei. §. actionum. 28. infra. de
6 actionib. l. cum venderem. 21. ff. locati Cur præstetur
culpa, ratio illa est: quia hic contractus fit utriusque
contrahentium causa. Est autem tralatitium, in iis con-
tractibus, qui utriusque gratia celebrantur, dolum &
culpam præstandam esse, l. si, ut certo. 5. § nunc videndum.
7 2 versic. sed ubi utriusque ff. commodati. De casu fortui-
to cur ille non præstetur, ratio est perspicua: quia is
in nullo bonæ fidei contractu præstatur, nisi aliter conve-
nerit, d. l. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. l si in ven-
ditione. 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. l. videa-
mus. 11. §. 1. l. ex conducto. 15. § si vis tempestatis, & d. l.
si merces. 25. § ubi major. 6. ff. locati. l. licet. 8. & l. excepto.
1. C eod. l. quæ fortuitu. 6. Cod de pignorat. act. & l. 1.
C. depositi Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert.
8 7. Cæterum de culpa quod diximus; culpam latam
(quæ in contractibus appellatione doli venit, eique quasi
involvitur, cum ei proxima sit, l. quod Nerva. 32. ff. depo-
siti. l. magna. 226. ff. de verb. signif.) & levem, non verò
levissimam, intelligimus. Cum enim locatio & condu-
ctio (ut paulo antè monitum) ex eo contractuum gene-
re sit, in quibus utriusque utilitas vertitur: conductorem
de levi culpa, non etiam de culpa levissima teneri, omni-
no dicendum est, d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum 2.
ff. commodati. §. ult. sup. quibus. mod. re contrahit. ob-
lig. Joan. Matiencus in repetit. d. l. contractus. 23. ff. de
reg. jur. num. 205. cum seqq. fol. 173. & seqq. Timæus
... ber. disp. 24. ad Instit. Imperial. thes. 11. lit. b. Dn.
... sold. in delibat. jur. ex lib. 19. ff. quæst. 4. pag. 30. &
... q. Doringus in Bibliotheca Jurisconsultor. tom. 1. in
... rb. actio locati. n. 12. fol. 380. Locamer. quæstionum
... rilic. fascic. 89. quæst. 5.
9 Non obstat huic sententiæ textus in l. in judicio. 28. C.
locato. ubi Impp. Dioclet. & Maxim. ita expressè re-
scripserunt: In judicio tam locati, quam conducti, do-
lum & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest,
venire constat. Quibus verbis cum Impp. nihil nisi casum
fortuitum, quem conductor præstare non debeat, ex-
ceperint: culpam utique levissimam sub regula com-
prehendere voluisse videntur. Non, inquam, textus ille
obstat. Quia in eo Impp. de dolo, & de custodia, &
de casu fortuito tantum consulti, de illis duntaxat re-
sponderunt: de culpa levissima respondere necesse
non habuerunt: quoniam de eo proculdubio interro-
gati non erant. Neque verò existimandum est, in con- 10
stitutionibus à Justiniano in Codicem suum relatis, inclu-
sionem sive positionem unius esse statim exclusionem
alterius. Siquidem jam pridem traditum est, argumentum
à contrario sensu tum demum procedere, si juris dispo-
sitioni, ejusve rationi non sit contrarium, Nicol. Everhard.
in loco legali, à contrario sensu, n 8. & seqq.
Neque movet quicquam, quod regeritur, in hunc 11
locationis contractum venire custodiam, d. l. in judicio.
2. Cod. de locat. Ergo & levissimam culpam. Etenim re-
spondetur: custodiam opponi culpæ levi, non etiam le-
vissimæ; huic autem opponi diligentiam: & à quo di-
ligentia & culpa levissima præstanda est, ab eodem præ-
standam esse, & quidem multò magis custodiam & cul-
pam levem: non vicissim à quo custodia & culpa levis,
ab eodem etiam protinus diligentiam & culpam levissi-
mam. Inest enim diligentiæ etiam custodia, non etiam
custodiæ diligentia. Quibus consequens est: ut si Impp.
in d. l. 28. dixissent, in judicio tam locati, quam con-
ducti, venire dolum & diligentiam; tum rectè inde in-
ferretur, culpam quoque levissimam venire. Quæ si
mens ipsorum fuisset: tam fuisset facile dicere diligen-
tiam, quam dicere custodiam: & sane ita omnino
dicere debuissent, ut omnia illa complexi fuissent: si-
quidem diligentiam dicendo dixissent ut quæ, etsi ver-
bis non expressis, tamen per interpretationem, ipsamque
rei naturam & vocum proprietatem, etiam custodiam.
Custodiam autem velle interpretari diligentiam, Juris- 12
consulti non admittunt. Paul. lib. 2. sentent. tit. 4. §.
servus. in fine. d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff.
commod. l. cum res. 47. §. penult. ff. de leg. 1. l. contractus.
23. ff. de reg. jur. Et ita disertè docet D. Vultejus lib. 1.
disceptat. scholast. cap. 15. & Paulus Berens disp. 11. ad In-
stitut. them. 2. quæst. 3.
Nec resistit quoque hic §. noster. & d. l. si merces. 13
25. §. qui columnam. 7. ff. locati. quibus in locis dispo-
nitur, quòd in conductore talis custodia desideretur,
qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet;
atque ita ob levissimam etiam culpam teneatur. Nam
utrobique superlativus diligentissimus, pro positivo dili-
gens usurpatus est: ut monet hic glossa, Wesenbecius, Bor-
cholt. & Heigius num. 3. & sequitur Petrus Faber in d. l.
contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique D. Bocer. c. 4. num.
97 & seq edit. 2. & in hoc tit. n. 89. pag. 413. Treutl. vol.
1. disp. 29. th. 6. lit. B. & inibi Bachovius in suis not. pag.
1117. Neque hoc absurdum, aut mirum alicui videri 14
debet: cum è contrario positivus pro superlativo non
rarò positus reperiatur, ut in §. item is, cui res aliqua vers.
at is, qui utendum accepit, sup quib. mod. re contrahit. ob-
ligat. & in d. l. si, ut certo. 5. §. custodiam. ff. commodati, &
in l. heredes. 25. §. non tantum. ff. familiæ ercisc. Tam-
etsi aliter alii (quos plerosque dicto loco accuratè satis
refellit Bocerus) istud explicent, Hotomanus, Lirius,
Schneidewin. & Mynsinger. in hoc §. Alciatus in d. l. ma-
gna. 226. ff de verb. signif. Caspar. Caballinus in tractat.
(quem Molinæi quidam putant) de eo, quod interest, pag.
mihi 260. num. 182. Bronchorst. cent. 1. ἐναντιοφανῶν. as-
sert. 74. edit. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7.
part. 2. quæst. 6. Oleman. ad lib. 3. disputat. juris civil.
Giphanii, Disp. 29. n. 19. & Hedemannus disp. 29. pro-
posit. 24. ad lit. b.
Porrò cum ex modò expositis appareat, conductorem 15
de casu fortuito non teneri, nisi eum nominatim in se re-
ceperit: non ineptè quæri poterit: nunquid casus fortui-
tos in se recipiens, vel eis generaliter renuncians, de insoli-
tis etiam sentire intelligatur? Et quamvis negativam ple-
rique acerrimè defendere nitantur, Bartol. in l. sed &
si quis. 4. §. quæsitum. ff. si quis cautionib. in judic. si-
stend. caus. &c. Ripa in tractat. de peste rubr. de pri-
vilegiis contractuum tempore pestis. num 97. Alexand.
cons. 28. n. 10. & cons. 281. vol. 1. & consil. 108. n. 16
vol. 3. Socin. consil. 23. lib. 4. Corne. consil. 282. lib. 4.

Digitized by Google

Decius consil. 7. *n.* 2. *Gail. lib.* 2. *observ. c.* 23. *n.* 18. *Menoch. lib.* 2. *de arbitr. judic. quæst. centur.* 2. *cas.* 80. *Gomez. tom.* 2. *resolut. c.* 2. *n.* 19. *Treutl. disp.* 29. *vol.* 1. *thes.* 6. *lit. b. Forster. Junior. lib.* 3. *disput.* 18. *thes.* 13. *D. Bocer. in hoc tit. n.* 94. *cum seq. pag.* 415. *Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. conclus.* 181. *Hilliger. in Donello enucleato. lib.* 16. *c.* 3. *in notat. ad lit. C. D. Besold. vol.* 4. *consil.* 194. *n.* 61. *fol.* 295. *aliique plures*: ego tamen affirmantium partes sequendas esse judico, *per d. l. si quis domum.* 9. §. *si quis fundum.* 2. *ff. locati* ubi traditur, standum esse pacto, si quis locaverit fundum ea lege: ut, etiamsi quid vi majore accidisset, ei merces præstaretur.

16 Vis autem major intelligitur omnis vis tempestuosæ calamitatis; cui resisti nequit, *d. l. ex conducto.* 15. §. *si vis tempestatis. ff. eod.* Unde saltem in genere, de omni casu fortuito, sive solito, sive insolito, ea pactione cogitatum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi raro contingat, *teste Bald. in d. l. sed & si quis.* 4. §. *quæsitum. ff. si quis cautionibus, &c.* Eodem non parum confert textus

17 generalis *in d. l.* 1. *C. depositi.* ubi Alexander Imp. ita rescripsit: *Si incursu latronum, vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui dolum solum & latam culpam (si non aliud specialiter convenit) præstare debuit, non pertinet. Quod si prætextu latrocinii commissi, vel alterius fortuiti casus, res, quæ in potestate heredis sunt, vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur; tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed &*

18 *in rem vindicatio competit.* Præterea cùm conductor in se, casum solitum & frequenter contingentem recipere ac sustinere voluit: censetur profectò multò magis insolitum & rarissime contingentem casum fortuitu in se recipere voluisse: cùm ab hoc minus ipsi damnum & periculum, quàm ab illo, metuendum sit, atque expectan-

19 dum. Accedit denique, quod oratio indefinita æquipollet universali, *l. quod dicitur.* 4. *ff. de tutel. l. si ita.* 43. *in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat.* 2. *si plures.* 98. *ff. de legat.* 3. Itaque qui casus fortuitos in se recepit, reputa-

20 tur omnes omnino suscepisse, qui evenire possunt. Et minus dubitandum erit, quando adest signum universale: cujus ea natura est, ut omnia includat, *l. à procuratore.* 13. *C. mandati. l. omnes.* 3. *C. sine censu vel reliquis fundum comparari, &c. c. solitæ.* 6. *de majoritate & obedient. c.* 2. *de observ. jejunior. Cravett. consil.* 294. *num.* 1.

21 Nec hanc assertionem perturbat *l. fistulas.* 78. §. *frumenta.* 3. *ff. de contrab. empt.* ex qua dissentientes colligunt: eum, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, de solito, non autem insolito, cogitare censeri. *Nam* verus & genuinus legis istius sensus est: venditorem, qui frumenta in campis existentia vendidit, si emptori promisit, se præstiturum id damnum, quod vis, aut mala tempestas attulisset, ex hac promissione teneri, si nives immoderatæ & contra consuetudinem sævientes, non verò si ordinariæ, mediocres & moderatæ, damnum intulerunt. Quia cùm hyemis tempore ningere soleat: non censetur emptor damnum ex moderata nive ac solita tempestate timuisse, sed ex insolita: nec venditor ex causa cujuscunque damni evenientis obligare se voluisse præsumitur. Quæ res nihil juvat contrariam sententiam; sed nostram potius confirmat: quòd scilicet sub casu fortuito etiam insolitus contineatur: & venditor, qui in se receperat casum fortuitum, insolitum quoque casum in se recepisse intelligatur.

22 Similiter non obstat *l. Sejo amico.* 10. §. *medico.* 1. *ff. de annuis legat.* ubi si legentur medico, quæ vivus testator præstabat, ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Unde dicendum videtur, quòd ille, qui casum fortuitum præstare promisit, eum duntaxat casum promisisse censeatur, qui consuevit frequenter accidere: non qui rarissime contingit. Non, *inquam*, lex illa obstat.

23 Quia in ultimis voluntatibus regulariter fit interpretatio, quo minus heres gravetur, adeoque in dubio illud relictum putatur, quod minus est, & de quo testator verisimiliter senserit, *l. si ita sit adscriptum.* 14. *in fine. & l. cum servus.* 39. §. *scio.* 6. *ff. de legat.* 1. *l. nummis.* 75. *ff. de legat.* 3. Siquidem in testamentis voluntatem de- 24
functorum attendimus & sectamur *l. in conditionibus.* 19. *in princ. ff. de condit. & demonstrat. Novell.* 22. *cap.* 2. Atqui in proposita quæstione verba satis clara sunt 25
& manifesta, ut conjecturis locus non relinquatur, *l. continuus.* 137. §. *cùm ita stipulatus. in fin. & l. eum, qui.* 138. *in fine. ff. de verb. obligat.*

Nihil præterea obsistit, quòd de casu insolito & ra- 26
rissimè contingente non præsumatur cogitasse, qui casum fortuitum in se pactione recepit: paciscentes autem ultra intentionem non teneantur, *arg. l. obligationum.* 3. §. 1. *ff. de obligat. & actionib.* Etenim qui genus promit- 27
tit, & de genere cogitat: censetur utique etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, sensisse, cogitasse & promisisse: cum expresso genere, expressæ quoque censeantur ejus species, *l. si chorus.* 79. *in princ. ff. de legat.* 3. *l. si duo.* 51. *in fine. ff. de administrat. & peric. tutor.* At casum fortuitum insolitum, esse speciem casus fortuiti, exploratum certumque est.

Amplius non obstat *l. qui occidit.* 30. §. *in hac.* 3. *in* 28
fin. ff. ad l. Aquil. ubi Paulus inter cætera ita scribit: *At si omnia, quæ oportuit, observavit: vel subita vis venti longius ignem produxit: caret culpa.* Quibus ex verbis non obscurè colligitur, quòd ad insolitum quis non obstringatur. Non obstat, *inquam.* Illic enim ignem in stipulam suam immittens tenetur de damno, ob culpam dato: at non de casu fortuito. Nam qui ex lege Aquilia convenitur, ex culpa obligatus est, *d.* §. 1. *& l. in lege.* 44. *ff. de tit. cum similib.* Ast in proposito non agitur de obligationibus, ex culpa provenientibus sed de casu, ex facto contingente. Idem respondetur *ad l.* 29
si putator. 31. *ff. eod.* Ibi namque cùm putator divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit; meritò culpa ab eo non exigitur, *ut habetur in fine istius legis.*

Adhæc non refragatur, quòd quæ perraro accidunt, 30
non veniant in considerationem, *l.* 3. *& seqq. ff. de legib.* Hæc etenim regula non obtinet locum, quando de iis casibus, qui raro accidunt, quique insoliti sunt, pactum interpositum est. Tunc siquidem pactioni standum erit. Sic quamvis leges ad ea potius debeant aptari, quæ frequenter & facile, quàm quæ perraro eveniunt, *l. nam ad ea.* 5. *ff. eod. tit.* attamen & de iis, quæ perraro fiunt, leges ferri solent, §. *insula.* 22. *supr. de rer. divis.* Atque ita docent. *Angel. Fulgos. Castrens. & Ludovic. Roman. in d. l. sed & si.* 4. §. *quæsitum. ff. si quis cautionib. &c. Neviz. consil.* 91. *n.* 13. *Gozadin. consil.* 27. *n.* 25. *Pinel. in l.* 2. *C. de rescin. vend. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 29. *cum seq. Fachin. lib.* 1. *controvers. jur. c.* 86. *Bachovius in suis not. ad d. vol.* 1. *Treutleri disp.* 29. *th.* 6. *lit. H. pag.* 1111. *ibidem Hunnius in suis resolut. quæst.* 19. *pag.* 1776. *cum seqq. & Hieronymus Pangelmann. in declaratione præcipuar. quæstion. circa materiam locat. conduct. &c. q.* 7. *n.* 24. *& seqq. aliique per eos laudati.*

In quæstionem vocari & illud solet: utrum qui peri- 31
culum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur? At sanè per susceptionem generalem periculi, aliquem ad casum etiam fortuitum obligari, nec necessum esse casus specialiter enumerari, probabilius est & verius: utut dissentiat, *post plures à se citatos, Joannes Matiencus in d. repetitione. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. num.* 299. *fol.* 187. Primò enim haud 32
incogniti juris est: periculum comprehendere sub se omnem casum, qui cum, vel sine culpa contingit, *l.* 1. *l. in venditione.* 10. *& l. quod si neque.* 14. *ff. de peric. & commod. rei vend. l. & Aristoni.* 39. *ff. mandati.* Genus quippe periculum est: casus verò fortuitus species. Consequens itaque est: ut, qui periculum rei alicujus in se suscepit, etiam de casu fortuito teneatur, *arg. d. l. si chorus.* 79. *in princ. ff. de legat.* 3. Deinde idem eviden- 33
ter confirmatur per textum *in l. si ut certo.* 5. §. *nunc videndum.* 2. *cum duobus.* §§. *seqq. ff. commodati.* ex quo textu colligere promptum est; si de periculo sit conventum, ad recipientem pertinere casus fortuitos.

Præterea

Digitized by Google

34 Præterea eandem sententiam non parum probat *l. item quæritur.* 13. §. *si gemma* 5. *ff. locati.* ubi is, qui gemmam includendam, aut insculpendam acceperit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiæ factum sit, non tenebitur: nisi periculum in se artifex receperit. Tunc enim, etsi vitio materiæ id evenit, erit ex locato actio. Unde apparet, quòd licet artifex non sit in culpa, sed casus accidat ex vitio materiæ tamen artifex propter conventionem teneatur.
35 Denique huc facit trita illa regula, qua dicitur, quod generalis provisio tantum operetur, quoad omnes casus, quantum specialis, sive enumeratio specierum, quoad quosdam, *d. l. si chorus.* 79. *in pr. ff. de legat.* 3. *l. omnes.* 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Cum igitur tantum operetur genus, quantum enumeratio specierum: consequens erit, ut sub periculi susceptione & casus fortuitus, tanquam species sub suo genere, comprehendatur. Idque latius paulo declarat Hunnius *lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 2. *quæst.* 4. *pag.* 1127. *& seqq. item in resolut. ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 29. *quæst.* 18. *p.* 1773. *& seqq.*

36 Non adversatur huic sententiæ *l. litis.* 37. §. 1. *ff. de negoc. gest.* ibi dum Paulus significat, quod etsi quis periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit, subire cogatur: non tamen teneatur, si debitores casu non fiant solvendo: inde colligi posse videtur, quod licet ad periculum quis obligatus sit; non tamen de casu fortuito teneatur. Non, *inquam*, lex illa adversatur. Quia in ea casus fortuitus à periculo (quod alias casum sub se fortuitum, tanquam speciem, complectitur) excipitur: sic, ut negociorum gestor nominum sive debitorum, quæ ipse contraxit, periculum sustineat & præstet, excepto casu fortuito, quo debitores ita fortunis & facultatibus suis lapsi eversique sunt, ut tempore litis contestatæ solvendo non sint. Ex quo perspicitur: si casus fortuitus à lege non fuisset diserte exceptus eum sub periculo, tanquam sub genere, comprehensum fuisse. Quod si igitur negociorum gestor conventione vel pacto in se periculum recepisset, nec expresse casum fortuitum excepisset: certè ad hunc quoque obligatus fuisset. *Hunnius locis modo notatis.*

37 Non etiam adversatur *l. negocium.* 22 *C. de negoc. gest.* ubi ad hoc, ut quis de casu fortuito teneatur, requiritur speciale pactum. Unde consequens esse videtur, generale pactum de periculo non sufficere. Non, *dico*, adversatur. Ideo namque pactum speciale ibi requiritur ad hoc, ut negociorum gestor de casu fortuito teneatur, quia ex natura quasi contractus negociorum gestionis, præstandus non venit casus fortuitus. Proinde Imperatores pactum speciale exigunt: quoniam hoc sufficit, nec opus est, ut generale pactum de periculo præstando
38 interveniat: maxime cum & alias expediti sit juris, quòd de omni culpa, adeoque etiam levissima, negociorum gestor conveniri possit, §. *igitur.* 1. *in fine. inst. de obligat. quæ quasi ex contract. nascunt.* ubi id explicatum est fusius, *n.* 41. *& seqq.* ut idcirco plane supervacuum fuerit generale de periculo præstando pactum interponi.

39 Non insuper adversatur, *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignorat. act.* ex cujus legis verbis apertè constat, quòd generalis conventio super amissione pignoris non sufficiat, sed specialis desideretur. *Illic* enim nequaquam desideratur, ut casus omnes specialiter enumerentur: sed sufficit, ut generaliter super amissione pignoris conveniatur: qua conventione comprehendantur & casus fortuiti, ut est aggressura latronum, & alii, per quos accidit, ut pignus amittatur. Sed & hoc observandum est; quod *in d. l.* 6. proponatur regula, quod in bonæ fidei judiciis casus fortuitus non præstetur: eique subjiciatur exceptio: nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. Hanc proinde exceptionem de casu fortuito concepit Imp. Alexander: quia & regula de casu fortuito concepta erat.

40 Pariter non adversatur, quòd in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus, *l. obligatione generali.* 6. *& l. denique.* 8. *ff. de pignorib. l. penult. in princ. ff. de privileg. creditor. l.* 1. *C. quæ res pignori obligari poss.* adeoque verisimile non sit, ut quispiam ad casus fortuitos, qui varii sunt ac innumeri, absque expressa mentione & conventione se obligare voluerit, aut de iis cogitare potuerit, *arg. l. qui cum tutoribus.* 9. §. 1. *& ult. ff. de transactionib.* Respondetur enim: eo ipso, quòd quis in genere consentit, videtur in genere de omni omnino casu cogitasse, *arg. l. qui jure militari.* 7. *ff. de testamento militis, & consimilium.* Præterea regula illa (quòd in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus) non est generalis: siquidem & in contractibus per generalem casus fortuiti susceptionem veniunt casus, qui sub istis verbis comprehenduntur: ut specialis eorum enumeratio non sit necessaria, *per rationes supra pro sententia nostra allatas.*

Tandem non adversatur, quod veritati consenta- 41
neum non sit: aliquem casum fortuitum, cui resistere non potest, velle subire, nisi clarissimè de obligantis mente constet. Et quia periculum non illud tantum damnum continet, quod ex casu fortuito, sed & quod culpa contingit: susceptione periculi ad exactissimam diligentiam obligabitur. Hoc, *inquam*, non adversatur. Quandoquidem ex eo, quod conductor rei sibi locatæ periculum expressa conventione in se recepit, apertissimè constat, quòd non solum ad omnem culpam: sed ad casum etiam fortuitum præstandum sese obligare voluerit. *Aliis objectiunculis, quæ vulgò contra nostram sententiam adduci solent, satisfacit D. Hunnius locis præallegatis.* Atque huc referenda sunt, quæ annotavimus *ad §. item is.* 2. *num.* 35. *& seqq. supr. quib. mod. re contrab. obligat.* Porrò an & quatenus conductor incendium præstet, *post alios*, explicant abunde Andreas Gail. *lib.* 2. *observat.* 22. Mynsinger. *cent.* 6 *observ.* 88. & Hunnius *d. lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 2. *quæst.* 7. *pag.* 1136. *& seq.*

§. *Mortuo conductore 6. & ultimus.*

Mortuo conductore intra tempora conductionis; heres ejus eodem jure in conductione succedit.

SUMMARIA.

1 *Conductore ante præstitutum tempus defuncto, heres ejus eodem in conductione succedit.*
2 *Casus sive species facti.*
3 *Heres in omne jus defuncti succedit.*
4 *Voluntas hominis morte terminatur.*
5 *Interpretatio l. si domino.* 10 *C. de usufructu.*
6 *Ususfructus finitur morte usufructuarii.*
7 *Quibus casibus locator conductorem, ejusve heredem expellere possit.*
8 *Emptor rei locatæ, & quivis successor singularis locationi, ab alio factæ, stare non cogitur.*
9 *Et eo casu venditor conductori ad interesse tenetur.*
10 *Quando emptor locationi, a locatore factæ, stare necesse habeat.*
11 *An uxor teneatur præcisè stare locationi rerum dotalium per maritum factæ, & contra.*
12 *Successor singularis voluntarius à locatione resilire potest.*
13 *Utrum Studiosus domum conducens, ob necessitatem heredum defuncti locatoris, ante tempus conventum ex ista domo emigrare compellatur.*
14 *Ab expressis verbis legis non recedendum.*
15 *Contractus ex conventione legem accipiunt, pactaque servanda sunt.*
16 *Contractus & pacta ab initio sunt voluntatis, ex post-facto necessitatis.*
17 *Necessitas à fortuna proveniens, justam expellendi conductorem caussam præbet.*
18 *Consideratio Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.*
19 *Studiosi a vectigalibus & similibus oneribus sunt exempti.*
20 *Jure suo utens, neminem lædere non creditur.*
21 *Heredes alicujus officiarii mortui, recepto prius integro salario, ad restitutionem aliquam non tenentur.*

HOc loco subjicit Justinianus: quod, conducto- 1
re ante præstitutum tempus defuncto, heres ejus eodem jure in conductione succedat. Idque non solum in conductione temporali, sed etiam perpetua obtinere, palam

palam est, *l. viam veritatis.* 10. *C. de locat. & conducto. l.*
sed addes. 19. *§. ex conducto.* 8. *& l. si in lege.* 24. *§. ult. ff.*
eod. & l. heredem. 59. *ff. de reg. jur.* Idemque statutum
reperitur jure renovato Würtembergico, *part.* 2. *tit.* 17.
§. von Zeit deß Bestandts, &c. vers. *so dann derjenig.*
2 *fol.* 299. Species sive casus talis constitui potest: Titius
locavit Sempronio habitationem sive fundum per quin-
quennium: anno tertio, siceq; ante tempus locationis fini-
tû, moritur Sempronius conductor. Quæritur: an Sempro-
nii jam mortui heres in habitatione seu fundo conducto
manere, & reliquum tempus complere, atque adeo in
conductione succedere possit? Et meritò respondetur;
posse: quia tali contractu jus quæsitum est defuncto ad
3 quinquennium. Heres autem in omne jus defuncti suc-
cedere solet, *§. sed neque heres.* 10. *juncto §. legatariis, se-
quente. supr. de testament. ordinand. l. hereditas.* 62. *&*
l. qui in jus. 177. *ff. de regul. jur. Matthias Stephani cent.*
3. *sub quæst.* 77. *Dominic. Card. Tusch. tom.* 5. *practic.
conclusion. lit. L. conclus.* 413. *num.* 1. *cum seq. Berlich,
part.* 2. *conclus. practicabil. concl.* 45. *num.* 1. *pag.* 966.
Et hoc quidem verum est: nisi locatio ita facta fuerit,
4 quamdiu voluerit locator. Tum enim, cum voluntas
hominis vitæ suæ finibus, id est, morte terminetur: ist-
hæc locatio ad heredem non transit, sed morte locatoris
tollitur, *l. locatio.* 4. *Digest. locati: Giphanius & Hei-
gius hic num.* 3.
5 Decisioni porrò nostri §. non adversatur, *l. si domina.*
10. *C. de usufructu.* ubi morte ejus, qui conduxit usum-
fructum, extinguitur conductio ususfructus, nec ad he-
redes conductoris transit; quantumvis intra conductio-
nis tempora conductor mortuus sit. *Nam* aliud obtinet
in conductione ususfructus, quam proprietatis. Condu-
ctio proprietatis ad hæredes conductoris transit: condu-
ctio verò ususfructus non transit. Ratio diversitatis hæc
est: quia conductio ususfructus secundum naturam,
quam habet ususfructus, prout est servitus personalis, fa-
6 cta censetur. Quemadmodum enim ususfructus morte
usufructuarii finitur: ita & locatione ususfructus facta,
morte conductoris ususfructus conductus perimitur; li-
cet non sit propriè ususfructus constitutus in persona
conductoris, sed commoditas quædam utendi fruendi;
quæ æquè morte conductoris, ac ususfructus morte fru-
ctuarii extinguitur, *§. finitur, supr. de usufruct. l.* 3. *§.*
ult. ff. quibus mod. ususfruct. amitt. l. corruptionem. 16.
C. de usufruct. Castrens. in d. l. si domina, 10. *Cod. eod.
eumque citans Bronchorst. centur.* 1. *Miscellan. controv.
assert.* 72.
7 Locator igitur heredem conductoris ejicere aut expel-
lere non potest, sicuti nec ipsum conductorem: nisi pro-
priis usibus domum sive rem necessariam esse probave-
rit: vel corrigere & reficere domum maluerit: vel con-
ductor, ejusve heres malè in re locata versatus fuerit, *l. æde.*
3. *ibiq. Bartol. Salicet. Fulgos. & Dd. communit. C. de lo-
cato & conduct. Schneidewin. hic. num.* 9. *Virgil. Pin-
giz. in suis quæst. Saxonic. q.* 10. *Berlich. de conclus.* 45.
n. 7. *p.* 969. *Trentacinq. variar. resolut. lib.* 3. *tit. de lo-
cat. & cond. resol.* 4. *& fusius docuimus ad princip. supr.*
8 *hoc tit. n.* 64. *& seq.* Sanè emptor rei locatæ, aut quisvis
alius successor singularis, præcisè locationi ab alio factæ,
stare non tenetur: sed conductorem expellere poterit, *l.
emptorem.* 9. *ubi Cynus, Bald. Salicet. Gothofred. Albe-
ric. de Rosat. & alii C. de locat. l. qui fundum.* 32. *ff. eo-
dem l. nihil propon.* 120. *§. ult. ibiq. gloss. in verb. colo-
num. ff. de leg.* 1. *l. arbores.* 59. *§.* 1. *ff. de usufr. Covar-
ruvias lib.* 2. *var. resolut. c.* 15. *n.* 1. *Guido Pape decis.*
480. *Petr. August. Morla. in emporio jur. part.* 1. *tit.* 10.
q. 2. *Matth. Stephani d. cent.* 3. *q.* 78. *lit. b. Cancerius*
9 *part.* 1. *var. resol. jur. c.* 14. *n.* 20. *& seqq. fol.* 164. Cæ-
terum venditor sive dominus, qui fundum locatum intra
tempus conductionis vendidit, tenetur conductori ex con-
ducto in id, quod interest. *l. ex conducto.* 15. *§. ubicunque*
7. *l. si. in lege.* 24. *§. colonus.* 4. *l. si merces.* 25. *§.* 1. *l. qui
insulam.* 30. *in princ. l. si fundus.* 33. *ff. locati conducti.
Gomez, tom.* 2. *var. resolut. c.* 3. *n.* 9. *Vincent. Caroc. in
tract. locat. & conduct. part.* 2. *tit. de singulari successore.
num.* 28. *pag.* 146. *Berlich. d. part.* 2. *conclus.* 45. *num.*
10. *Borcholt. hic in fine & Vultejus in princip. hujus tit.
num.* 37. Planè, si venditioni ea lex seu pactio fuerit 10
apposita, ut emptor locationem à venditore factam ser-
varet: tum haud dubiè emptor locationi à locatore factæ
stare tenebitur: & contra fidem pacti faciens, actione
ex vendito convenietur, *dict. l. si merces.* 25. *§.* 1. *ff. lo-
cati. l. empto.* 11. *§. penultim. ff. de actionibus empti
dict. l. emptorem.* 9. *Cod. de locato.* Sed & si fiscus do-
mum vel fundum, quem locaverat, vendiderit: emptor
locationi à fisco factæ stabit, & ex die emptionis merce-
dem capiet: idque favore fisci introductum esse, Pau-
lus ostendit *in l. ultim. ff. de jure fisci. Vultejus præalle-
gato loco, num.* 39. prædictis adde varias decisiones, à
Doctore Marta collectas, *tom.* 3. *digestorum novissimo-
rum. tit. emptor. venditor. cap.* 2. *& seqq. fol.* 156. *item.
tom.* 5. *tit. successor. cap.* 19. *cum seqq. fol.* 178. *&
seq.*
Percommodè hic quæritur de uxore: an ea, post di- 11
vortium, vel mortuo marito, omninò teneatur stare lo-
cationi rerum dotalium per maritum factæ? Et non te-
neri, verisimilius est, *l. si filiofamilias.* 25. *§. ultim. ibi-
que Bartol. Paul. de Cast. & Gothofred. ff. soluto matri-
mon. Campeg. in tractat. de dot. quæstion.* 23. *part.* 2.
*Vincent. Caroc. d. tract. locati & cond. tit. de jure dot.
part.* 1. *num.* 2. *pag.* 42. Quemadmodum ex adverso
nec maritus cogitur stare locationi, per uxorem aut so-
cerum ante dotis constitutionem factæ, *argumento d. l.
emptorem.* 9. *C. de locat. & conducto.* ex qua liquescit, 12
successorem voluntarium & singularem posse à locatione
resilire. Maritum autem voluntarium & singularem suc-
cessorem esse, in confesso est. Ergo is colonum jure ex-
pellere poterit, *tradente Romano in dict. l. si filiofamilias.*
25. *§. ultim. num.* 27. *ff. solut. matrimon.* Cujus tradi-
tionem veriorem, adeoque sequendam esse, existimat
Alexand. *num.* 38. *in l. divortio. (alias est l. fructus.* 7. *§.
divortio) ff. eod. tit.* 1. quem *post alios*, refert & sequitur
Didac. Covarr. *d. lib.* 2. *variar. resolut. cap.* 15. *num.* 5.
ubi hanc rem plenius persequitur. Et eadem de re vide-
antur Augustinus Morla. *dict. part.* 1. *tit.* 10. *quæst.* 2. *n.*
8. *& sequente.* Berlichius, *d. part.* 2. *conclus.* 45 *num.* 13.
& seqq. pag. 971. *cum seqq.* Martinus Bonacina *in tract.
de contractib. & restit. disp.* 3. *q.* 7. *punct. ult. n.* 5. *&* 8.
p. 575. Treutler. *vol.* 1. *disput.* 29. *thes.* 2. *sub. lit. E.*
ibique Bachovius *in suis not. pag.* 1101. *& seq. ut &
Hunnius. quæst.* 5. *pag.* 1735.
Quia porrò inter cætera dictum est *supra num.* 7. loca- 13
torem expellere posse conductorem, si propriis usibus do-
mum necessariam esse edocuerit: hinc utilis & elegans
quæstio effloreſcit: An etiam Studiosus (cui multa & varia
competunt privilegia, *de quibus Dd. in Auth. habita. C.
Ne filius pro patre, &c. & Petrus Rebuffus in tract. de pri-
vilegiis Universitatum, &c.*) in Academia aliqua domum
ad certum tempus conducens, cogatur ante finitum illud
tempus viduæ liberis locatoris defuncti, domo opus
habentibus, jure cedere? Et æquior veriorque videtur
sententia existimantium, quod Studiosus conducens do-
mum ad certum tempus, ob necessitatem viduæ vel he-
redum, ante tempus conventum migrare ex ea teneatur.
Hujusque ratio assertionis conspicua est: quoniam ab 14
expressis legis verbis non est recedendum, *l. non aliter.* 69.
in princ. ff. de leg. 3. *& argument. l. cum non solum.* 8. *§.
ipsum autem filium.* 5. *C. de bonis, quæ liberis, &c. cum si-
milibus.* Atqui *in præallegata l.* 3. *C. de locato.* disertè ac
generaliter expressum est, quòd, licet conductor pensio-
nem in solidum solvens, non possit expelli: hoc tamen
non procedat, si propriis usibus dominus (quod in no-
stro casu evenit) domum necessariam esse probarit. Huc
facit, quod gloss. *in d. l.* 3. *C. eod. super verb. necessari-
am,* astruit, superveniente causa inopinatæ necessitatis
(*ut in præsenti quæstione*) ob quam locator domo opus
habeat conductorem expelli posse.

Hanc decisionem non turbat, quod contractus ex con- 15
ventione legem accipiant, *l.* 1. *§. si convenit.* 6. *ff. deposit. l.
in conventional.* 52. *ff. de verb. obligat. l. contractus.*
23. *& l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de regul. jur.*
& pa-

Digitized by Google

16 & pacta servanda sint, *l. 1. in princ. ff. de pact. & l. 1. in princ. ff. de constitut. pecun.* utpote quæ, quamvis ab initio meri sint arbitrii, ex post tamen facto in necessarias præstationes convertantur, *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 5. C. de obligat. & act. l. non minorem. 20. & l. quamvis. 39. C. de transactionib. c. quod semel placuit. 21. de reg. jur. in 6.* Hæc, *inquam*, omnia prædictam decisionem non turbant: quia tum demum locum habent, quando quis temere & absque justa causa à pacto discedere, fidemque fallere vellet. Hoc etenim ei non liceret. Secus autem in nostro themate, ubi propter necessitatem supervenientem dissolvitur contractus, altero contrahentium invito, *contra*
17 *textum dictæ l. sicut. 5. C. de obligat. & act.* Et licet necessitas illa non exprimatur: attamen satis subintelligitur: quandoquidem à fortuna provenit, & humano consilio prævideri nequit, *l. quæ fortuitis. 6. C. de pignoratit. act.* proindeque justam expellendi conductorem Studiosum causam præbere censetur.

18 Similiter eandem conclusionem non infringit *d. Auth. habita. C. Ne filius pro patre, &c.* ubi disponitur, quòd Scholares ad loca, in quibus literarum exercentur studia, tam ipsi, quàm eorum nuncii venire, & in iis securè habi-
19 tare debeant. *Nam* Fridericus Imperator ibi non de tali habitatione, qualis in nostra versatur specie, loquitur: sed vult potius, ut Studiosi in Academiis secure habitent; id est, à vectigalibus & similibus oneribus, omnique injuria exempti sint: quæ injuria proposito in casu illis non
20 infertur. Heredes quippe suo jure utentes, injuriam facere non creduntur, *l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de injur. l. nullus. 55. & l. nihil. 129. ff. de reg. jur. cap. cum Ecclesia. 31. circa med. ext. de electione, &c.* Et hanc quæstionem latius explicuit Georgius Beatus *in suis Decisionib. quæst. 11. pag. 60 & seqq.* Addatur Joh. Limæus *tom. 3. de jure publ. Imp. Rom. lib. 8. cap. 9. num. 20. ubi ex Pingizero decis. Jenens. 70.* refert: secundùm prædictam sententiam in Scabinatu Jenensi, contra Studiosum quen-
21 dam, fuisse pronunciatum. Illud tandem coronidis vice hic subjiciendum: quòd heredes alicujus Officialis mortui, recepto prius integro salario, non teneantur ad restitutionem aliquam, etiam pro ratâ temporis, quo Officialis non inservivit. Atque hanc communem esse opinionem, testatur Caccialupus *in repetitione l. diem functo. 4. num. 14. & seq. ff. de offic. adsessor.* cumque referens Vincentius Carocius *d. tract. locati & conduct. part. 2. tit. de offic. assessorum. num. 2. pag. 151. ubi plures conclusiones, ab hoc loco non alienas, attingit.*

DE SOCIETATE.

TIT. XXVI.

Principium Tituli.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant: aut unius alicujus negociationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

SUMMARIA.

1 *Societatis definitio, hujusque explicatio.*
2 *Societatem esse contractum, demonstratur.*
3 *Societas cur sit contractus nominatus.*
4 *Cur sit bonæ fidei.*
5 *Omnes contractus, solo consensu constantes, bonæ fidei censentur.*
6 *Intellectus l. societatem. 4. ff. pro socio.*
7 *Et res & operæ in societatem conferuntur.*
8 *Si plures domini habeant res communes non affectione contrahendæ societatis, non dicitur societas.*
9 *Ad substantiam societatis quid requiratur.*
10 *Societatis divisio, in universalem & particularem.*
11 *Universalis societas quæ dicatur.*
12 *Hujus societatis subdivisio.*
13 *An totorum bonorum societas etiam tacitè contrahatur.*
14 *Omnium bonorum societate coitâ, omnes res continuo & ipso jure, sine traditione, communicantur.*
15 *Sententia l. traditionibus. 20. Cod. de pactis.*
16 *Mens & intellectus l. si quis societatem. 74. ff. pro socio.*
17 *Nomina non æquè, ut cæteræ res, in societate universorum bonorum communicantur.*
18 *Creditori invito alius debitor obtrudi non potest.*
19 *Quas actiones socii invicem cedere debeant.*
20 *Directarum actionum natura.*
21 *Quæ res in societatem universorum bonorum veniant.*
22 *Quæ in bonis nostris ... intelligantur.*
23 *Post contractam omnium bonorum societatem acquisita, ad quem transeant.*
24 *An societati sit imputandum, quod socius omnium bonorum filiæ in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad honorem consequendum submiserit.*
25 *Sensus l. si socero pro filia. 81. ff. pro socio.*
26 *Societas universorum, quæ ex quæstu proveniunt, quomodo contrahatur.*
27 *Particularis societas quæ dicatur.*
28 *Ea quoque tacitè contrahitur.*
29 *Cum quibus personis societas iniri possit.*
30 *Num filius, societatem cum capitali inimico patris contrahens, legitimam exheredationis causam incurrat.*
31 *Consideratio l. liberi. 28. § fin. Cod. de inoff. testament.*
32 *Ex iisdem causis filius exheredatus, ex quibus ... ... privatur.*
33 *Vasallus, contrahens societatem cum inimicis domini, feudum amittit.*
34 *Argumentum à liberis sumptum ad vasallos, & contra, quatenus procedat.*
35 *Jura feudorum ad decisionem causarum civilium non extenduntur.*
36 *Societas inter conjuges contrahi potest.*
37 *Quatenus cum Judæis societatem inire liceat.*
38 *Jure ... commercio sui ... negotiationes cum Judæis exercere prohibentur.*
39 *Cum clericis, hæreticis, hostibus, personâ incertâ, societas coiri nequit.*
40 *Socii mei socius, meus socius non est.*

TErtius contractus, qui solo fit consensu, dicitur *societas.* Quæ non malè, meo judicio, definitur contra- 1
ctus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de rebus, vel operis, vel utriusque, communionis habendæ animo conferendis. *Ita ferè definivit Clarissimus D. Collega Bocerus class. 2. disputat. 5. thes. 2. edit. & hic ad rubric. tit. num. 2. pag 437. & Christoph. Philip. Richter. in tract. de contractib. disp. 11. th. 1. pag. 325.* Societatem esse contractum, probatur argumento *l. societates. 5. in principio. ibi, contrahuntur. l. cum duobus. 52. §. idem Papinianus. 8. ibi, voluntarium con-* 2
sortium initum fuerit, l. si id, quod. 58. § si filiusfamiliar. 2. ibi, initium enim his contractibus inspiciendum, & passim. ff. pro socio. l. 1. l. cum in societatis. 3. l. de societate. 6. & l. ult. ibi, in omnibus contractibus aliis Cod. eodem. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pactis. Quin & ea expressè refertur ad contractus à Justiniano Imp. *supra in tit. de obligationib. ex consens.* Sed & ideo societas dicitur contractus: quia sine tractatu habito, hoc est, sine animi motu & consensu ad communionem habendam non constituitur societas, *l. ut sit pro socio. 31. & l. seq. ff. pro socio.* Cæterùm Petrus Nicolaus Mozz. *in tract. de societate. in princ. num. 4. post Azonem in summa Cod. pro socio in princip. Gloss. hic, Angel. & Capicium decis. 174.* item Franciscus Duarenus *in suis Comment. ad tit. ff. & Cod. pro socio. cap. 1.* & alii nonnulli, dum societatem definiunt conventionem, proximum genus non ponunt, sed remotius, *monente Hieronymo Treutlero disput. select. 27. thes. 8. sub lit. A. vol. 1. & Wegnero disp. 12. ad Instit. thes. 6. sub. lit. A.*

Additur in definitione, *juris gentium*, argumento *d. l. juris gentium. 7. in princ. & §. 1. ff. de pact. §. sed jus qui-* 3
dem civile. 2. vers. jus autem gentium, in fine. supr. de jure. nat. gent & civili. Annectitur, *nominatus.* Quoniam elegans & peculiare, sive certum, atque à lege sibi attributum nomen habet, *d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. tit. supr. de obligationib. ex consens & hoc tit. infra.* Subjungitur, *bonæ fidei.* Cùm enim hic societatis con-
tractus solo consensu absolvatur & perficiatur, nec ad 4
sui perfectionem ullius rei traditionem desideret, *d. tit. supr. de obligationib. ex consens. l. 2. in princ. & §. 1. ff.*

Digitized by Google

1. ff. de obligationib. & act. idcirco rectè bonæ fidei esse
5 dicitur. Siquidem de omnibus contractibus, qui solo
consensu constant, in genere Justinianus asserit,
quòd bonæ fidei sint, seu quòd in illis alter alteri oblige-
tur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare
oporteat, d. tit. supr. de obligationib. ex consens. in fine.
Et in specie atque nominatim de societate idem affirmat
Imperator in §. actionum autem. 28. infr. de actionib.
Eoque confert l. ex verò. 3. in fin. ubi Salicet. l. pro socio.
38. in princ. l. rei communis. 45. in fin. l. cum duobus. 52.
§. 1. in proposita. 78. in fin. & l. seq. ff pro socio. item l. 3.
C. eodem. Adjungitur, solo consensu initus. Est quippe
societas (ut modo indicatum) ex eo genere contractuum,
qui solo consensu perficiuntur, d. tit. supr. de obligat. ex
consens. d. l. 2. in princip & §. 1. ff. de oblig. & actionib.
6 Cui non obloquitur Modestinus in l. societatem. 4. ff. pro
socio. dum ait: nos posse coire societatem & re, & verbis,
& per nuncium; adeoque non solo consensu. Nam Ju-
risconsultus illic non negat, quin principaliter nudo solo-
que consensu societas contrahatur. Licèt enim dicat, &
re, verbis, & per nuncium contrahi posse societatem: ni-
hilominus tamen haud obscure fatetur, eandem principa-
liter solo contrahi consensu, qui verbis etiam, vel per
nuncium, vel factis exprimatur atque declaretur, quem-
admodum tradunt Angelus Aretinus & Christophorus
Porcius supr. ad d. tit. de obligat ex consens. Azo in sum-
ma Cod. pro socio. num. 2. Petrus de Ubald. in tract. de
duob. fratrib. in 2. part. pr. eosque referens Mozzius d.
societ in pr. num. 2. & Vultejus hic. num. 5. itemque Ti-
mæus Faber disp. 24. ad Institut. Imperial. th. 12. lit. b.
7 Adjicitur, de rebus, vel operis, vel utrisque conferendis.
Etenim & res & operas in societatem conferri, non dubi-
tatur, §. de illo. 2. infr. hoc tit. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. d. l. so-
cietates. 5. & l. seq. l. si fuerint. 29. in pr. l. ut sit. 31. cum
l. seq & l. duo societatem. 71. ff. pro socio. ubi duo socie-
tatem inierant, ut Grammaticam docerent, &, quod ex
eo artificio quæstus fecissent, commune esset, item l. 1. C.
eod. ubi societatem, uno pecuniam conferente, alio ope-
ram, posse contrahi, diserte rescriptum extat. Vide Alt-
husium lib. 1. Dicæolog. cap. 78. num. 6. & seqq. pag.
270. Apponitur postremò, communionis habendæ ani-
mo, argumento d. l. ut sit. 31. in princ. & l. seq. l. planè.
8 37. & l. si margarita. 44. ff. pro socio. Etsi verò res duo-
rum dominorum, voluntate ipsorum confundi possunt,
eaque confusio totum corpus, quod ex confusione fit, u-
trisque commune efficit, l. adeo quidem. 7. §. voluntas.
ff. de acquir. rer. domin. §. si duorum materia. 27. supr.
de rer. divis. ipsa tamen sola voluntas de rebus confun-
dendis per se non inducit societatem, quamvis res confusæ
communes fiant: sed societas ut sit, necesse est, ut res con-
fundantur, vel conferantur hac affectione & animo, ut
9 sint communes, d. l. ut sit. 31. in princ. & l seq. cum si-
milibus præallegatis, ff. pro socio. Equidem Donellus sta-
tuere videtur, ad substantiam societatis desiderari, ut com-
munio hunc in finem suscipiatur, ut inde lucrum fiat com-
mune, lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 15. pag. 183. n.
40. vers. nonaum satis, &c. Verùm licèt nihil de lucro
communicando in ipso societatis contractu expresse aga-
tur: attamen societatem contrahi vel sola affectione & a-
nimo communionis habendæ, suprà citatæ leges abundè
arguunt. Unde lucri communicatio tantùm de natura
societatis, non de ejus substantia esse intelligitur: sed af-
fectio & animus communis habendæ, de substantia &
forma societatis esse creditur: ut perspicuè docet D. Bocer.
d. class. 2. disp. 5. th. 2. ad lit. E. ed. 2. & hic ad rubr.
num. 7. & seqq. pag. 438.
10 Dividitur societas non ineptè, ratione materiæ vel re-
rum, in universalem seu generalem, & particularem sive
specialem, argumento hujus principii, ibique Giphanius
& Heigius num. 6. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. societates. 5. l.
actione 65. in princip. ff. pro socio, & inibi Wesenbec. in
Paratitl. num. 3. Vult. lib. 1. jurisprud. Roman. c. 37.
num. 10. Althus. lib. 1. dicæolog. c. 78. num. 33. pag.
272. Scheck. in delibat. jur. disput. 19. thes 2. lit. B. A-
rumæus Exercitat. Justin. 15. th. 1. Treutler. volum. 1.
disp. 27. thes. 8. lit. f. & g. Plebst. disput. nov. antiq. 2.
th. 68. Stuckius part. 1. Exercitat. Justinian. decad. 12.
assert. 8. lit. e. & f. Tametsi alii plura, eaque varia &
diversa societatum genera proponant, Petrus de Ubald.
in tract. de duob. fratrib. in princip. Mozzius in tract.
de societate. cap. 2. de divisione societatis. Rittershus. in
hoc principio. Knipschildt. exercitat. Acad. 10. th. 4. cum
seqq. & Justus Mejerus in disp. Pand. lib. 17. tit. 2.
th. 4. Universalis societas (quam Græci κοινωνίαν ap- 11
pellitant, teste hic Justiniano) dicitur, quæ de universa-
rum rerum communione constituta est: hæc aut toto-
rum est bonorum, sive omnium omnino & universarum
fortunarum, d. l. 1. §. 1. d. l. actione. 65. in pr. l. nemo 68.
in pr. l. si societatem universarum. 73. in princ. ff. pro socio. 12
aut verò universorum tantum, quæ ex quæstu, hoc est,
labore & operâ sociorum veniunt l. coiri societatem. 7. &
ll. seqq. ff eod. tit. Sed utrum omnium omnino, vel toto- 13
rum bonorum societas etiam tacite contrahi possit, quæ-
ri solet? Non posse, arbitrantur Paulus de Castro consil.
349. col. fin. lib. 1. Alexand. consil. 76. n. 10. vol. 4. Ro-
land. à Valle consil. 90. n. 28. 29. & 51. volum. 1. Ruin.
consil. 101. lib. 1. col. 1. Menochius consil. 12. n. 10. &
cons. 222. n. 1. Treutler. d. disp. 27. thes. 8. ad lit. F.
volum. 1. Arumæus d. exercitat. Justin. 15. th. 1. ad lit.
B. Plebst. d. disp. 2 thes. 68. ad lit. b. & Henningus We-
gner. disp. ad Institut. 12. thes. 6. ad lit. C. At probabi-
lius est, istam societatem tacitè quoque contrahi posse:
veluti si quidam, citra ullam expressam conventionem,
non solum ex communibus negociationibus, iisque variis,
promiscuis, & differentibus quæstum, sed alias etiam su-
as fortunas non quæstuarias sibi invicem communicent,
per textum satis apertum in l. societatem. 4. ff. pro socio.
Qui textus cùm generalis sit, & de quavis in genere socie-
tate affirmet, quòd vel verbis, sicque expressè, vel re, adeo-
que tacitè contrahi possit; de societate quoque universo-
rum vel totorum bonorum intelligendus erit. Ita senti-
unt Socin consil. 291. in princ. lib. 2. Roman. consil. 168.
in secundo dubio. & consil. 291. col. 2. Dec. consil. 68 col. 4.
vers. ultimò non obstat. Jason consil. 2. col. 11. post med. &
consil. 3. col. 4. circa med. lib. 3. Corn. consil 61. col. 1. lib.
1. & consil. 58. col. 2. lib. 4. Cravett. cons. 61. n. 5. Cephal.
cons 485. n. 2. & seqq. lib. 4 Henning. Gœden. cons. 87. n.
4. in fine. & n. 5. Jacobus Marchisellus in quæstionibus
pract. quæst. 22. Suarez in thesaur. recept. sentent. lit. S.
n. 124. Hunnius disp. ad Instit. 17. controvers. 1. Mu-
dæus & Gothofredus ad d. l. 4. ff. pro socio. Andr. Fachi-
næus lib. 12. controvers. jur. cap. 14. ubi hanc sententiam
communiorem & veriorem pronunciat.

Omnium porrò omnino, vel totorum bonorum socie- 14
tate coitâ, omnes res, quæ contractus tempore coeunti-
um sunt, continuo & ipso jure, sine apprehensione &
traditione, communicantur, earumque dominium in so-
cios hinc inde transfertur, d. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro socio.
Idque utilitatis causa receptum videtur: eo quòd omni-
um rerum, quæ in patrimonio cujusque sunt, traditio dif-
ficilis est, & sine magno incommodo fieri non potest.
Igitur utilitas suasit, ut traditionem & apprehensionem
intervenisse intelligamus, d. l. 2. ff. eod. Duaren. ad eun-
dem tit. cap. 1. circa medium. Connan. lib. 7. Commentar.
juris civil. cap. 13. n. 8. Arumæus d. exercitat. Justin.
15. th. 1. sub. lit. A.

Nec obstat vulgata l. traditionibus. 20. Cod. de 15
pact. ubi dicitur; traditionibus & usucapionibus, non
nudis pactis & conventionibus, dominia rerum trans-
ferri. Nam, omnium bonorum societate initâ, tra-
ditio quidem vera non intervenit: aliud tamen, quod
pro traditione habetur, & per quod rerum dominium
hinc inde utrique socio acquiritur, intercedit. So-
cius etenim, qui omnium fortunarum seu bonorum
societatem mecum contrahit, eo ipso, quo contra-
xit, momento, res suas pro dimidia parte meo no-
mine possidere incipit. Ex qua possessione meo nomi-
ne facta, ipsarum rerum traditio pro parte dimidia fa-
cta, adeoque dominium in me translatum esse reputa-
tur, argum. l. traditio. 20. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.

Is enim

Digitized by Google

Is enim possidere intelligitur, cujus nomine possidetur. *l. quod meo 18. ff. de acquir. vel amittend. possess.*

16 Similiter non adversatur *l. si quis societ. item. 74. ff. pro socio.* ubi dum Paulus respondit: id, quod emit quis, non fieri commune in omnium bonorum societate: inde concludendum videtur, quod non omnes res continuo communicentur. *Etenim* lex ista eo de casu loquitur, quando quis post contractam jam societatem rem aliquam emit: quia tunc res non statim communis fit: sed tamen postea societatis judicio ille rem communicare cogitur, *ut ibi in fine subjicitur, & ibidem Glossa innuit, & tradit Oldendorpius ad Giphanii disputat. 30. ad Institut. n. 6.*

Cæterum quod dictum, continuo communicari res, quæ 17 propriæ sunt cujusq; sociorum; id exaudiendum est de rebus corporalibus, non de nominibus & actionibus. Ea siquidem, quæ sunt in nominibus, seu actiones suo in statu manent: sed actiones invicem præstare & cedere socii debent, *d. l. 3. in princ. ff. pro socio. Duaren. dict. c. 1 post medium.* Ratio, cur nomina non æque, ut cæteræ res, in societate universorum bonorum communicentur, hæc est, quia debitori meo invito non possum facere alium creditorem: 18 sicuti invito creditori alius debitor obtrudi non potest, *argument. l. debitorum 25. Cod. de pactis. l. 2. Cod. de hereditatibus vel actionibus vendita, & docet Vultejus hic num. 13.* Quæ autem actiones præstandæ sive cedendæ 19 sint, directæne, an utiles, ambigitur? Et licet utiles actiones socius creditor non mandarit aut cesserit: suo tamen eas nomine alter socius exercere poterit, *l. emptor. 5. l. postquam. 7. l. ex nominis. 8. Codic. de hæredit. vel act. vend. l. ultim. Cod. quando fiscus vel privatus debitoris, &c. l. ex legato. 18. Cod. de legatis.* At directæ personales actiones sine cessione ab aliis exerceri nequeunt, *l. possessio. 49. in fine. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Idque facit istarum 20 actionum natura: quæ ita cuique constitutæ sunt, ut tribuantur certæ personæ, nec personam egrediantur: utputa actio ex empto datur emptori, ex vendito venditori, nec alii cuiquam præterea. Finge ergo: eum, cui aliquid ex empto aut vendito debeatur, societatem omnium bonorum cum aliquo contraxisse: jus certè non patitur, ut hæc actio fiat socio communis: quoniam socius non est is, qui emit, aut vendidit: sed cessa exerceri potest ab eo, cui cessa est: verum ex persona tantum ejus, qui mandavit, socio procuratore in rem suam constituto, *d. l. ultim. Cod. quando fiscus vel privatus, &c. l. qui stipendia. 9. Cod. de procuratorib. d. l. emptor. 5. Cod. de hereditat. vel actionib. vend. Donell. l. 13 Commentar. de jur. civ. cap. 16. pag. 185. & l. 15. c. 43. p. 537. & seq.* ubi de actionum cessione ex professo tractat. Idem accuratè facit Reinhardus Bachovius *in tract. de actionib. disput. 4. ad thes. 3. p. 123. & seqq.*

Veniunt in hanc universorum bonorum societatem 21 omnes omnino res, non solum ex quæstu & opera sociorum; sed etiam hereditatis, legati, donationis, vel quocunque alio honesto titulo & modo acquisitæ, *l. 3. §. 1. & l. societat. 73 ff. pro socio.* Veluti si quod ob injuriam sibi factam, vel ex lege Aquilia socii acquisierint, *l. cum duobus. 52. §. socium universa. 10. ff. eod.* Ideo autem ad hanc acquisitionem titulum honestum requiri dicimus: quia quæ ex inhonesto titulo, & ex prohibitis causis ad quemque sociorum pervenerunt, puta socii furto, vi, rapina, aliove maleficio: in hanc societatem non conferuntur, *d. l. cum* 22 *duobus 52. §. ibidem ait. 17. & l. seq. ff. pro socio.* Ejusque ratio est perspicua: quia maleficio quæsita non sunt in bonis ejus, qui quæsivit: siquidem ad ea retinenda non habeat exceptionem, adversus dominum, eadem repetentem. Ast illa tantum in bonis nostris habere intelligimur, quæ possidentes exceptione tueri possumus, & ad quæ recuperanda actionem habemus, *l. rem in bonis 52. ff. de obligationibus & actionibus.* Cum ergo ista in bonis non sint; societas autem bonorum sit contracta: ad communionem non pertinent. Si tamen ultrò in medium collocata sint: lucrum commune erit, *l. quod autem. 53. in fine. ff. pro soc.* quamdiu socius ex maleficio suo damnatus non fuerit, *l. quod enim. 54. ff. eod.* Quod si ex prohibitis causis acquisita, sciente altero socio, in commune sint collocata, damnato socio ex maleficio suo in pœnam; hanc quoque pœnam socius alter, propter scientiam rei illicitæ, etiam dissoluta societate, agnoscere tenetur. Æquum enim est: ut, cujus participavit lucrum, ejus participet & damnum, *l. si igitur 55. & l. seq. ff. pro socio.* Sanè ea, quæ 23 post contractam omnium bonorum societatem acquiruntur, non statim ipso jure communicantur, sed ad eum socium, cui obvenerunt, plenè transeunt: ita tamen, ut illa societatis judicio in commune redigere cogatur, *prædict. l. si societ. 73. in princ. ibi, in commun. redigend. & l. seq. ff. ad tit. Ant. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 5. de societ. n. 3. v. ultimo & explicatum supra n. 16.* Ejusque ratio est: quia hoc casu, quo res postea ad alterum ex sociis pervenerunt, nulla nova conventio intervenit, qua alterius socii nomine velle possidere socius intelligatur. Et licet maximè possidere vellet: non tamen socio ignoranti possessio acquireretur. Ea quippe scientibus tantum, & volentibus acquiritur, *l. ea, quæ 33. ff. de acquir. rer. dom.* Hinc si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit, eaque surrepta sit: Mela scripsit, eum solum furti habere actionem, qui pignori accepit: socium non habere, si scilicet res pignorata nondum societati illata sit, *l. si quis uxori, 52. § si ex duobus sociis. 18. ff. de furt. Petr. Costal. in l. socium. 16. ff. de rebus credit. si cert. petatur.* Hujus præterea omnium bonorum societatis tanta vis intelligitur: ut licet unus socius suo nomine pecuniam communem fœneraverit, usurasque perceperit, eas nihilominus partiri teneatur, *l. si unus ex sociis 67. §. 1 & ibi Mudæus & Gothofred. ff. pro socio. Cujac lib 23. observat. cap. 27.*

Sed ut elegans, ita profunda quæstio est: an societati sit 24 imputandum, quod socius omnium bonorum filiæ in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad honorem aliquem, puta gradum Magistri, Licentiati, Doctoris, consequendum subministravit? Et, quamvis permulti incredibiliter varieque dissentiant, *Speculat. in tit. de judic. in 4. part. §. vers. quid si unus ex fratrib. Baldus in l. fin. C. de dot. promiss. & consil. 159. vol. 5. Rom. consil 145 & consi. 413. Alexand. consil. 87. & consil. 154. vol. 2. Alberic. & Fulgosius in l. si socius pro filia 81. ff. pro soc. Paul de Castro cons. 96. & cons. 366. vol. 1. Socin. cons. 46. vol. 5. vers. circa aliam dubitationem, & consil. 192. vers. circa quartam. vol. 2. Jason in Auth. quod loc. colum. 4. C. de collat. & consil. 291. vol 1. Corneus consil. 124. colum fin. vol. 1. & consil. 52. vol. 3. & consil. 58 vol. 4. Crotus in l. si constant. 24 ff. solut. matrim. Nevizan. in sylv. nupt. l. 2, n. 83. Bertrand. consil. 336. col. fin. vol. 3. Paris. consil. 85. n. 18. vol. 1. Beroius consil. 190. vol. 1. Petrus de Ubald. in tract. de duob. fratrib. part. 6. quæst. 9. Donell. ad rubric. tit. Cod. pro socio. n. 18. Hilliger in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 16. ad lit. A. Manentes Costa Maceratens. n. 2. in consilio suo, quod extat apud Nicolaum Mozzium in d. tractat. de societate, sub finem aliique per illum citati.* ego tamen affirmativæ sententiæ, tamquam receptiori & veriori, simpliciter ac indistinctè subscribendum judico, *per textum clarissimum in d. l. si societatem. 73. §. ultim. ff. pro socio* ubi disertè & absque ulla distinctione Ulpianus respondit: ea, quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, societati imputanda esse. Eodem facit textus *in l. ex parte 39. §. filius. 3. ff. familiæ erciscund.* ubi Scævola ita respondit: *Filius Reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri pro suo parte hæreditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent.* Accedit *l. cum duob. 52. §. fin. ff. pro socio.* ubi cum socius omnium bonorum, condemnatus per injuriam judicis, id, in quo damnatus est, ex societate consequi possit: inde colligitur, quo multo magis parens socius illud ipsum, quod in filii studia vel honorem sive in dotem filiæ impendit, consequi debeat. Præterea proprium societatis omnium bonorum est: ut quicquid, quacunque ratione sit acquisitum, communioni acquiratur: & ideo hereditas, & legatum, & quod donatum est, & stipendium, & salarium publicum ad compendium societatis pertinet *d. l. est verò. 3. §. 1. ff. pro soc.* Igitur per contrarium, omne damnum, quod quacunq; ratione uni ex sociis absq; culpa sua contingit, inter eos debet communicari: quia lucri & damni eadem est ratio: & contrariorum eadem est regula. Et iniquissimum est genus societatis, ex qua quis lucrum, non etiam damnum expectat, *l. si non fuerint. 29. §. Aristo. 2. ff. d. tit.*

Digitized by Google

25 Cui non valde contrariatur *l. si socius pro filia.* 81. *vers.*
quæsitum est, &c. ff. pro soc. ubi dos filiæ constituta, propter
pactum seu conventionem, ex communi deducitur : ac
proinde cessante pacto, deducenda non venit. *Nam* ibi nec
de sociis omnium bonorum quæstio proponitur : nec re-
ctè infertur, quia dos ex communi propter pactum dedu-
citur : ideo, pacto cessante, eam non esse deducendam.
Obstaret enim natura societatis omnium bonorum, in
qua expensæ omnes societati imputantur, nisi ob delictum
fiant, *d. l. cum duobus.* 52. *§. ultim. & duab. ll. seqq. ff. eod.*
Atque hanc & legendo & consulendo amplexi sunt senten-
tiam *Angelus in l. ex duobus* 27. *ff. de negoc. gest. & consil.*
60 *Florianus in dict. lib. si socius pro filia.* 81. *ff pro socio.*
Anton. de Butrio consil. 7. *in princ. Hieronymus Zannettinus*
inter consilia Socini 6. *volum.* 4. *Decius concil.* 66. *&* 68.
colum. 2. *consil.* 305. *colum. ultim. & consil.* 548 *& in d.*
auth. quod locum, num 9. *Cod. de collat. Ruinus consil.* 101.
n. 15. *consil* 104. *vol.* 1. *& consil.* 121. *colum.* 1. *volum.*
5. *Riminald. consil.* 194. *n.* 13. *lib.* 1. *Hieronymus Cagnol.*
in l. si emancipati. 9. *num.* 202 *Cod. de collationibus. Nata*
consil. 91. *volum.* 1. *ad fin. Roland. à Valle consil.* 91. *n.*
34. 40. *&* 56. *vol.* 1. *Menochius lib.* 2. *de arbitrar. jud.*
cent. 2. *cas.* 127. *Mantica, de tac & ambig. conven. lib.* 6.
tit. 10. *Richter d. disp.* 11. *thes.* 2. *sub lit. C. pag* 334. *D.*
Collega Bocerus class. 2. *disp.* 5. *thes.* 51. *e lit.* 2. *& ad §. ul-*
tim. infr. hoc tit. num. 7. *pag* 451. *Treutler. d. disputat.*
27. *thes.* 8. *lit. H. volum* 1. *Arumæus dict. exercitat Justin.*
15. *thes.* 2. *Matth. Stephani. cent.* 3. *quæstion.* 86. *lit. A.*
Meier. in disputat. ad lib. 17. *Pandect. tit.* 2. *thes* 11. *num.*
4. *& thes.* 25. *num.* 7. *Schroter. decad* 8 *diatribar. dome-*
sticar. quæstion. 6. *Petrus Sanz. Morquedes in practica quotid*
de divis. bonor. lib. 2. *cap.* 2. *num* 17. *Nigerdaus lib.* 3.
disputat. 7. *thes.* 2. *quæst.* 1. *Schegk in delibat. jur. disput.*
19. *thes.* 4. *Fabius Turretus consil* 7. *lib* 2. *Kuipschildt.*
d. exerc. 10. *quæst.* 7. *pag.* 357. *cum seq Tobias Nonius*
consil. 64. *Fachineus lib.* 8. *controvers. jur. cap* 4. *& lib.*
12. *cap.* 13. *& Baptista de Hieronymis consilio suo, quod est*
in fine tractatus de societ. Mozzii. num. 2 *& seqq.* ubi non
solum assertionis hujus sectatores quam plurimos recen-
set : verum etiam ad contrarias decisiones latè respondet.
Vide tamen Schifordegherum *lib.* 3. *ad Anton. Fabr. tract.*
28. *qu.* 8. *& seqq.* ubi speciosis rationibus contendit : do-
tem in societatem universorum bonorum non esse impu-
tandam. Inspice quoque Acacium Antonium de Ripoll.
variar. jur. resol. cap. 9. *n.* 218. *& seq. fol.* 267.

26 Porrò universorum, quæ ex quæstu proveniunt, so-
cietas contrahitur: si de consortio habendo simpliciter, hoc
est, nulla rerum vel negociationis certæ nominatione facta,
inter duos pluresve conveniat. Cujus societatis hæc vis est:
ut communia fiant universa, quæ ex quæstu & opera cu-
jusque veniunt; hoc est, lucrum omne, quod ex emptio-
ne, venditione, locatione, conductione, & similibus com-
merciis descendit, *l coiri.* 7. *l. quæstus.* 8. *l. sed & si adjiciatur*
13. *pro socio.* Quicquid verò sociis alieno beneficio obve-
nit, veluti hereditas, legatum, ad communionem non per-
tinet, *l. nec adjecit.* 9. *& l. seq. ff. eod.* ut nec æs alienum,
nisi quod ex quæstu pendet, *l. sed nec æs.* 12. *ff. d. t. D. Bo-*
cer. d. disp. 5. *th.* 13. Ista autem societas tacitè constituitur :
si quidam, nullo expresso tractatu habito, omnis generis
quæstus, lucra & damna, ex variis & difformibus negocia-
tionibus, & promiscuis actibus conferant, *arg. l. nam cum*
tract. 32. *ff. pro soc. Mudæus in d. l. coiri.* 7. *n.* 2. *ff. eod. Ale-*
xand. consil. 48. *n.* 4. *& consil.* 103. *n.* 6. *vol.* 3. *Linglois*
decis. Justin. 12. *quæst.* 4. *& seq. fol.* 124. *& seq.* Et hæc
de universali seu generali societate dicta sufficiant.

27 Particularis seu specialis societas est : cum certæ alicujus
rei, vel certæ cujusdam negociationis communio induci-
tur. Certæ rei contrahitur societas : veluti si duo societa-
tem ita coëant : ut, si qua justa hereditas alterutri obve-
nerit, ea communis sit : qualis societas de legitima tantum,
non etiam testamentaria hæreditate intelligi debet, *l.* 3. *§. de*
illo quæritur. 2 *ff. pro soc.* Item si duo, puta Titius & Sempro-
nius, conjuncto dominio, atque ita animo habendæ socie-
tatis emant prædium : idque traditum pro indiviso com-
muniter possideant, *l. Cod. eodem.* Ut & si fratres paren-
tum hereditates ideo indivisas retinuerint : ut emolumen-
tum & damnum in his commune sentirent, *d. l. cum duo-*
bus. 52. *§. Papinianus.* 6. *ff. d. tit.* Certæ cujusdam nego-
ciationis fit societas : velut si duo pluresve contrahant so-
cietatem vectigalium, *l. societates.* 5. *in princip. & l. ve-*
rum est. 63. *§. in hæredem.* 8. *pro socio.* aut argentariæ, *d.*
l. cum duobus. 52. *§. cum duo.* 5. *ff. eod.* aut alterius profes-
sionis; veluti ut Grammaticam doceant, &, quod ex eo
artificio quæstus fecerint, commune sit. *d. l. duo societa-*
tem. 71. *in pr. ff. d. t.* vel si contrahant societatem man-
cipiorum emendorum & vendendorum : vel emendi ven-
dendique vini, olei, frumenti, &c. *per hoc principium no-*
strum. Just. Mejer. in disp. ad lib. 17. *Pandect. tit.* 2. *thes.* 4.
pag 776. Atque hæc particularis societas tacitè quoque 28
contrahitur : si videlicet quidam unius & alterius certæ
negociationis merces, lucra & damna, absque expressa
conventione conferant, *l. societatem.* 4. *ibi. & re. ff. pro*
socio. Mudæus in l. coiri. 7. *num.* 2. *& in l. si fratres. (alias*
est d. l. cum duobus. 52. *§. si fratres.* 6.) *ff. eod. Henning.*
Gøden. consil. 87. *num.* 5. *&* 6. Hac autem societate par-
ticulari constituta, per socium ære alieno consocius non
obligatur : nisi in communem arcam pecuniæ sint versæ,
vel alioquin obligatio, qua extraneo socius tenetur, so-
cietatem respiciat, *d. l. cum duobus.* 52. *§. si quis ex sociis.*
15. *& l. jure societatis.* 82. *ff. pro socio. Roland à Valle præ-*
dicto consil. 91. *num.* 49 *Wesenbec. consil.* 31. *n.* 27. *Eaque*
de re videatur Benvenutus Straccha in tractat. de contract.
mercat. n. 13. *& seqq.*

Cæterum utraque præfata societas contrahi potest, non 29
solùm cum personis liberis : sed etiam cum servis, *l. si ser-*
vus. 18. *& l. si id, quod* 58. *§. ult. ff. pro socio. l. si cum filio*
familias. 9. *ff. de compensationib.* & cum filiisfamilias, *d. l. si*
id, quod 58. *§. si filiusfamilias.* 2. *ff. pro soc. & d. l. si cum*
filiofamilias. 9. *ff. de compensat.* De filio, qui societatem
contrahit cum capitali inimico patris, quæri solet : num 30
propterea legitimam exheredationis causam incurrat? Et,
nisi se inimicitiarum & contumeliæ socium præbeat, non
incurrere, verius est. Tum quia hæc causa non expressa
est *in Novell.* 115. *cap.* 3. Tum quia aliæ honestæ causæ
possunt inducere filium ut sine præjudicio patris societa-
tem contrahat cum inimico patris : qui etiam causam dis-
sentioni dedisse potuit.

Non obstat *l. liberi.* 28. *in fin. Cod. de inoffic. testament.* 31
ubi mater, quæ cum inimicis filii amicitiam contraxit, ob
eam causam exheredari potest. Idem ergo multo magis
dicendum in filio : cum is reverentiam patri debeat eam,
quam pater non æquè filio, *l. parentes.* 6. *ff. de in jus voc.*
l. apud Celsum 4. *§. adversus parentes.* 16. *vers. semper enim*
ff de doli mali & met. except. Nam respondetur, quod aut
d. l. 28. *C. de inof. test.* correcta sit *per d. Nov.* 115. *cap.* 3.
aut eo de casu accipienda, quo mater non tantum dicitur
amicitias copulasse; sed & ita versata, ut inimica potius
filii, quam mater crederetur : *quemadm. in fin. d. l.* 28.
disertè subjicitur.

Sic quoque non obstat, quod ex iisdem causis filius po- 32
test exheredari, ex quibus vasallus feudo privatur, *c.* 1. *§.*
prædictis. Quæ fuit prima causa beneficii amitt. tit. 24. *lib.* 2.
feudor. Atqui vasallus, qui iniit societatem cum inimicis
domini, amittit feudum, *argum. dicti cap. §. porro. ibique* 33
Gloss. communiter approbata, in verb. assalierit. Menoch. l. 5.
præsumpt. 43. *n.* 16. *ubi ad hoc plures allegat.* Hoc, *inquam,*
non obstat. Ut enim argumentum de liberis ad vasallos 34
ductum valet, velut à majore ad minus : ita è converso à
vasallis ad liberos, ut à minore affirmativè ad majus sum-
ptum, vix subsistet : præsertim cum jura feudorum ad de- 35
cisionem causarum civilium, in materiis odiosis & jure li-
mitatis, non extendantur, *Wesenbec. in tractat. feud. cap.*
1. *n.* 7. Atque ita in terminis tradunt *Elias Robertus dispu-*
tat. ad Institut. 17. *thes.* 9. *Matth. Stephani cent.* 3. *quæst.*
84. *Andreas Gerhard. de testament. disput.* 5. *thes.* 35. *&*
Paulus Berens. disputat. ad Institut. 12. *them.* 1. *quæst.* 3.
Hucque pertinent, quæ annotavi *ad §. final. supr. de exher.*
liberor. num. 38. *& seq.*

Præterea cum fœminis; nec non inter virum & uxo- 36
rem contrahi societas potest, *l. alim.* 16. *§. fin. ff. de alim.*
& cibar. leg. l. cum hic status. 32. *§. si inter virum.* 24 *ff. de*
donation. inter vir. & uxor. l. ex diverso 17. *§.* 1. *ff. soluto*
matrimon.

Digitized by Google

matrimon. Menoch.consil. 121.*lib.*2. Et hodie quiquem moribus vulgi societas quædam inter conjuges loco dotis successisse videtur: ita ut maritus lucretur partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel industria acquiruntur uxoris: & uxor capiat partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel operis mariti acquiruntur, *Mejer. d. disp.ad lib.* 17. *Pand. tit.* 2. *th.* 5. *num.* 5. *Hilliger in Donello enucleat. lib.* 13. *c.* 16.
37 *lit. B.* Sed & cum Judæis societatem initi posse, probatur *argumento l. spadonem* 15. §. *iam autem* 6. *ubi Bald. ff. de excusat. tutor. l. Judæi.* 8. & *l. quicunque* 10. *Cod. de judæis*, ex quibus constat, nobis licitum esse conversari cum Judæis. Et ita tenent *Alexand. de Nevo cons.* 96. *n.* 1. *art. declarat. Socin. sen. cons.* 62. *n.* 15. *vol.* 1. *Barbat. cons.* 63. *col.* 1. *vol.* 4. *Decius cons.* 51. *col.* 2. *in princ. Marsil. consil.* 84. *n.* 41. *vol.* 2. & *singul.* 540. *Boerius decis.* 179. *n.*6. *Mozz. d. tract. de societ. colum.* 1. *sive tit. de person. quæ societatem contrahere poss. n.* 21. & *Hector Felicius tract. de societ. cap.* 8. *num.* 22. & 24. Quod tamen hodie tum demum procedit, si coram ordinario Magistratu, cui Christianus subjectus est, contractus celebretur. *Recess. Imper. August. Ann.* 1551. §. *diesem zu begegnen*, &c. *Schegk in delibat. jur. disputat.* 19. *thes.* 9. *ad lit. E. Mejer. d. th.* 5. *num.* 16.
38 *Knipschildt. d. exercitat.* 10. *quæst.* 1. *p.* 3[illegible]1. & *seq.* Enimverò jure Wurtembergico subditi, sub pœna corporali & pecuniaria negociationes cum Judæis exercere prohibentur *Fürstl. Wurtemberg. Lands-Ordnung*, Tit. *Die Juden belangend.* §. *Wir gebieten auch*, &c. *fol.* 63. *in fin.* & *fol.*
39 *seq.* Plane neque cum clericis seu monachis, cum ipsis à lege pontificia negociari interdictum sit, societas coiri potest, *per c. penult.* & *ult. ext. de vita* & *honest. Clericor. Pederic. de Senis cons.* 207. *col.* 2. *Menoch. consil.* 12. *n.* 12. *vol.* 1. *Petr. de Ubald. in tr. de duob. fratrib. part.* 5. *princ.* 48. neque cum hæreticis, hostibus & Saracenis, *per ea, quæ notavit. Innocent. in c. quod super* 8. *de voto. Felinus in c. ego N. Episc. n.* 4. *col. de jurejurand. Boerius d. decis.* 179. *num.* 7. *Petr. Dueñas in fallent. regul. jur. reg.* 191. *fallent.* 1. *D. Bocer. h. n.* 8. *pag.* 442. & *d. class.* 2 *disp.* 5. *thes.* 5. *Felicius d. c.* 8. *n.* 21. & *Mozzius d. loco. num.* 23. neque cum persona incerta: quoniam certæ personæ industria eligitur, §. *solvitur.* 4. *infra hoc tit.* ac proinde neque heres socii socius est, *l. nemo potest.* 35. *dict. l. cum duobus* 52. §. *idem respondit* 9 *l. adeo* 59. *in princip. l. socium.* 60. *in princ. l. verum* 63. §. *ult. l. actione* 65. §. *morte* 9. *ff. pro socio* neque socii adrogator, *dict. l.* 65 §. *societas* 11. neque socii mei socius, meus socius erit, *l. nam socii* 20. & *l. seq. ff. eod. l. Modestinus* 105. *ff. de verbor. significat l. consilii* 47. *in fine ff. de reg. jur.* sed ejus tantum, qui eum admisit, *l. qui admittitur* 19. *pro socio.* Neque enim mihi socius esse potest alius, quam quem mihi volui socium esse. *d. l.* 19. *ff. eodem. Mejer de disputat. ad lib.* 17. *Pandect. tit.* 2. *thes.* 6. *numero* 9. Porrò de personis, quæ societatem contrahere possunt, vel non possunt, copiose disserunt *Mozzius d. tractat. de societ. colum.* 1. & *Mejer. dict. disputat, thes.* 5. & 6.

§. Et quidem. 1. §. De illa sané. 2. & §. Illud. 3.

Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit: æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes: hæ servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia.

§. 2. De illa sané conventione quæsitum est: si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimat, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit) contra sensit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur: ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit: compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse.

§. 3. Illud expeditum est: si in una causa pars fuerit expressa; veluti in solo lucro, vel in solo damno, il altera verò omissa: in eo quoque, quod prætermissum est, eandem partem servari.

SUMMARIA.

1 *De pactis in societatis contractu usitatis.*
2 *Partes lucri & damni, in societate expressa, servari debent.*
3 *Si non expressæ sint; æquales in lucro & damno erunt pro portione Geometrica.*
4 *Altera tantum parte expressa sive definita, definitio casus expressi ad omissum quoque trahenda.*
5 *Contrarium non eadem ratio & proportio.*
6 *Quatenus pactum, quo inæquales lucri & damni partes fiunt, valeat.*
7 *In toto jure generi per speciem derogatur.*
8 *Mens & sententia l. in causa 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minorib.*
9 *Quatenus pacta sint servanda, & legem dent contractui.*
10 *Conjentienti & volenti non fit injuria.*
11 *Societas est quadam fraternitas.*
12 *Opera alicujus sæpe pro pecunia valet.*
13 *Pretium operæ est artis velamentum.*
14 *Hostimentum est compensatio.*
15 *Conventio, qua unus sociorum lucri partem percipit, de damno non tenetur, quatenus subsistat.*
16 *Lucrum non intelligitur, nisi omni damno deducto.*
17 *Bona cujusque intelliguntur, quæ ære alieno deducto supersunt.*
18 *Societas coiri nequit, ut alter sociorum omne lucrum auferat, alter omne damnum solus sustineat.*
19 *Quomodo leo communem prædam cum vulpe diviserit.*
20 *Si unus solam pecuniam, & operæ nihil; alter solam operam, & nihil pecuniæ in societatem conferat: si pecunia casu pereat, ad quem damnum istud spectet.*
21 *Quæque res suo domino perit.*
22 *Consideratio l. cum duobus 52. §. quidam 4. ff. pro socio.*
23 *Consideratio l. si non fuerit 29. §. 1, ff. d. tit.*
24 *Instantia diluitur.*
25 *Alia inchoatta rejicitur.*
26 *An pecunia, quam unus societati intulit, communis fiat, & cum altero sociorum, qui solam operam præstitit, dividi debeat.*
27 *Intellectus l. 1. & 2. ff. pro socio.*
28 *Explicatio l. 1 Cod eodem tit.*
29 *In societate, quantum fieri potest, æqualitas servanda.*
30 *Opera alterius quatenus æquivaleat pecuniæ.*
31 *Boni viri arbitrio quid conveniat, & quando hi sequendum.*

DE pactis in hoc societatis contractu usitatis, sive respectu lucri & damni adhiberi solitis, Justin. Imp. 1
hoc loco agit, & rem totam trimembri distinctione declarat. Nam à contrahentibus vel expressæ sunt certæ partes tam lucri, quam damni: vel nullæ expressæ sunt: 2
vel denique altera expressa est, altera omissa. Si expressæ fuerint certæ partes, hæ servari debent, *ut hic dicit. in* §. 1. *vers. quod si expressæ*, &c. Siquidem nihil æquitati magis congruit, quàm in conventionibus bonæ fidei id custodiri, quod inter contrahentes actum est, *l.* 1. §. *si convenit.* 6. *ff. depositi. l. exempt.* 11. §. 1. *ff. de actionib. empti.* Si 3
nullæ partes lucri vel damni fuerint expressæ, æquales tam in lucro, quam in damno partes inter socios spectantur, *ut hic in* §. 1. *l. si non fuerint.* 19. *in princip. ff. pro socio.*

l. 3. Cod. eodem. Æquas autem five æquales partes intelligere oportet, non proportione Arithmetica, fed Geometrica, prout fcilicet aliquis in focietatem plus minufve contulerit vel operæ, vel induftriæ, vel pecuniæ, *argum. l. fi focietas 6. & l. quid enim 80. ff. pro focio & notat hic Rittershufius num. 1. pag. 487. Hartman. Piftor. quæft. 1. n. 6. l. 3 eumque referens Johan. Jacob. Plebft. difp. nov. antiq. 2. th. 71.* 4 Si verò altera tantum pars, puta lucri, fit expreffa; tunc in omiffa, damni fcilicet, idem erit ftatuendum, quod in expreffa, *§. illud expeditum 3. hoc tit.* cum contrariorum 5 eadem fit ratio ac proportio, *argum. l. ultim. ff. de legat. 3. l. penult. §. fin. ff. qui fatifdare cogant. l. 1. in princ. ff. de his, qui fui vel al. jur. funt.* Cæterum trimembris iftius diftinctionis duæ partes pofteriores nulla difficultate laborant: cum prima, ubi de partibus damni & lucri expreffis agitur, difficillima & intricatiffima cenfeatur. Quæritur enim, nunquid omnis expreffio valeat: & quæ proportio lucri & damni effe debeat? Et fanè tria pactorum genera, five tres conventiones hic adferuntur. Quarum prima hæc eft: fi duo inter fe pacifcantur, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia pars lucri & damni. Hoc pactum five hæc conventio jure valet: nec de eo unquam fuit dubitatum, *fecundum Imperatorem hic in §. 1. verf. nec enim unquam, &c.* 6 fi modò is, cui plus lucri tribuitur, aliquid plus vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei, puta gratiæ, focietati contulerit, *d. l. fi non fuerint 19. in princip. ff. pro focio.* Quare pactum iftud, quo inæquales lucri & damni partes fiunt, aliter non valet: nifi alter ex fociis, qui ex conventione plus emolumenti & damni fentire debet, plus etiam pecuniæ vel operæ collocaverit in focietatem.

7 Nec infringit hanc fententiam, quod generaliter, & indiftinctè hic dicatur: fi duo inter fe pacti fint, ut ad unum duæ partes lucri & damni pertineant, ad alium tertia: pactum illud valere. *Nam* quod uno in loco generaliter dictum eft: id ex aliis locis & legibus diftinctè loquentibus explicandum eft. In toto quippe jure generi per fpeciem derogatur, *l. in toto 80 ff. de reg. jur.* Quod igitur *hic in §. 1.* Juftinianus ait, validam effe conventionem, fi duo inter fe pacti fint, ut ad unum quidem duæ partes lucri & damni fpectent, ad alium tertia: accipiendum eft cum temperamento *dictæ l. fi non fuerint 29. in princ. ff. pro focio.* dummodo is, cujus in favorem hæc pactio fuit interpofita, aliquid plus in focietatem attulerit.

8 Nihil etiam obftat *l. in caufæ cognitione 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib. 25. annis.* ubi in contractu bonæ fidei naturaliter licet contrahentibus fe invicem circumvenire, modo dolus abfit: ac proinde videtur dicendum, quod alter ex fociis pacifci cum altero poffit, ut fibi permittatur majorem lucri partem ex focietate auferre: quamvis hoc pactum cum alterius focii detrimento & circumfcriptione conjunctum fuerit. Nihil, *inquam*, obftat. Lex etenim ifta procedit, quando circumventio non contra fubftantiam eft & naturam contractûs bonæ fidei. Jam verò contra fubftantiam & naturam focietatis eft, magnam in ea conftituere inæqualitatem, *argument. l. verum eft 63. in fine principii, & l. fi unus 67. in fine principii ff. pro focio.* Quod certè contingit, quando aliquis de duabus partibus lucri percipiendi cum focio pacifcitur: & nihil viciffim confert in focietatem, quod alter non contulerit.

9 Nihil item refiftit, quod pactum fervari debeat, *l. 1. in princip. ff. de pact. l. 1. princip. ff. de pecun. conftitut.* & legem formamque det contractui, *l. juris gentium 7. §. quinimo 5. ff. de pact. d. l. 1. §. fi convenit 6 ff. depofit. l. contract. 23 ff. de reg. jur.* Quia illud exaudiendum eft de pacto, quod fubftantiæ & naturæ contractûs non contrariatur. Siquidem & alias pacta, quæ naturæ & fubftantiæ contractûs adverfantur, contractui non infunt: fed aut vitiant contractum, aut ipfa vitiantur, *l. pacta conventa 72. ff. de contrah. empt.*

10 Similiter nihil ad rem pertinet, quod confentienti & volenti focio non fiat injuria, *l. 1. § ufque adeo 5. ff. de injur. c. fcienti 27. de reg. jur. in 6.* Inde namque non fequitur, quod pactio fubfiftat, fi negotio, cui apponitur, perfpicuè repugnet. *Ita notavit Hunnius in fuis refolut. ad difputat. 27. Treutleri, th. 8. vol. 1. pag. 1734.*

Altera conventio, quæ *hic in §. 2.* adfertur, hæc eft: 11 Titius & Sejus focii inter fe pacti funt, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: quæfitum eft, an ejufmodi conventio rata fit? Et quidem Quintus Mutius, *referente hic Juftiniano*, exiftimavit: talem pactionem non effe ratam habendam. Ratio Mutii, conventionem iftam improbantis hæc fuit: quia ea conventio fit contra naturam focietatis. 12 Ratio rationis: quia focietas eft quædam velut fraternitas, *d. l. verum 63. in princip. ff. pro focio.* quæ non patitur, ut alter plus lucri, alter plus damni fentiat: fed flagitat potius, ut æqualitas damni & lucri tanquam inter fratres obfervetur: quoniam focietas cum contrahitur; tam lucri, quam damni communio initur, *d. l. fi unus. 67. in princip. ff. eod.* Præterea ipfa æquitas exigere videtur, ut qui æqualiter in focietatem conferunt pro ratione fortis; etiam in proventu fint pares, *argument. l. qui fcit. 25. ff. de ufur. & fructib.* Servius autem Sulpitius contrà fenfit, præfatamque conventionem fubfiftere ftatuit. Ratio Servii, conventionem illam probantis, hæc fuit: 13 *quia fæpe quorundam ita pretiofa eft opera in focietate: ut eos juftum fit conditione meliore in focietatem admitti:* hoc eft; quia fæpe fieri poteft, ut ex fociis unus duntaxat operâ fuâ focietati profit: ut æquiffimum fit, plus illum lucri percipere, quam alterum otiofum, vel minus induftrium. Quanti enim opera in focietate fit æftimanda, Imperator hic, Servii fententiam confirmans, tali exponit exemplo, quo duo rectè ita coeant focietatem: ut unus pecuniam tantum conferat, alter operam: & tamen lucrum inter eos commune fit: *quia fæpe* (inquit) *opera alicujus pro pecunia valet.* Quo fpectat etiam *l. focietates 5. § 1. ff. pro focio.* ubi Ulpianus ait: quod plerunque pauperior operâ fuppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deeft. Item *l. cum duobus 52. §. utrum ergo 2. verf. fi in coeunda, ff. eod.* ubi idem Jurifconfultus fcribit: quod pretium operæ artis fit velamentum. *De quo videatur Theodorus Marcilius hic in verf. nam & ita &c.* Eoque fenfu Plautus *in Afinaria fcen. 3. act. 1.* dixit: par pari datum hoftimentum eft, opera pro pecunia. Hofti- 14 mentum enim compenfatio eft, *ut exponit Feftus*; eumque referens hic Rittersh. *circa finem, pag. 488.*

Tertia & ultima conventio hic *in §. 2. verf. & adeo &c.* 15 propofita hæc eft: qua unus fociorum lucri partem pecipit, de damno non tenetur. Quæ conventio licet reliquis fit iniquior: quoniam efficit, ut ad unum totum damnum recidat; eam tamen valere palam eft, *dict. l. fi non fuerint 29. §. 1. ff. pro focio.* Enimverò ifthæc conventio, fecundum Imperatorem Juftin. *in d. §. 2. in fin.* ita accipi debet: ut fi in alia re lucrum, in alia damnum illatum fit; compenfatione facta, folum, quod fupereft, intelligatur lucrò effe. Quafi dicat Imperator: quod diximus, conventionem illam valere, qua unus lucri partem fentit, alter totum damnum fuftinet: non ita exaudiendum eft, quafi in eadem focietate fimul quis & damnum & lucrum ferat: fed ut damno & lucro inter fe comparatis, quod exceflerit, in folum remaneat dividendum, five id fit lucrum five damnum. Neque enim lucrum intelligitur, nifi omni damno, five ære alieno deducto: neque contra damnum, nifi omni deducto lucro, *l. Mucius 30. ff. pro focio.* Sicut 16 & bona intelliguntur cujufque, quæ deducto ære alieno fuperfunt, *l. fubfignatum 39. §. 1. ff. de verb. fignificat.* Sed exemplo res fit illuftrior. Pone ergò: duo focietatem contraxerunt; vinariam, & frumentariam. Ex illa damnum eft acceptum centum aureorum: ex hac verò lucrum trecentorum. Hic compenfatio damni & lucri, facit lucrum, quod relinquitur, ducentorum aureorum: qui inter focios ratione pactionis dividendi erunt. Contra fi damnum fit reliquum ducentorum aureorum: id totum unus tantum fuftinebit: adeò, ut fi uterque mille aureos focietati contulerit: alter fuos mille, alter octogintos tantum aureos, cum folus damnum fuftineat, ex pacto fit recepturus. Quod tamen ipfum ex Ulpiani refponfo ita interpretandum videtur: fi modò is, qui nullam fentit partem damni, aliquid plus contulerit focietati; fi non plus pecuniæ, attamen

attamen plus operæ, ut tanti hoc ſit, quanti damnum eſt.
17 Plerumque enim tanta eſt induſtria focii, ut plus ſocietati conferat, quam pecunia: velut ſi ſolus naviget, ſi ſolus peregrinetur, pericula ſubeat ſolus *d. l. ſi non fuerint* 29. § 1. *ff. pro ſocio. Andr. Gail. lib.* 2. *obſervation. c.* 24. *n.* 1. 2. *&* 5. *De qua re vide Hartmann. Piſtoris lib.* 3. *quæſtionum jur. quæſt.* 1. *&* 3. *Julium Pacium cent.* 4. [illegible] *qu.* 96. *& D. Beſoldum in delibat. jur. ex lib.* 17 *ff. quæſt.* 7. *nec non* [illegible] *quæſtionum jur. l. ſ[illegible].* 39. *quæſt.* 6.

18 Præter conventiones modo expoſitas, eſt & alia, puta ut alter [illegible] omne lucrum auferat, alter omne damnum ſolus ſupportet. Quæ conventio, quia iniquiſſima eſt, & ſocietati contraria, non valet: & leonina hæc ſocietas à Cellio Juriſconſulto appellari ſolet *d. l. ſi non fuerint* 29. § [illegible] 2. *ff. pro ſocio.* Nam leo (*ut eſt in pervul-*
19 *gato Æſopi fabulatoris Phrygis Apologo*) [illegible] communem ex venatione prædam cum vulpe dividebat, ut ſibi illam totam, vulpi nihil prorſus concedens, retineret. Dicebat enim: hæc prima pars erit mea; ratione ſocietatis: ſecunda itidem erit mea; quia majorem contuli operam: tertia ſimiliter mea erit; quia te ſum fortior: & denique partem quartam qui acceperit, amicus meus non erit, *Mynſing. hic num.* 7. *Giphan. lib.* 3. *dec.* [illegible] *theſ.* 8. *& ibidem Oleman. in ſuis not. num.* 8. *&* 9. [illegible] (*ſecundum alios*) apologus talis eſt: Leo, aſinus, vulpes ſocietatem coierant, ut quod venatu cepiſſent, in commune divideretur. Prædam ubi erant nacti, Leo aſinum eam diſtribuere in partes, jubet. Hic, ut erat ſtolidus, portiones tres æquales [illegible]. Cujus rei gratia indignatus Leo, quod cæteris æquaretur, aſinum adortus dilaniat. Reſtabat vulpes: hanc de novo prædam partiri voluit. Vulpes totam fermè prædam Leoni attribuit, vix pauxillulum ſibi ſervans. Leo, comprobata diſtributione, quærit: quis jam illam partiendi rationem docuiſſet? Cui vulpes: [illegible], id eſt, aſini calamitas. *Ita ex ſuo deſiderio* [illegible] *refert Gerardus Tuningius hic in* § 2. *in verb.* [illegible] *non tenetur, & Tiraquell. leg. connubial.* 5. *gloſſ.* 1. *part* 5. *num.* 34. Huceque reſpicit elegans Poſthii tetraſtichon, *quod refertur part.* 5. *deliciarum Poëtarum Germanor. illuſtriſſim. pag.* 231.

Felix, alterius quicunque pericula cernens,
Diſcit ab exemplo poſſe cavere ſibi.
Sic aſini fato miſero perterrita vulpes,
Alterius facta eſt docta periculo.

Porrò de his, aliisque conventionibus damni & lucri ſi quæratur, quæ rata ſit, & quæ non ſit, breviter ita definiendum eſt: illas conventiones ratas eſſe & valere, in quibus ad utrumque ſociorum & lucri & damni pars ſecundum proportionem Geometricam perveniat: illas verò non valere, in quibus ad unum lucrum tantum, ad alterum damnum tantum reſpiciat, *per* [illegible] *allegatam l. ſi non fuerint* 29. *ff. pro ſocio. Martin. Bonacina in tract. de contract. & reſt. diſp.* 3. *q.* 6. *punct.* 1. *n.* 1. *&* 2. *p.* 527. *& ſeq. D. Mart. tom.* 3. *digeſt. noviſſim. tit. Soc. c.* 1. *fol.* 302.
20 Cum haud infrequenter accidat, ut unus ſolam pecuniam, & operæ nihil; alter ſolam operam, & nihil pecuniæ in ſocietatem conferat: variè diſputari ſolet, ſi pecunia caſu fortuito interierit: utrum damnum ſolius ſit illius, qui pecuniam contulit, an commune ſit, & pro rata parte ad eum, qui operam præſtitit, ſpectet? Et (rejectis aliorum opinationibus, *Oldradi de Ponte, Richardi Malumbræ, Saliceti, Fulgoſii, Cyni & cæterorum in l.* 1. *Cod. pro ſocio. Socini ſenioris in conſ.* 265. *lib.* 2. *Schneidevvini hic in* §. *de illa.* 2. *num.* 6. *Petri de Vbald. in tract. de duob. fratrib. pag.* 8. *num.* 42. *Treutleri diſp.* 27. *theſ.* 9. *vol.* 1. *& Hunnii ibidem in ſua reſolutione, pag.* 1735. *item lib.* 3. *variar. reſolut. jur. civil. tract.* [illegible] *part.* 3. *quæſt.* 1.) probabilior mihi illorum videtur ſententia, qui ſtatuunt: periculum & damnum ejus ſolius eſſe, qui pecuniam in ſocietatem contulit, ſi modo tanti ſit opera, quantum eſt damnum, *argum. l. ſocietas* 5. §. 1. *& l. ſi non fuerint.* 29. §. 1. *ff. pro ſocio.* Indubitata ſiquidem regula juris eſt; quòd unaquæque res pereat ſuo domino, *l. pignus* 9. *Cod. de pignoratic. actionib.* Atqui pecuniæ dominus eſt is, qui eam contulit. Sociorum enim intentio in propoſito ea cenſetur; non ut
21 pecunia communicetur, ſed tantum ejus uſus & commoditas, *argum.* §. 2. *verſ. nam & ita ibi, & tamen lucrum inter eos commune ſit, hoc tit.* & per conſequens illa meritò ſoli conferenti, tanquam domino, perit. Deinde hoc in caſu permagna orirctur inæqualitas inter ſocios, ſi damnum commune eſſet. Is namque, qui operam adhibuit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operã ac induſtriã perderet: altero, quod partem damni ſuſtineret. Pecuniam verò conferens, eam non totam amitteret, ſed partem duntaxat. Hujuſmodi autem æqualitatem non patitur ſocietatis contractus, *ut patet ex hoc* §. 1. *& d. l. ſi non fuer.* 29 *pro ſocio.*

Non obſtat huic ſententiæ. *l. cum duob.* 52. §. *qui lam ſagariam* 4. *ff. eod.* ubi ſocietas ita erat inita, ut unus pecuniam, alter operam conferret: & is, qui operam contulerat, profectus eſſe proponitur, & in latrones incidit, adeoque pecuniam in ſocietatem collatam perdidit, & damnum commune eſſe dicitur. *Nam* non perperam reſpondetur: legem iſtam eo de caſu loqui, ubi ab utraque parte pecunia contributa eſt: & in eo commune damnum eſſe, non negatur. Quod autem de eo caſu loquatur: ſatis evidenter ex illis verbis relucet: *alter ex his ad merces comparandas profectus, ſuam pecuniam perdidit.* Quod ſi enim pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas profectus eſt, & conſequenter pro ſocio laboravit, ſicque ſimul operam contulit: ſane alterum quoque ſocium pecuniam contuliſſe, omnino veriſimile eſt. 22

Minùs obſtat *d. l. ſi non fuerint* 29. § [illegible] *ff. pro ſocio.* ex qua patet, ſubſiſtere inter ſocios hujuſmodi pactum; ut, qui operam confert, damnum amiſſionis pecuniæ non ſentiat. 23
Unde à contrario colligitur: ſi tale pactum non intercedat, damnum commune eſſe: alias quippe pactum adjectum nihil operaretur. Minus, *inquam*, lex illa obſtat. Quia multa pactis exprimuntur, quæ alioquin ipſo contractu continentur: & ratio pacti duplex videtur: prima, ut de æquitate rei exactius conſtet: altera, ut firmior obligationis ratio extet.

Multò minus obſtat, quod objicitur: ſi noſtro in caſu commune non eſſet damnum, æqualitatem in ſocietate non ſervari: ſiquidem is, qui pecuniam poſuit, nec fructum ex ea perciperet, nec ipſam retineret, adeoque duplici damno afficeretur: alter verò, qui operas collocavit, unicum duntaxat damnum, videlicet amiſſionis operarum, pateretur. *Reſpondetur enim*: non ſolum nullam inæqualitatem, ſed maximam potius æqualitatem noſtro hoc caſu ſubeſſe. Quia quod dicitur, operam conferentem ſentire damnum amiſſionis operarum: id damno, quod alter ſentit ex amiſſione pecuniæ, reſpondet. Quod ſi commune ſit damnum pecuniæ amiſſæ: tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit; & alter totius induſtriæ jacturam facit, & ſimul particeps eſt alterius damni: quod æqualitati planiſſimè repugnat, *arg. l. manifeſtiſſimi* 22. § *ſed cum in ſecundam* 3. *in fine. C. de furtis.* 24

Minimè denique omnium obſtat, quod is, qui operam confert & induſtriam, nihil amiſiſſe videatur, ſi adhuc vivat: cum poſſit alias operari, & ex opera atque induſtria ſua lucrari: ſi verò mortuus ſit, nihil eo nomine heredi debeatur: cum ſocietas morti cauſam non præbuerit. Cum ergo nihil damni ex operarum amiſſione ſentiat: æquum eſſe putatur; ut pro ſua parte jacturam quoque pecuniæ deperditæ ſuſtineat. Minimè, *inquam*, illud obſtat. Etenim negatur, & pernegatur: eum, qui operam induſtriamque contulit, nihil amiſiſſe, licet vivat, & aliàs operari poſſit. Nam quòd fruſtrà laboraverit, nullumque ex vigiliis, aſſiduo labore, & induſtria fructum retulerit: id utique damni ſpecies haud minima cenſetur. Atque ita tenent & defendunt hanc opinionem *Accurſius, Bartol. Angel. Caſtrenſ. Bald. & Sichardus n.* 5. *in d. l.* 1. *C. pro ſocio. Martinus Navarrus in manual. confeſſar. cap.* 17. *de uſura in ſocietat. Didacus. Covarruv. lib.* 3. *variar. reſolut. cap.* 2. *n.* 2. *& ſeq. Gail. lib.* 2. *obſervat. cap.* 24. *num.* 3. *Fachin. lib.* 2. *controverſiar. jur. cap.* 95. *Arumæus exercit. ad Juſtin.* 15. *th.* 3. *Mantica, de tacit. & ambig. convent. lib.* 6. *tit.* 5. *num.* 7. *cum ſeqq. & tit.* 21. *num.* 20. *Althuſ. lib.* 1. *Dicæolog. c.* 28. *num.* 19. *pag.* 270. *Forſter. junior. lib.* 3. *diſp.* 18. *th.* 14. *Henon. diſputat.* 17. *ad Inſtitut. controverſ.* 3. *Paulus Berens diſputat.* 12. *ad Inſtitut. them.* 1. *quæſtion.* 2. *Knipſchildt exercitat. Academ.* 10. *quæſtion.* 5. *pag.* 355.

cum seq. & *Quirinus Kubach. quæstion illustr. Politicojurid. cent 2 decur. 4. quæst. 4.*

26 Controversia admodum & hæc quæstio est: an sors sive pecunia, quam unus societati intulit, communis fiat, & cum altero sociorum, qui solam operam præstitit, finita societate dividi debeat? Et dividi debere, censuerunt *Accurs. Bartol.* & *Alberic. de Rosat. in d. l. 1. C. pro socio, nec non novissime Hunnius d. l. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 3. quæst. 2.* Sed contrarium non sine ratione amplexi sunt *Baldus, Castrens.* & *Sichard. num. 4. in d. l. 1. Cod. eod.* eosque citans *Fachineus d. lib. 2. controv. jur. cap. 94. Gail. d. lib. 2. observ. 24. n. 6. Forster. d. disp. 18. thes. 15. Hackelman. disp. 9. thes. 19. lit. A. Henon. d. disp. 17. controv. 2. Richter. in tract. de contract. lib. disp. 11. thes. 1. sub lit. l. pag. 329. cum seq. Berens d. disp. 12. them. 1. quæst. 1. Kubach. d. cent. 2. decur. 5. q. 2. D. Rumelin Exercit. 15. ad Institut. th. 16. sub lit. C.* & *Andreas Gerhardi decad. 15. quæst. 9.* Etenim pecunia non confertur, ut sit communis sociorum: sed ut ex ea negociatio exerceri possit ad lucrum faciendum, quod deinde commune est, *§. de illa. 2. vers. nam & ita ibi, & tamen lucrum inter eos commune sit, hoc tit.* Ideoque hoc ipsum, quod de lucro cavetur, ut id commune sit, de pecunia aliud cautum intelligitur, ne sit communis. *argument. l. si cum dotem 22. in princip. ff. solut. matrimon.* & *l. commodissime 10. ff. de liber. & posth. heredib. instit.* Et certè quod ex mente contrahentium usus quidem & commoditas, non autem proprietas communicetur, clarescit *ex l. cum duobus 52 §. utrum ergo. 2. v. si in coeunda. ff. pro socio.* ubi unus ex sociis dedit pecus suum pascendum, vel agrum colendum alii, quærendis in commune fructibus: & manent pecus & ager ejus, cujus prius fuerant, neque communicantur. Accedit, quod summa orietur inæqualitas inter socios, si ipsa sors dividenda esset. Si enim forsan (quod facile accidere potest) finitâ societate, sola pecunia collata remaneret: duplici damno ipse conferens afficeretur: primò, quod dimidiam pecuniæ partem amitteret: secundò, quod ociosam pecuniam habuisset. E contrà conferens operas, lucrum captaret, vel ad minimum nullum damnum sentiret: quoniam dimidiam pecuniæ partem consequeretur: quod æquitati contrarium videtur: cum nemo cum alterius damno debeat locupletari, *l. nam hoc naturâ 14 ff. de condict. indeb.* & societas sit jus æqualitatis & fraternitatis, *d. l. verum. 63. in pr. ff. pro socio.* Congruit cum hac sententia jus renovatum Würtembergicum, *part. 2. tit. 6. §. Wann einer sein baar Geld. fol 253.*

27 Nec huic decisioni adversatur *l. 1. & 2. ff pro socio, & §. ult. vers. sufficit enim &c. infr. hoc tit.* ubi omnes res, adeoque etiam pecunia, in societatem collata, continuò communicantur. *Quia* in istis locis agitur de omnium omnino bonorum societate, in qua universa bona hinc inde ipso jure, sine traditione communicantur. Diversum est in societate particulari, sive universorum, quæ ex quæstu proveniunt: ubi omne lucrum, non itidem sors sive pecunia, in societatem deducta (nisi initio in societatis lege aliter conventum sit) communicatur: *id quod latiùs explicatum est supra ad principium hujus tit. n. 26. & seq.*

28 Neque moverit *l. 1. C. eod.* ubi Impp. Diocleт. & Maxim. verbo (*conferente*) utuntur: quod communicationem denotare videtur. *Tum* quia verbum *conferre* ibi non communicare, sed potius collocare, ponere, dare, contribuere, adferre, deducere pecuniam in societatem significat: *Tum* quia pecunia ibidem intelligitur communicata, non quantum ad ejus proprietatem & dominium, sed tantum quoad usum & utilitatem, *arg. d. l. cum duobus 52. §. 2. vers. si in coeunda. ff. pro socio.*

29 Non item refragatur, quod in societate, quantum fieri potest, æqualitas sit servanda, *l. si non fuerint 29. & similibus. ff. d. tit.* At si non divideretur pecunia, societate finitâ: non exigua inæqualitas existeret: siquidem alter industriam & operam, quam contulit, amitteret: alter verò pecuniam, quam posuit, salvam haberet. *Nam respondetur*: nullam hic prorsus esse inæqualitatem. Qui enim industriam operamque posuit, illud habet incommodi, quòd frustrà laboravit, nullumque emolumentum percepit: cum tamen fortassis percepisset, si alibi operam suam locasset. Qui verò pecuniam contulit, illud patitur incommodi, quòd frustrà eam contulit, quodque nihil ex eâ lucratus est: cùm tamen fortasse lucraturus fuisset, si alios in usus eam erogasset, *Fachin. d. lib. 2. c. 94. in fine.*

Nihil insuper resistit, quod opera atque industria alterius comparetur & æquivaleat pecuniæ, & sæpe preciosior sit pecuniâ, ut scribit hic Justinianus *in §. 2. vers. Servius Sulpitius, &c.* Atqui si pecunia hinc inde collocata fuerit; palam est, eam dividendam esse tempore finitæ societatis. Ergo idem quoque faciendum, quando ex una parte pecunia, & ex alterâ opera confertur. *Respondetur* etenim breviter: operam alterius æquivalere tantum isti pecuniæ, quæ provenit, tanquam lucrum, ex capitali sorte, ut ex Sichardo docet Paulus Berens *d. disput. 12. them. 1. q. 1. ad finem.* 30

Porro, si mecum societatem coieris eâ conditione, ut ipse partes societatis constitueres: ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: & conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus: veluti si alter plus operæ, industriæ, pecuniæve in societatem collocaturus sit, *l. si societatem 6. & l. quid enim 80. ff. pro socio.* Similiter si societatem mecum coieris eâ lege, ut Nerva amicus communis partes lucri & damni definiret: Nervæ autem arbitrium ita pravum sit, ut manifesta ejus iniquitas appareat: certe hoc etiam casu arbitrium boni viri sequendum est: proindeque pravum istud arbitrium per bonæ fidei judicium corrigi potest, *l. societatem 76. in l. proposita 78. & duabus ll. seqq. ff. eod.* Quod si verò Nerva vel nolit partes lucri & damni definire, vel antequam eas constituat moriatur; pro nihilo est societas. Licet enim non verbis specialiter & nominatim: re ipsa tamen id actum est, ne aliter societas sit, quam ut Nerva arbitratus sit, *l. si coita 75. ff. pro soc. l. ultim. Cod. de contrah. empt. & vendit. & §. sed nostra decisio, suprà d. tit. l. si merces 25. in princip. ff. locati. l. si quis arbitratu 43. ubi Donell. & l. seq. ff. de verbor. oblig. Dn. Collega Bocer. class. 2. disp. 5. thes. 23. edit. 2. ubi refert dissentientem Cujacium in d. l. 43. ff. de verbor. obligat. & lib. 4. quæst. Pauli. pag. 129. & seqq. in explicatione dictæ l. 76. & 79. ff. pro soc.* Eadem de re videatur Everhardus Bronchorst, *cent. 1. ἐναντιοφανῶν. assert. 85. edit. 1.* 31

§. Manet. 4 §. solvitur. 5. cum tribus seqq.

Manet autem societas eò usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renunciaverit societati: solvitur societas. Sed planè si quis callidè in hoc renunciaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret: cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucrifaciat, quod nón captaverit: ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem adquiritur, soli conceditur.

§. 5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit: morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit.

§. 6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est: finitur societas.

§. 7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est: scilicet si universa bona socii publicentur. Nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

§. 8. Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus, bonis suis cesserit, & ideo propter publica aut

privata

privata debita substantia ejus veneat: solvitur societas: sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

SUMMARIA.

1 *Quibus modis societas, rectè contracta, dissolvatur.*
2 *Renunciatione etiam unius socii, solvitur societas: ejusque ratio.*
3 *Nulla societatis in æternum coitio est: & num. 17.*
4 *Nemo invitus in communione remanere cogitur: & n. 16.*
5 *Communio rixas & discordias excitare solet.*
6 *Nemini libera testamenti factio adimenda.*
7 *Mens & sententia l. 1. ff. pro socio.*
8 *Quæ pacta contractibus bonæ fidei adjecta, rata esse debeant, legemque dent contractui.*
9 *Singularia quædam in contractu societatis & mandati.*
10 *In Societate quid agatur.*
11 *Renunciatio vel est tacita, vel expressa.*
12 *Eatempestivè & citra dolum fieri debet.*
13 *Cessante causa, cessat effectus.*
14 *Renunciatio per procuratorem fieri potest.*
15 *Societas morte alterius ex sociis finitur.*
16 *Nemo potest societatem heredi sic parere, ut ipse heres socius sit.*
17 *Societatem contrahens, certæ hominis fidem eligit.*
18 *Interpretatio l. verum 63. §. in heredem 8. ff. pro socio.*
19 *Consideratio l. actione 65. §. 2. & §. item à cujus 10. ff. eod.*
20 *Quatenus unusquisque tam heredibus suis, quam sibimet ipsi prospicere censeatur.*
21 *Declaratio l. qui negociationem 58. in princ. ff. de administr. & peric. tutor.*
22 *Societas morte unius socii adeo rumpitur, ut licet numero plures supersint, tamen societas non perseveret: ejusque ratio.*
23 *Pacta ratio contractibus adjecta, mutant eorum naturam.*
24 *Societas perimitur finito negocio.*
25 *Item publicatione bonorum unius ex sociis.*
26 *Homines dupliciter moriuntur: naturaliter, & civiliter.*
27 *Extinguitur societas cessione bonorum: hujusque ratio.*
28 *Utrum sola decoctione societas solvatur: an præterea cessio bonorum exigatur, sicque exui bonis decoctorem ante oporteat.*
29 *Consideratio l. 4. §. 1. ff. pro socio.*
30 *Decoctio non proxima, sed remotior egestatis causa.*

1 Dictum est hactenus, quomodo societas rectè contrahatur: nunc explicat Imperator, quibus modis societas rectè contracta rursus dissolvatur. Exponit autem quinque modos, quibus id contingit: puta 1. renunciatione. 2. morte unius ex sociis. 3. fine negotii. 4. publicatione bonorum unius socii. 5. cessione bonorum. De istis quoque modis tractatur *in l. societatem. 4. §. 1. l. verum est*
2 *63. §. ult. & duabus ll. seqq. ff. pro socio.* Primò ergo solvitur societas renuntiatione: id est, dissensu & voluntate contraria, vel omnium sociorum, vel unius tantum, *hoc §. 4. & legibus jam allegatis.* Eodem modo & mandatum tolli, audiemus infrà *ad §. mandatum 11. t. proximo.*
3 Ratio, cur renuntiatione etiam unius solvitur societas, aperta est: tum quia nulla societatis in æternum coitio est,
4 *l. nulla 70. ff. pro socio.* tum quia nemo invitus in communione remanere cogitur, *l. ultim. Cod. communi dividund.*
5 Ratio rationis est: tum quia plerumque communio rixas & discordias excitare solet, *l. cum pater 77. §. dulcissimis.*
6 *20. ff. de leg. 2.* tum ne cui libera testamenti factio adimatur, *l. cum duob. 52. §. idem respondit 9. ff. pro socio.* Adeò autem unius socii dissensu distrahitur societas: ut eo quoque in casu id procedat, quo nominatim inter socios convenit, ut perpetuò societas duraret, *argum. d. l. nulla 70. ff. eod.* ubi Paulus perspicuè ostendit: nullam societatem hac lege coiri posse, ut in æternum sive perpetuò duret.
7 Nec repugnat *l. 1. ff. eod.* ubi idem Jurisconsultus disertè affirmat: societatem in perpetuum contrahi posse. Nam *in hac l. 1.* societas in perpetuum contrahi posse dicitur, quòd à contrahentibus eâ mente & animo ineatur, ut perpetuò, id est, dum vivunt, in societate manendi propositum habeant. At verò *in d. l. nulla 70.* non ideò dicitur perpetua sive æterna esse societas: quod alter alterum ex sociis ad perpetuam societatem adstringere cogitet: sed quòd utriusque propositum ad perpetuam æternamque societatem, cui renunciare nullo modo liceat, expresse sit destinatum. *Vide Bachovium hic num. 2. pag. 816. & seq. itemque Locamerum quæstion. juridic. fascic. 39. quæst. 9.*
8 Nec item illud resistit, quòd pacta in contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, firma & rata esse debeant, atque legem dent contractui, *argum. l. exempto 11. ff. de act. empti. & l. contractus 23. ff. de reg. jur.* Illa enim regula de pactis jure validis, quæque substantiæ & naturæ contractûs, cui apponuntur, non adversantur, accipienda est, *l. non dubium 5. C. de legib.* Atque ejusmodi pactum, quod alterum ex sociis ad perpetuam societatem obstringit, jure non subsistit, *per d. l. nulla 70. ff. pro socio, & d. l. ult. C. commun. dividund.* Præterea bonis moribus & naturæ societatis pactum illud refragatur: quia ansam præbet litium & discordiarum. Nihil etenim frequentius propemodum accidit, quam ut rixæ & inimicitiæ inter eos oboriantur, quorum alter alterum invitum in societate permanere cupit, *arg. d. l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2.* Invitus igitur in societate perseverare nemo cogitur. Atque ita in hoc contractu societatis, & in contractu mandati, *de quo in §. rectè quoque 9. infrà tit. seq.* illud est singulare: ut hi duo contractus licet jam utriusque contrahentium consensu perfecti; rescindi tamen & revocari alterius tantum voluntate possint, contra naturam aliorum 9
contractuum, *l. sicut 5. Cod. de obl. & act.* Sic & illud in utroque contractu singulare est: quod alterius contrahentium morte dissolvatur: quod idem non contingit in reliquis contractibus, qui etiam ad heredes transmittuntur *§. fin. supr. tit. proximè præcedente.* Ratio singularis juris nulla esse videtur alia, quam quod in utroque contractu personarum ratio habeatur: in aliis contractibus non item. *§. solvitur. 5. hoc tit. l. mandatum 57. in fine ff. mandati.* Ad- 10
de, quòd in societate hoc agitur: ut unus sociorum alterius socii, cum quo contraxit, beneficio afficiatur: & simul ut ex unius socii industria, opera, & facultatibus reliqui utilitatem accipiant, & beneficium. Aut igitur is, qui societati renunciat, beneficium sociis suis confert, aut accipit. Illo casu dubium non est, quin socius licitè renunciare possit: cùm ab æquitate nequaquam sit alienum, unumquemque nostro tamdiu uti beneficio, quamdiu voluerimus: hoc verò casu, quo renunciat ille, qui beneficium ex societate sentit, idcirco rectè renunciare censetur: quia omnes licentiam habent renunciandi his, quæ in sui favorem & commodum introducta sunt, *l. penult. C. de Pactis.* Porrò renunciatio vel est tacita; vel expressa. Hæc 11
fit verbis: illa fit re ipsa, si nimirum socii separatim agere cœperint, & unusquisque eorum privatim sibi negocietur, *l. itaq. 64. ff. pro socio.* Quod autem dicitur, renun- 12
ciatione societatem tolli: id obtinet, si tempestivè & citra dolum renunciatio fiat. Si quis enim callide & dolo malo societati renunciet, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat: à se quidem liberat socios suos: sed non vice versa, se ab illis liberat, *l. actione 65. §. diximus 3. ff. eod.* Lucrum enim, quod captavit, si acquisierit, communicare actione pro socio cogitur: damnum verò, quod præter spem fortè, vel expectationem emergit, eum solum respicit, qui dolo malo societati renunciavit, *d. l. 65. §. 3. ff. d. tit.* Quod si tamen post renunciationem aliquid industria 13
sua renunciator acquisierit, id communicare non tenetur: quia nullus in eo dolus argui potest: & sic cessante causa, cessat etiam effectus, *hoc §. 4. vers. si quid vero &c. d. l. act. 65. §. diximus 3. & aliquot. seqq. ff. eod.* Cæterum quæcunque commoda ei, cui renunciatum est, post renunciationem societatis acquisita fuerint, ea sibi soli habebit, *ut hic in vers. ei vero, &c.* Planè renunciationem etiam per pro- 14
curatorem, tam speciale mandatum habentem, quam omnium bonorum, & procuratori fieri posse, certum est, *d. l. actione 65. §. renunc. 7. & §. seq. ff. eod.* Quin & curator furiosi (qui scilicet post contractam societatem furere cœpit) renunciationem ejus nomine tam facere, quam accipere potest, *per textum expressum in l. ult. C. pro socio.*

Secundò finitur societas morte unius socii, *§. solvit. 5.* 15
hoc tit. d. l. societatem 4. §. 1. l. socium 60. in fine princ. d. l. verum 63. §. ult. & d. l. actione. 65. §. morte 9. ff. pro soc. Idque usque adeò verum est, ut ne quidem ab initio pacisci liceat, ut heres in societate succedat, *arg. l. si convenerit. 14. ibi, ne societ. abeatur, & l. adeo 59. ff. d. tit.* Hujusque 16
multiplex affertur ratio: Tum quia nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit, *l. nemo 35. ff.* Tum quia nemo invitus cogitur in societate detineri, *d. l.*

17 *dtio. Cod. commun. divid.* Tum etiam quia qui societatem contrahit, certi hominis fidem, diligentiam, solertiam, mores, & industriam eligit, *d. §. solvitur.* 5. *hoc tit.* Tum postremò quia nulla societas in æternum (ut videlicet societas ultra vitam contrahentium sociorum extendatur) coitio est, *d. l. nulla 70. ff. pro socio. Bronch. cent.* 1. ἐναντιοφανῶν. *assert.* 84. *ed.* 1. *Henning Gœden. consf.* 86. *de societat. n.* 2. *Tiber. Decian. resp.* 22. *vol.* 3. *Cujac. lib.* 10. *observ. c.* 25. & *in Commentar in lib.* 32. *Pauli ad edict. p.* 122 & *seq. Matthias Stephani cent.* 3. *q.* 85. *ad lit. B. Timæus Faber disp. anniversf.* 24. *ad Instit. Imperial. th.* 13. *lit b. Rober. disp.* 17 *ad instit. th.* 11. *Paul. Berens disp.* 12. *ad Inst. them.* 1. *q.* 4. *Hunn. lib.* 3 *var resol jur. civ tr* 7. *qu.* 4. *Marchisellus in quæst. pract. q* 22. *n.* 12. *Arumæus exercit. Justin.* 15. *th.* 4. *Schickhard. disp.* 15. *th.* 1. *resolut. quæst.* 1. *Hackelman. disp.* 9. *th.* 19. *ad lit. D. Kniphschildt exerc. Acad.* 10. *q.* 3. *pag.* 354. *Forster. in tract. de pact. cap.* 6. *p.* 194. *cum seq.* & *part.* 1. *disp* 18. *th.* 16. *ubi contradicentem citat. Hotoman. in Comment. pro socio. pag* 220. & *Jacobum Thoming decis.* 3.

18 Non evertit hanc sententiam *d. l. verum.* 63. *§. in heredem* 8 *ff. pro socio.* ubi dicitur, quod heres socius non sit, *nisi fuerit adscitus*: unde sequi videtur, quod ex pacto heres in societatem succedat. *Nam* vulgò respondetur: hoc in publica vectigalium exercendorum societate; non itidem in privata, specialiter receptum esse: tum propter negocii magnitudinem, variosque tractatus: tum ne, dissolutâ societate, publica locatio damnum faciat: *Bronchorst. Arumæus,* & *Berens dictis locis. Wesenbec. in Paratitl. ff. pro socio num.* 11. Deinde, quia textus *d. l. §. in heredem.* 8. expressè de societatibus vectigalium, *cæterorumq;* loquitur, aliter responderi posse videtur: nimirum hæc verba, *nisi fuerit adscitus*, hoc sibi velle: quod nisi assumptus fuerit à sociis in societatem heres, atque cum ipso de novo inita fuerit societas, non possit esse socius. Atque hanc interpretationem, uti verissimam, comprobat D. Hunnius *d. quæst.* 4. *vers. non objiat præterea,* &c.

19 Non etiam turbat assertionem nostram *d. l. actione.* 65. *§. si in rem.* 2. & *§ item si alicujus.* 10 *ff. pro socio.* ubi lucrum, post socii mortem ex negatione perceptum, cum herede ejus communicatur: adeoque societas ad heredem socii transit. *Respondetur enim*: diversa esse, societatis contractum in heredem socii transire, & actionem pro socio in heredem socii dari. Societas quidem finitur morte socii: sed tamen actio pro socio non finitur. Unde tenetur socius quæsita post mortem socii cum ejus herede communicare; si modò, rebus adhuc omnibus integris manentibus, ignoravit, illum mortuum esse: secus, si scivit, *d. l. verum* 63 *§. in heredem* 8. & *d. l. actione* 65. *§. item si alicujus* 10. *ff. eod.* Sed & quoad negocia, quæ incepta & inchoata sunt geri, manet societas inter superstitem socium, & heredem socii: ut scilicet lucrum & damnum, quod ex ante gesto dependet, cum herede in commune conferatur, *l. heres* 40. & *d. l* 65. *§. morte* 9. *in fine. ff. eod. tit.*

20 Sic quoque non frangit conclusionem nostram *l. tale pactum* 40. *§. fin. ff. de pact.* & *l. si pact.* 9. *in fin. ff. de probat.* ubi scribitur: unumquemque tam heredibus suis, quàm sibimetipsi cavere & consulere censeri. *l. l namque* locum habet & procedit, nisi contractuum natura pactionem istam aversetur; quod in proposito themate fieri, ex rationibus suprà *n.* 16. & *seq.* allatis constat. *Arum. d. exercit.* 15. *th.* 4. *circa finem.* Illudque accuratius explicat Timæus Faber *d. disputat.* 24. *ad Institut. thes.* 13. *sub lit. b.*

21 Adhæc minimè decisionem nostram enervat *l. qui negociationem.* 58. *in princip. ff. de administrat.* & *peric tutor.* ubi Scævola asserere videtur: testatorem libertis suis, Pamphilo & Diphilo, mandasse; ut societatem à se inchoatam eodem modo exerceant, quo se vivo exercebatur. *Etenim dupliciter respondetur*: & primò quidem, quod illic defuncto nulla cum Pamphilo & Diphilo, libertis suis, societas fuerit: siquidem verba textûs satis dilucidè ostendunt, quod defunctus testator suam negociationem per Pamphilum & Diphilum, libertos suos, exercuerit. Olim quippe Romani negociationes per servos & libertos suos exercere consueverunt, *argum. l. si hoc facto. ff. pro socio.* & *l. libertus* 45. *ff. de operis libertor.* Deinde respondetur: etsi heres non sit socius, nec societas contractus ad heredes devolvatur: tamen inchoata a defuncto negocia per heredem explicari & perfici debere, *d. l heres* 40. *ff. pro soc.* Unde (*ut* & *ante monuimus*) diversissima sunt societatem ad heredem transire: & heredem teneri negocia, per defunctum inchoata, perficere. De illo nostra instituta est disputatio: de hoc verò accipi poterit *opposita l. qui negociationem.* 58. *ff. de administr.* & *peric. tutor. Hunn. d. quæst.* 4. *in fine.*

In tantum præterea societas morte unius socii rumpitur: 22 ut licet numero plures supersint: tamen societas inter superstites non perseveret: nisi in coeunda societate aliter convenerit, *d. §. solvitur.* 5. *in fine hoc tit.* Cujus rei hæc assignari potest ratio: quia plurium societas, si unus vel morte, vel renunciatione, vel alio solvendæ societatis modo deficiat, in suo utique statu integra non manet: quippe quæ non cum aliquibus tantum, sed certo hominum numero est contracta: ac proinde societas censetur individua, ut vel tota subsistat, vel tota continuò dirimatur: nisi initio aliter sit conventum. Si quidem non rarò id pacto fit, ut quatuor (*verbi gratia*) societatem inter se contrahant, ita ut quamdiu vel duo supersint, eadem societas 23 permaneat. Pacta namque initio contractibus adjecta, eorum naturam mutant, *d. l act* 65 *morte §.* 9 *ff. pro socio. d §. solvitur* 5. *in fin. hoc tit. l.* 1. *§. si convenit* 6. *ff. depositi.* Illudque enucleate & copiosè explicat *Schifordeg. lib.* 3. *ad Anton. Fabr tract.* 28. *quæst* 2. & *seqq.* Adde Doctorem Martam *tom* 3 *Digestorum novissimorum. tit. Societas. cap.* 16. & *seqq. fol.* 305.

Tertiò fine negocii extinguitur societas. Si enim inter 24 aliquos certæ rei vel negocii societas est contracta, simulatque finis negocio impositus est, ea finitur, *§. item si alicujus* 6. *h. t. d. l. act* 65 *§. item si alicujus* 10 *ff. pro socio. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht, part.* 2. *tit.* 6. *§. ult. ibi, auch wann der Handel, fol.* 254. Ast hic tollendæ societatis modus non ad universalem, sed tantum ad particularem sive specialem societatem pertinet, nimirum quæ de certo negocio contracta est: ut si equorum vel jumentorum vendendorum societas sit inita, & jumenta perierint, vel rapinâ aut vi militum abducta sint: re sublatâ, societas tollitur, *l. si id, quod* 58. *in princ. ff. pro soc. d. §. item si alicujus* 6. *hoc tit.*

Quartò societas publicatione omnium bonorum unius 25 ex sociis perimitur, *§. publicatione.* 7 *hoc tit. d l. action.* 65. *§. publication. quoque* 12. *ff. pro socio.* Ratio ejus rei a Justiniano & Paulo *locis modo allegatis* hæc adfertur: quia cum in ejus, cujus bona publicantur, locum, alius, scilicet fiscus, succedat; pro mortuo habetur: hoc est, quia publicatio bonorum nihil aliud est; quam mors civilis. In jure nam- 26 que, *auct. Ulpiano*, homines dupliciter moriuntur, *d. l. verum* 63. *§. ult ff. eod.* naturaliter, puta morte, *de qua paulò ante diximus*: & civiliter, puta servitute, & exilio sive deportatione, idest maximâ & media capitis diminutione; quo & publicatio seu confiscatio omnium bonorum refertur. Nam plerunque bona publicantur eorum, qui maximam & mediam capitis diminutionem patiuntur, *l bona fides.* 31. *in princip. ff. depositi. l. ultim. §.* 1. *ff. de interdict.* & *relegat. l. ultim. §. ultim Cod. de sentent. pass.* & *restitut.* Cæterum secus est in minima capitis diminutione, ut arrogatione vel emancipatione: quæ nullam repræsentat mortem: adeoque eadem nec societas solvitur. *d. l. si id, quod.* 58. *§ si filiusfamilias* 2. *d. l. actione* 65. *§ societas.* 11. *in fine. ff. pro socio.* Recte autem hic Imperator *in d. §. publicatione* 7. indicit, necesse esse, ut universa bona socii publicentur. Si enim pars tantum bonorum publicata & adempta sit: societas non expirat: cum res adhuc sive bona supersint, in quibus, tanquam in materia, societas remanere possit. *Giphan. hic in vers. scilicet si universa*, & *Kutterholt. n.* 4. *in fin pag* 490.

Postremò dissolvitur contracta societas cessione bono- 27 rum: si nimirum alter ex sociis, mole debiti seu æris alieni prægravatus, bonis suis cesserit: nec refert, id ob publica, an privata debita fiat, *§ item si quis* 8 *hoc tit. d. l societat.* 4 *in fin. d. l. actione* 65. *§.* 1 *ff. pro socio.* Ratio cessionis bonorum eadem videtur, quæ & publicationis & interitus rei: quod videlicet societas, sit bonorum & rerum societas. Rebus itaque, velut materia societatis, omnino peremptis:

Digitized by Google

emptis : etiam societas perimitur. Nam quemadmodum sine personis nulla societas intelligitur : ita nec sine rebus exerceri eadem potest. Quandam autem ipso jure societas cessione bonorum distrahitur : continuatione tamen voluntatis & consensus societatem renovari posse, propter futura bona, non dubitatur, *d. §. item si quis 8. in fine hoc tit.* Is enim, qui creditoribus suis bonis cessit, in posterum sibi acquirere non prohibetur, *§. ultim. infr. de actionib. l. is, qui bonis 4. & l. qui bonis 6. ff. de cessione bonor.* Quamvis & opera illius, atque industria pro pecunia esse possit, *§. de illa sane. 2. vers. Servius Sulpitius supra hoc tit.* Porrò cum egestas (per quam designat cessionem bono-
28 rum Modestinus *in d. l. 4. in fine. ff. pro socio.*) sequatur decoctionem : dubitari solet, utrum sola decoctione societas solvatur : an insuper cessio bonorum exigatur, atque adeò exui bonis decoctorem antè oporteat ? Et non sola decoctione, sed cessione bonorum factâ dissolvi societatem, relu et *ex d. §. 8. hoc tit.* ubi Imperatori Justiniano non sufficit, socios bonis esse lapsos : sed apertè etiam requirit, ut socii bonis suis cesserint. Et ita, *post alios*, sentiunt Parisius *consil. 82. n. 40. l. 1.* Benvenutus Straccha *in tr. de decoctorib. part. 3. n. 47. & seq.* Mozzius *in tract. de societate. col. ult. sub tit. quomodo annulletur seu solvatur societas n. 6.* Schegk *in delibat. jur. disp. 19. thes. 15. ad lit. C.* Justus Meier. *in disp. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 16.* Bachovius *in not. ad Treutler. disput. 27. thes. 11. vol. 1. p. 1039.* eumque referens D. Martinus Rumelin. *exerc. 15. ad Instit. thes. 17. sub lit. f. pag. 142.*

29 Cui non refragatur *d. l. 4. §. 1. ff. pro socio.* (qua lege motus contrarium statuere videtur Treutlerus *vol. 1. d. disp. 27. th. 11. lit. C.*) ex qua lege tale colligitur argum. Quicquid inducit egestatem, id finit societatem. Decoctio inducit egestatem. Ergo finit societatem. *Verum* ad majorem bene respondet Mejerus *dicto loco* : quòd non nisi limitata sit vera, hoc modo : Quicquid immediate inducit egestatem, id finit societatem. Majore sic limitatâ, minor (*Decoctio immediate inducit egestatem*) erit manifestò falsa. Non enim dum decoquit, sed dum bonis exuitur, egere decoctor incipit. Et certè quotidiana testatur experientia : decoctores (*Banckerottierer*) splendide satis vivere, antequam bonis exuantur, & ita egere cœperint. Est igi-
30 tur decoctio non proxima, sed remotior egestatis causa. Eadem de quæstione videantur *Hector Felicius in tract. de societat. c. 34. n. 24. Plebst. disp. nov. antiq. 2. th. 70. in fin. & Hunn. in resol. ad Treutl. d. disp. 27. th. 11. lit. C. p. 1740. & seq.*

§. Socius socio 9. & ult.

Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est : an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine; quæsitum est? Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim, talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit : de se queri, sibique hoc imputare debet.

SUMMARIA.

1 *Quid in actionem pro socio veniat.*
2 *Contractus societatis est bonæ fidei.*
3 *Nomine bonæ fidei quid in hoc contractu contineatur.*
4 *Dolus apertè est bonæ fidei contrarius.*
5 *Socius, præter dolum & culpam latam, præstat etiam culpam levem, non item levissimam.*
6 *Consideratur l. quod Nerva 32. depositi.*
7 *Cur in societate levissima culpa non præstetur.*
8 *An & quatenus unus sociorum pro alio ad testimonium perhibendum admittatur.*

1 OStendit *in hoc §.* Justinianus : quid in judicium societatis sive actionem pro socio veniat. De quâ re hoc olim generaliter dicebatur : bonam fidem socium socio præstare debere, *l. nemo 35. in fin. l. cum duobus 52. §. 1. ff. pro socio.* Est enim societatis contractus, & judicium 2
pro socio bonæ fidei, *§. actionum 28. infr. de actionib. l. in proposita 78. in fin. & l. seq. ff. pro socio, cum similibus supra ad principium hujus tit. adductis, n. 5.* usque adeo, ut in eo fides exuberet, *quemadmodum Impp. Diocletianus & Maxim. rescripserunt in l. cum in societate 3. C. pro socio.* Nomine autem bonæ fidei quid in hoc contractu contine- 3
atur, quæstionis est : num dolus tantummodo, an verò etiam culpa? De dolo nulla unquam fuit controversia : 4
quoniam is apertè bonæ fidei contrarius est, *l. ea vero 3. §. fin. ff. eod.* Ideoque si quid socius dolo commiserit : dubium non est ullum, quin eo nomine actione pro socio teneatur, *hoc §. & l. adeo 59. in fine ff. d. tit.* Sed de culpa dubitatum controversumque fuit, ut *arguit. d. l. cum duobus. 52. §. utrum ergo 2. ff. eod.* Et obtinuit tandem, ut & culpæ nomine socius teneatur, *ut hic, & d. l. 52. §. 2. & §. si qui societatem 11. & l. socius socio 72. ex qua lege hic § sumptus est. ff. pro socio l. si, ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. commodati. l. contractus 23. ff. de reg. jur.* At quam culpam socius præstabit ? Constat enim, triplicem 5
esse culpam : latam, levem, & levissimam, *ut latius expositum ad §. 2. n. 70. sup. de obligationib.* Et dicendum : præter culpam latam, socium levem etiam præstare debere, *argum. hujus §. & dict. l. socius socio 72. ff. pro soc.* quibus in locis expressum est, culpam non esse dirigendam ad exactissimam diligentiam, id est, culpam hic præstandam esse non levissimam, sed levem tantum : idque ex generali illâ ratione, quæ habetur *in dict. l. si, ut certo 5. §. 2. vers. sed ubi utriusque commodati* : quod in contractibus, qui utriusque contrahentium gratiâ celebrantur, vel in quibus utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, non tantum dolus & lata culpa, sed & levis culpa præstetur. Concordat jus renovatum Wurtembergicum, *part. 2. tit. 6. §. ein jeglicher, so der Gesellschafft zugethan, &c. pag. 254.*

Nec obstat, quod is, qui eandem debet diligentiam 6
rebus alienis, quam debet propriis, si eam in alienis non præstat, dolosè agat, culpamque latam committat, *l. quod Nerva 32. ff. depositi.* Socius autem communibus rebus talem adhibere diligentiam teneatur, qualem suis rebus adhibere solet, *per hunc §. & d. l. socius socio 72. ff. pro socio.* Ac ideo socius, si eam diligentiam communibus rebus non præstet, dolosè agat : & consequenter de dolo & latâ culpâ duntaxat, non etiam de levi teneatur. *Nam respondetur* : majorem hujus argumentationis propositionem procedere in rebus omnino alienis, ut rebus depositis, de quibus *allegata lex. 32. ff. deposit.* loquitur : non etiam in rebus communibus. Quare depositarius, si rebus alienis minorem, quam suis, adhibeat diligentiam, dolo sive fraude non caret. Socius verò, si minorem rebus communibus præstet diligentiam, dolo quidem & lata culpâ caret : culpâ levi non caret. Neque enim facilè videri quis potest dolosè versari in rebus, ad se pro parte pertinentibus. Quod igitur lata culpa est in deposito; levis culpa in societate est, *docente Dn. Collega Bocero in Commentar. ad d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 116. & seq. edit. 2. & D. Hunnio lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 3. quæst. 3. ad fin. Adde Timæum Fabrum disp. 24. ad Institut. Imperial. th. 14. & Justum Mejerum in Commentar. de culpa in contractibus præstanda th. 2. 16. & seqq. itemque Lucamerum quæstionum juridicar. fasc. 40. quæst. 2.* Ratio porrò, cur in societate levissima cul- 7
pa haud præstetur, non solum illa est, quod in societatis contractu utriusque socii utilitas versatur, *d. l. si, ut certo 5. §. 2. vers. sed ubi utriusq. ff. commodati.* sed & hæc ab ipso Imperatore *hic in fine* redditur : quod de se queri, sibique imputare debeat, qui parum diligentem & industrium sibi socium elegerit : cum ejus conditionem & negligentiam aut sciverit, aut certè scire debuerit, *arg. l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur.*

Tandem quasi coronidis vice quæri poterit : nunquid 8
unus sociorum pro alio ad testimonium recipiatur ? Et, pro resolutione hujus quæstionis, inter socios distinguendum erit. Aut enim duo sunt socii omnium bonorum :
& tunc

Digitized by Google

& tunc respondetur, quòd alter pro altero ad testimonium non admittatur: cum eadem causa reputetur & propria, *l.* 1. §. *in propria* 11. *ff. quando appellandum sit*, *&c.* Aut isti sunt socii unius rei: & tunc multum refert: quia aut erat controversia de aliâ re, quam de eâ, in quâ erant socii. Et in hoc casu dicendum, quod unus bene admittatur pro alio ad perhibendum testimonium, *l.* 1. §. 1. *ff. de test.* Aut erat controversia de eadem re, in qua socii erant: & eo casu pronunciandum, quòd unus quidem admittatur pro alio: cum id non reperiatur prohibitum in jure, *argum. d. l.* 1. §. 1. *ff. d. tit.* sed minor fides ei adhibeatur, quàm aliis, *argum. l. testium.* 3. *ff. eod.* Atque ita diserte tradit Petrus de Bella Pertica, *in suis quæstionib. & decisionib. aureis sive singularib. quæst.* 30.

DE MANDATO.

TIT. XXVII.

Principium Tit. & 5. §§. seqq.

Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit: supervacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

§. 1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum: veluti si quis tibi mandet, ut negocia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.

§. 2. Tua gratia & mandantis: veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, mandet tibi, ut cum reo agas, periculo mandantis: vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.

§. 3. Aliena autem tantum causa intervenit mandatum: veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negocia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.

§. 4. Sua & aliena: veluti si de communibus suis & Titii negociis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.

§. 5. Tua & aliena: veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes: quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

SUMMARIA.

1 *Mandati vocabulo quid significetur.*
2 *Mandatum vel publicum est, vel privatum.*
3 *De quo mandato in hoc titulo agatur.*
4 *Mandans & mandatarius qui dicantur.*
5 *Mandatarius sive procurator est aut unicus & causarum; aut rerum [illegible].*
6 *Mandatarius quomodo differat à procuratore.*
7 *Mandati verbum unde derivatum.*
8 *Manus sive dextera est symbolum fidei.*
8 *Mandati definitio.*
10 *Mandatum esse contractum, ostenditur.*
11 *Mandatum in quo differat ab officio mandatarii.*
12 *Mandatarius fines mandati excedere nequit.*
13 *Mandatum quando sui perfectionem desideret: & intellectus, l. res ex mandatu* 59. *ff. de acquir. rer. dom.*
14 *Mandatum etiam inter absentes fieri & suscipi potest.*
15 *Differentia inter contractum mandati, & mandata magistratus.*
16 *Mandatum ex officio & amicitia originem ducit.*
17 *Mandatum libere vel suscipitur, vel non suscipitur: ibique Bocerianæ mandati definitio taxatur.*
18 *Mandatum variis modis dividitur.*
19 *Mandatum expressum quid.*
20 *Mandatum non contrahitur per verba commendatoria.*
21 *Verus intellectus l. si meras* 7. *C. mandati.*
22 *Mandatum tacitum quid.*
23 *Mandatum aliud judiciale, aliud extrajudiciale.*
24 *Mandatum generale quid.*
25 *Mandatum cum liberâ quid.*
26 *Mandatum sine liberâ quid.*
27 *Mandatum generale cum liberâ tantundem operatur, quantum speciale in iis casibus, in quibus speciale exigitur.*
28 *Consideratio l. jusjurandum* 17. §. *ultim. ff. de jurejurando.*
29 *Delatio jurisjurandi speciale mandatum requirit.*
30 *Quæ sit formula mandati cum liberâ.*
31 *Ad contrahendum matrimonium quale desideretur mandatum.*
32 *Matrimonium, utpote indissolubile vinculum personis contrahentium injectum, est summi præjudicii.*
33 *Periculum quo majus, eo cautiùs agendum.*
34 *Mandatum speciale quid.*
35 *Mandantis gratiâ quando interveniat mandatum.*
37 *Nemo alteri obligationem acquirere potest.*
38 *Si non plane interfit mandatoris, negotium alterius expediri: mandatum non valet.*
39 *Mandantis & alienâ causâ quando mandatum interponatur.*
40 *Mandantis & mandatarii gratiâ quando contrahatur mandatum.*
41 *Alienâ & mandatarii gratiâ quando mandatum interveniat.*
42 *Mandatum aliud determinatum, aliud indeterminatum.*
43 *Mandatum aliud proprium, aliud improprium.*
44 *Mandatum aliud purum, aliud non purum.*
45 *Mandare & mandatum suscipere possunt omnes, qui non prohibentur.*
46 *Qui prohibeantur mandare ratione potestatis.*
47 *Servus licet non proprio, tamen alieno nomine mandare potest.*
48 *Ratione ætatis mandare prohibentur infantes: & quare.*
49 *Pupilli quatenus mandare possint.*
50 *Ob vitium animi mandare impediuntur furiosi & prodigi.*
51 *Ob vitium corporis mandare vetantur muti & surdi.*
52 *Feminæ quatenus mandare possint.*
53 *Tam absentes, quam præsentes mandare queunt.*
54 *Procurator negocium susceptum alteri rursus demandare potest.*
55 *An deportatus mandare valeat.*
56 *Deportatus omnia amittit, quæ sunt juris gentium.*
57 *Expositio & intellectus l. si mandavero* 22. §. *is, cujus* 5. *ff. mandati.*
58 *Quatenus relegati bona publicentur.*
59 *Deportatus omnia amittit, quæ juris sunt civilis.*
60 *Actiones quæ sint introductæ.*
62 *Deportatus cur servum manumittere nequeat.*
62 *Appellatio de bonorum actiones continentur.*
63 *Consideratio l.* 2. *C. de bonis proscriptor.*
64 *Mandatum suscipere possunt & patres & filiifamilias.*
65 *Officium procuratoris virilis publicum & civile est.*
66 *Filiusfamilias in publicis causis pro patrefamilias habetur.*
67 *Quæ actio detur, si pater negocium, quod filiofamilias a Titio demandatum erat, executus fuerit.*
68 *Conciliatio l. si filiusfamilias* 7. *ff. de tutel. cum l. mandasti* 46. *ff. de negot. gest.*
69 *Agnoscere tutelam quid.*
70 *Mandatum suscipere possunt tam feminæ, quam mares.*
71 *An minoribus* 25. *annis, an item servis negocia rectè mandentur.*

EX contractibus, qui solo perficiuntur consensu, reliquus est quartus, nempe *mandatum.* Mandati vo- 1
cabulo significatur nonnunquam præceptum Superioris: ut Dei Optimi Maximi, vel Magistratûs, vel Parentum, vel similium: quod obtemperandi in se necessitatem continet. Et rursus in publicum, & privatum distinguitur. 2
Publicum est, quòd a Magistratu pro Imperio subditis fieri solet: cujusmodi olim erant mandata, quæ Præsidibus in Provincias profecturis a Principe dabantur: qualia etiam hodie censentur, quæ in Aula Imperatoris, & Camera Imperiali quotidie extrahuntur. *Et de publicis mandatis est tit. Codic. de mandatis Principum & Novell.* 17. Privatum est, quod vel a patre liberis; vel à domino servis datur; & propriè jussus appellatur, *l.* 1. *& tot. tit. ff. quod jussu. l.* 4. *& passim. Cod. quod cum eo, qui in aliena potest. est, negoc. gestum, &c. Ausm. Popma. lib.* 3. *de different. verbor. in verbo, jussum, &c.* Cæterum tale non est illud 3
mandatum, de quo hic tractatur. Hoc namque com- 4
missionem, ab amico voluntariè susceptam, denotat. Proinde qui fretus amicitiâ, quidpiam bonâ fide gerendum seu faciendum alicui committit, is mandans, vel mandator dicitur,

dicitur, l. inter. 26. §. non omnia. 6. l. si quis. 27. §. 2. & l.
seqq. ff. mandati. l. si pro ea. 10 & l. ad comparand. 16. C. eod.
§. 1. & § mandatum non suscipere. 11. hoc tit. Qui verò
aliquid faciendum sine mercede recipit, vulgò, ad imita-
tionem legatarii, mandatarius, & procurator in jure vo
catur, l. si remun. 6. §. apud Julian. 6. l. salarium. 7. l. si
procuratorem 8. in prin. § 1. & §. 3. l. idemq. 10. §. 1. &
seqq. ff. mandati. l. cum per procurator 9. l. procurator. 11.
5 & ll. seqq. ff. eod. Isque duplex perhibetur: aut litium &
causarum: aut rerum sive bonorum. De illo præcipuè
agitur sub tit. Digestor. & C. de procuratorib. & infr. tit. de
iis, per quos agere poss. de hoc verò hic, & tit. ff. & C. man-
dati & is propriè, secundum interpretes, mandatarius ap-
pellitatur, & ab illo differt, ut à genere species: ita ut om-
6 nis quidem procurator sit mandatarius: non autem vice
versâ, omnis mandatarius sit procurator. Andr. Clud. de
condict. certi. c. 3. n. 61. eumque referens Hillig. in Donell.
enucleat. lib. 13. c. 11. lit. A. Tametsi id novissimè impro-
bet Justus Mejer. in Disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. th.
4. & D. Bocerus in hoc tit. num. 32. p. 462. idemque Rich-
terus in tract. de contractib. disput. 12. th. 1. sub lit. a. p.
7 307. cum seq. Mandati verbum à manu datâ non infulsè
dictum videtur. Isidor. lib. 5. Etymolog. cap. 24. V. manda-
tum. Petr. Fab. ad l. semper qui. 60. ff. de reg. jur. Tum quia
in mandatis dandis accipiendisve, manus sibi invicem da-
ri mos antiquitus erat: quem adhuc hodie in mutuis pro-
missionibus vulgò observari videmus. Oldendorp. class. 4.
act. 24. ab initio. Joh. Emeric. à Rosbach process. civit. tit.
26. num. 2. ex Azone in summa. C. mand. num. 7. Mynsing.
8 hic. num. 1. & alii. Tum quia manus sive dextera, pris-
cis fidei erat symbolum, teste Livio & Cæsare: unde ma-
num dare, est dare fidem: fallere dextras, hoc est, fidem.
Virgil. lib. 6. Æneid. v. 613. Quo facit etiam illud prov.
c. 6 vers. 1. ibi, defixisti manum, & c. 22. v. 26. ibi, defigunt
manus suas, &c. Tum denique quia negocium manui, id
est, potestati datur ejus, qui gerere debet. Quâ de re vi-
deant. quoque Bald. in rubr. tit. ff. mand. ibique Wesenbec.
in Paratitl. n. 2. Gæddeus in Comment. in de contrah. & com-
mitt. stipulat. c. 3. num. 183. Chiflet. lib. 1. de jure fidei-com-
miss. cap. 4. Ant. Gubert. de matrimon. c. 4. n. 7. Hilliger.
in Donell. enucleat. d. lib. 13. cap. 10. lit. 9. lit. b. B. &
Struck. part. 1. exercitat. Justin. decad. 12. assert.

Definitur mandatum contractus juris gentium, nomi-
9 natus, bonæ fidei, nudo consensu initus: quo negocium
aliquod gratis efficiendum, voluntariè suscipienti com-
mittitur, Eodem propè modo mandatum definit Philippus
10 Knipschildt exercitat. Acad. 10. thes. 36. pag. 346. Dico,
mandatum esse contractum, argum. hujus principii, & l. 2.
in princip. ff. mand. l. contractus. 23, ff. de reg. jur. item l.
1. & l. si hereditatem. 32. ibi, & mandati obligationem ff.
mandati. ubi mandati obligatio dicitur. Atqui illa obliga-
tio ex delicto non est. Igitur ex contractu ut sit, neces-
se est. Sed & perspicuè mandatum contractibus annume-
ratur à Justiniano Imp. supra in tit. de oblig. ex consens. &
à Cajo in l. 2. ff. de oblig. & action. Imperitè ergo ac impro-
priè nonnulli mandati genus faciunt officium, eo quod
mandatarius negocium demandatum expediendo, fungi
officio dicatur. Azo, Accursius, Bartol. Salicet. & alii ad
rubr. ff. mandati, eosque citans Mozzius in tract. de man. c.
1. n. 7. Rectiùs namque genus mandati constituitur con-
tractus: tum quia hoc genus propinquius est, ac specialius,
quam officium: tum quia ad finem atque effectum man-
dati propius accedit. Hoc siquidem agitur contractu man-
dati, ut mandatarius officium suscipiat, atque ad istud
exequendum obligatus sit mandanti: & mandans vicissim
obligatus sit mandatario, ad omnia ea refundenda atque
restituenda, quæ mandatarius in expeditionem negotii
sibi demandati impendit, l. si verò. 12. §. si mihi. 9. l. si
quis. 27. §. impendia. 4. & l. qui mutuam. 56. § ult. ff. man-
11 dati. Præterea mandatum ob officio mandatarii plurimum
differt. Mandatum siquidem ad officium mandatarii se
habet, ut causa ad effectum. Mandatum enim est illud
ipsum, per quod officium mandatario defertur & injungi-
tur, & ex quo mandatarius ad officium illud obeundum
obligatur. Denique officium solius est mandatarii: man-
datum verò ad utrumque tam mandantem, quam man-
datarium refertur. Ita bene sentiunt Treutler. vol. disput.
27. thes. 1. ad lit. B. & inibi Hunnius in sua resolutione. pag.
1700.

Dico in definitione, juris gentium, argumento l. ex hoc
jure. 5. ff. de justitia & jur. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de
pactis. d. l. 1. in princip. ff. mandat. & l. 1. §. est autem em-
ptio. 2. ff. de contrah. empt. Dico, nominatus: quia certum
& proprium nomen habet, d. l. ex hoc jur. 5. ff. de just. &
jur. d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. & l. 1. §. 2. in
fine. ff. de rer. permutatione. Dico, bonæ fidei, argum. §.
actionum. 28. infr. de actionib. l. itemque. 10. in princip. d.
l. si verò. 12. §. si adolescens. 11. ibi, adversus bonam fidem.
ff. mandati. l. si contra 20. in fine. C. eod. Cui non obstat, 12
quòd mandatarius fines ac terminos mandati ne latum
quidem unguem excedere possit: adeòque mandatum stri-
cti juris esse videatur, §. is, qui exequitur. 8. infrà hoc tit.
l. diligenter. 5. in princip. ff. mandati. Hoc enim rectè di-
citur de executione mandati, obligatione & actione: hoc
est, mandatum quidem strictè exequendum est, juribus
modò allegatis: sed si mandatarius id in terminis executus
fuerit, ad omnia mandanti obligatur, quæ ipsi præstari æ-
quum & bonum est: & vicissim mandans obligatur man-
datario ad omnium eorum præstationem quæ præstari æ-
quum & bonum suadet, d. §. action. 28. infr. de actionib. Dico, 13
nudo consensu initus. Quia mandatum ad sui perfectionem
nihil quicquam, præter consensum, desiderat, d. l. 1. in
princip. ff. mand. d. l. 2. in princ. ff. de obligat. & actionib. d.
l. 1. §. 2. ff. de rer. permutat. & tot. tit. supr. de obligatio.
ex consens. Nec obstat l. res ex mandatu. 59. ff. de acquir.
rer. domin. ubi Callistratus ait, rem mandato meo em-
ptam non antè meam fieri, quam si mihi tradiderit eam,
qui emit. Ergò mandanti obligatio re contrahitur, quippe
traditione opus est. Nam respondetur: traditionem in d. l.
59. referri non ad mandatum, sed emptionem: quia em-
ptæ rei dominium non transfertur sine traditione. Igitur
neque mea fieri potest, nisi tradita mihi sit. At ex man-
dato est obligatio nudo, soloque consensu, docente hic Mar-
cilio. Hincque fit, ut mandatum non solum inter præsen-
tes; sed & inter absentes per epistolam vel nuncium fieri
& suscipi possit, d. l. §. 1. ff. mandati. Hinc etiam perspi- 14
citur differentia inter contractum mandati, & mandata 15
Magistratûs sive Principum: quòd videlicet (ut & supra
num. 2. monui) mandata Principum ab initio statim sint
necessitatis: contractus verò mandati ab initio sit volun-
tatis, & ex post facto demum necessitatis, l. sicut. 5. C.
de obligat. & actionib. Dico, gratis. Mandatum enim, nisi 16
gratuitum, nullum est. Nam originem ex officio atque
amicitiâ trahit, cui contrarium est merces. Intervenien-
te igitur mercede sive pecuniâ: non mandatum, sed loca-
tio & conductio contrahi intelligitur, l. 1. §. ult. l. ita ut
omnes, 36. §. 1. ibi, cum mand. gratuitum ff. mandati. &
§. fin. infr. h. t. ubi id, annuente Deo, explicaturi sumus
copiosius. Dico præterea, voluntariè suscipienti. Quoniam 17
(ut paulò ante dictum) mandatum ab initio necessitatem ob-
temperandi non imponit ei, cui factum est: sed liberè à
quolibet vel suscipitur, vel non suscipitur, d. §. mandat. non
suscipere. 11. infr. hoc tit. l. si mandav. 22. §. sic. aut. l. 11.
ff. mandati. l. in commodato. 17. § sicut. 3. vers. voluntat.
est. enim. ff. commodat. Porrò mandati definitioni apposui
supr. n. 9. illa verba: Juris gentium & bonæ fidei, &c. non
ideò, quod necessariò fuerint addenda, aut quod demptis
his definitio perfecta non esset: sed tantum majoris expli-
cationis ac perspicuitatis gratia: quemadmodum Juriscon-
sultis valde familiare est, ut in suis definitionibus quædam
exprimant, licet ea etiam implicitè posita sint. Non igitur
sat causæ habet Dn. Collega Bocerus cur hanc meam, alio-
rumque Jurisconsultorum definitionem, ceu superfluam
hic sub num. 8. pag. 459. carpat: maximè cum alias nec Bo-
ceriana mandati definitio à superfluitatis vitio vindicari
posset. Nam cum mandatum definiatur contractus: ex om-
ni autem contractu oriatur obligatio: inde apparet, super-
fluè à Bocero, addi in definitione, sub n. 4. quod nego-
cium illud honestum esse debeat, quòd in mandatum
venit. Nam per se planum est: rei turpis nullam esse
obligationem, l. impossibilium. 185. ff. De Reg. Jur.
juncta

Digitized by Google

juncta l. filius. 15. verf. namque facta ff. de condition. instit. Ita D. Bocerus semper culpat in aliis, quod ipsemet in se non animadvertit.

18 Dividitur mandatum variis modis, secundum diversa
19 genera causarum. I. Ab efficiente, in expressum, & tacitum. Expressum mandatum est, quod verbis expressis alicui con-
20 ceditur: ut volo, rogo, mando, cupio, &c. ut hoc, vel illud facias. Et sanè qualiacunque verba, voluntatem mandantis significantia, intervenire possunt, *l. 1. §. 2. ff. mandati.* Cæterum per verba commendatoria mandatum non contrahitur. Hinc si tibi per epistolam commendavi amicum meum, & tu ei pecuniam credidisti: ex illa commendatione adversus me mandati agere non potes: quoniam commendandi magis hominis, quam mandandi causa, epistola scripta est, inquit Ulpianus *in l si verò. 12 §. cum quidam. 12. ff. eod.* Quanquam pudor alicuius fortassis oneretur, si indignum commendaverit. Unde belle canit monetque Horatius:

Qualem commendes, etiam atque etiam aspice: ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

21 Sed & ea, quæ in venditionibus commendandi causa dicuntur à venditore, sic habentur, quasi neque dicta, neque promissa essent, *l. quod vendit. 37. ff. de dolo malo.* Non adversatur *l. si literas. 7. Cod. mandati.* ex qua colligi posse videtur: cum, qui literas commendatitias misit, ex commendatione ista obligari. *Nam* in ea lege non commendationis, sed mandati verba epistolæ fuerunt inserta. Id quod illis Imp. Gordianus verbis subindicat: *cujus mandatum secutus es, &c.* Non ergo immeritò actio mandati in specie illius legis adversus scribentem concessa fuit. *Eaque de re videatur Vitalis de Cambanis in tract. clausularum § enunciativa verba in epistolis prolata & Linglois in Commen. ad 50. decis. Justin. fol. 132. quæst. 4. hosque laudans D.*
22 *Besold. in delibat jur. ex lib 17 ff quæst. 5.* Tacitum mandatum est, quod non quidem verbis apertis, sed per silentium, patientiam, ratihabitionem declaratur: ut si, alio pro me fidejubente, aliudvè negocium gerente, taceam: videor ei mandare, ut pro me fidejubeat, negociumve gerat, *l. si remunerandi 6. §. si passus 2. l. qui patitur 18. l. si pro te 40. & l. qui fide 53. ff. mandati. l. si fidejussor. 6. C. eod. l. licet 56. ff. de judic. Stuck. part. 1. exercit. Justin. dec. 12. assert. 9. lit. C. & K*

23 II. A causa materiali dividitur in mandatum ad negocia, & mandatum ad lites sive judicia: hoc est, in mandatum extrajudiciale, & mandatum judiciale, *l. nam & 32. & l. seq ibi, ad act. procurator. factus. ff. de pact. l. hoc jure 86. ibi, litis procur. ff. de solut. l. filiusfam. 8. §. ult. & l. Paulus respondit 96. ff. de procurat. l. licet. 24. C. d. tit. Paul. lib. 1. receptar. sent. §. 1. ibi, procurator aut ad negotium &c.* Et illud quidem qui administrat, plerumque mandatarius dicitur: qui verò hoc, procurator appellatur, *l. salarium 7. & l. seq. ff. mandati. l. cum per procuratorem. 9. C. eodem.* quamvis non raro idem nomen etiam mandatario tribuatur, *ut jam supra dictum, num. 5.* Uterque enim procurator, hoc est, prudentiam & solicitudinem in negocio conficiendo adhibet, *l. 1. in prin. lib. servum 33. §. 1. ff. de procuratoribus, d. l. si remunerandi 6. §. apud 6. d. lib. idemque 10. in princip. ff. mandati Mejer. d. disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 1. thes 7.*

24 III. Ex eadem causa dividitur in generale, & speciale. Generale mandatum est, quod sine ulla negotii definitione alicui committitur, & procurationem omnium rerum sive universorum bonorum & negociorum habet, *l. procurator, cui generaliter 58. l. mandato generali 60. l. procurator totorum 63. ff. de procuratorib. l. illud 25. in fine ff. de minorib. l. si remunerandi. 6. §. apud 6. verf. si omnium negotiorum. ff. mandati. Mozz. in tractat. de mandato, c. 2. de divisione mandati. n. 4. Althus. l. 1. Dicæolog. c. 83. n.*
25 *40. & seq. pag. 297.* Idque rursus distinguitur in mandatum *cum liberâ*, quod negotiorum omnium administrationem nominatim, cùm plena potestate, continet, *d. l. procurator. 58. ff. de procur. l creditor. 60. § Lucius 4. ff. mandat. l. si procurator. 10. Cod. de procuratorib.* & mandatum *sine liberâ*, quod quidem administrationem negotiorum omnium, sed nudam tantum & simplicem habet, nulla scilicet plenæ potestatis mentione facta, *d.*
l. mandato generali 60. ff. eod. Et hoc cui datum est, ei 26
administrandi duntaxat potestas concessa fuisse videtur: non etiam transigendi, aut alienandi res tam immobiles, quam mobiles, *d. l. mandato 60. & d. l. procurator totorum 63. ff. eod. tit.* Illud verò qui habet, non simpliciter tantum administrare, sed & alienare, vendere, exigere, novare, solvere creditoribus potest, omniaque ea facere, quæ dominus verisimiliter faceret, si adesset, *§. qua ratione 43. supr. de rer. divis. d. l. procurator. 58. & l. seq. de procurator. l. qua ratione 4. §. nihil autem interest. 4. ff. de acquir. rer. domin. Jul. Pac. cent. 2 ἐναντιοφανῶν quæst 47. Forst. jun. in tract. de pact. c. 5. p. 135. cum seqq. Knipschildt. exercitat. Academ. 10. q 9. & 10. pag 360. cum seq. late Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7.*
parte 4. q. 1. Hucque referri poterunt, quæ annotavi- 27
mus infra *ad §. 1. tit. de iis, per quos agere poss. num. 205 & aliquot seqq.* Quin & tantundem valet ac operatur mandatum generale *cum liberâ*, quantum speciale, in iis casibus, in quibus speciale mandatum exigitur, *per ea, quæ tradunt Baldus in l. illud 25. § 1. ff. de minorib. Angelus Aretin. in §. ult. n. 3. infr. de iis, per quos agere poss. Vantius in tract. de nullitatib. tit. de nullit. sent. ex defect. inhabil. seu mand. n. 87. Ruinus consil. 93. n. 6. l. 5. Decius cons. 430. col. 1. & consil. 69. col. 2. Catelian. Cotta in memorab. incip. procurator generalis Tiraq. de retr. lign. §. 1. Glos. 13. n. 32. aliique plures, quos allegat.* Quorum Dd. sententia licet minus probetur Mozzio *dicto cap. 2. num. 56.* & Treutlero *volum. 1. disp. 27 thes. 5 lit. A.* eam tamen verissimam
esse judico, cum D. Hunnio *in res. Treutleri d. loco.* Etenim 28
in l. jusjur. 17. §. ult. ff. de jurej. habetur, mandatum cum libera & mandatum speciale ad hoc desiderari, ut procurator jusjurandum deferre possit: adeoque mandatum universale cum libera, & mandatum speciale, quoad delatio-
nem jurisjurandi, æquiparantur. Atqui ad delationem ju 29
risjurandi speciale mandatum requiri certum est, *l. jusjur. 34 § 1 ff. d. tit. cap. ult. de juram. calum. in 6. Clement. non potest. 2. de procuratorib.* Igitur consequens est, quod in iis, quæ speciale mandatum desiderant, tantundem mandatum generale cum libera, quantum speciale mandatum, operatur. Deinde ad transactionem speciale mandatum requiri, nec generale sufficere, constat *ex d. l. mandato generali 60. ff eod. c. per tuas 9. ibi, sine speciali mandato. ext. de arbit. & cap. qui ad agendum 4. verf. procurat. quoque de procuratorib. in 6.* At verò ad transactionem sufficere mandatum cum libera, arguit *d. l procurat. 58. ff. d. tit.* Ad hæc ad alienationem bonorum mandatum speciale esse necessarium, expressum est *in d. l. procurator totor. 63 ff. de procuratorib.* Sed procurator, qui liberam habet bonorum administrationem, alienare potest, *d. l. qua ratione 9. § nihil autem interest 4. ff. de acquir. rer. domin.* Præterea formula atque tenor mandati cum libera
hanc sententiam evidenter confirmat. Sic enim ea descri- 30
bitur *in d. l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mandati: Concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negociari: sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut domino omnium meorum: me omnia firma esse à te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem.* Quibus ex verbis manifestum evadit, quòd is, cui libera bonorum administratio est commissa, omnia ea habeat quæ speciale mandatum desiderant: adeò, ut non minus de bonis, fidei suæ commissis, disponere queat, quam ipso domino permittitur.

Huic non obstat, quod ad contrahendum matrimo- 31
nium, in quo exigitur speciale mandatum, non sufficiat generale mandatum cum libera, *argument. l. generali 34. ff. de rit. nupt. & c. fin. ibique Gloss. de procuratorib. in 6.*
Respondetur enim primò, quod à matrimonio ad cætera, 32
quæ speciale requirunt mandatum, haud liceat argumentari: cum matrimonium (quod inter conjuges individuam vitæ consuetudinem inducit, & indissolubile vinculum personis contrahentium injicit, *§. 1. supra, de patria potest. l. 1. ff. de ritu nuptiar.*) summi sit præjudicii: ac proinde quo res majoris est periculi, eò cautius sit agendum, *l. 1. §. sed & si quis 5. verf. nam vel magis consulendum. ff. de Carboniano edicto. c. ubi periculum 3. de*

elect,

33 *elect. in 6.* Dein & illud respondetur : quod nos hic loquimur de procuratore, cui bonorum contractus ad bonorum administratio commissa est. Matrimonii autem contractus ad bonorum administrationem non pertinet, *l. in copulandis.* 8 *Cod. de nuptiis.* Quamvis igitur procurator universorum bonorum liberrimam habeat administrationem : non tamen integrum ipsi erit nomine sui domini matrimonium contrahere:quia fines & terminos sui mandati excederet,*contra §. is qui exequitur.* 8. *infrà hoc tit. Hunn.de resolut. ad Teutler. pag.* 1717. *Richter.d. disput.* 12. *th.*2. *sub. lit. d.*
34 *pag.* 371. Speciale mandatum appellatur, quod est unius alicujus & certæ rei,quo videlicet dominus unum aliquem actum expediendum,aut rem unam aliquam administrandam specialiter & nominatim expresseque mandat. *l.* 1. *§.*1. *ff. de procuratorib. l. si procurator.* 10. *Cod. eodem. d. l. si verò.* 12. *§. contrario.* 7. *ff. mandati Althus. lib.* 1. *Dicæolog. c.* 83. *num.* 44. *pag.* 297. Casus autem illos, qui speciale mandatum requirunt,*post alios*, diligenter recenset Mozzius , *d. cap.* 2. *de divis. mandat. num.* 10. *& multis seqq* De quibus etiam disseruimus infrà *ad d.§.* 1. *de iis , per quos agere poss. num.* 241.

IV. Ab objecto seu fine distinguitur mandatum in id, quod vel mandantis, vel alienâ,vel utriusque simul , vel mandantis & mandatarii , vel alienâ & mandatarii gratiâ
35 contrahitur *per hunc textum nostrum , & l.* 2. *ff. mandati.* Mandantis gratia intervenit mandatum : veluti , si quis tibi mandet,ut negocia ejus gereres , vel ut fundum ei emeres,vel ut pro eo spondere,§. 1 *hoc t. d.l.* 2. *§.* 1. *ff.eod.*Et fanè id velut fundamentum hic ponendum est : ut semper utilitas seu id, quod interest,spectetur eorum, inter quos mandatum contrahitur , maximè verò mandantis. Nam si nihil intersit mandantis , negocium expedirinon verum mandatum sed consilium potius habetur : nec mandati actio competit, hoc *principio nostro , l si procuratorem.* 8. *§. mandati* 6. *& audiemus in §. tua tantum gratia.* 6. *infra hoc tit.* Rectè autem mandatoris potissimum utilitas spectatur : quia ejus quoque duntaxat periculo negocium geritur , *§. tua gratia.* 2. *hoc tit. l. Quintus Mutius.* 48.§.1. *ff. mandati. Timæus Faber disp.* 24. *ad Instit. Imperial. th.* 16. *lit. a.* Alienâ causâ inter-
36 venit mandatum : veluti, si tibi aliquis mandet,ut negocia Titii gereres, vel ut Titio fundum emeres,vel ut pro Titio sponderes, *§. aliena.* 3. *hoc t. d. l.* 2. *§.* 2. *ff. eodem.* Nec impedit hoc mandatum , quòd alienâ tantum utilitas hic versetur, nulla mandantis : quod tamen maximè in mandato requiri, modò dictum est. Mandantis namque hoc casu si non utilitas,periculum tamen subest: cum mandatum semper periculo mandantis contrahatur , & adversus eum actio mandati detur , *d. §.* 2.*hoc tit. d. l. Quintus* 48.§.1.*ff.eod.& notat. hic Th. Marcilius ad §.* 1.
37 Nihil item movet , quòd nemo alteri obligationem acquirere possit, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri.*17. *ff.de verb. oblig.* Non enim alii , quàm mandanti , ex hujusmodi mandato acquiritur actio · & soli mandanti mandatarius obligatur ad mandatum istud exequendum : quamquam
38 utilitas hujus mandati ad alium,præter mandantem, redundet. Cæterum si planè non intersit mandatoris,negocium alterius administrari : mandatum non valere , probabilius est:cum nemo alii, cujus juri subjectus non est , acquirere valeat, *argum. §. si quis alii.* 4. *& §. alteri.* 18.
39 *supr. de inutilib. stipulationib. Timæus Faber. d. disp.* 24. *th.*16. *lit. c. Adde Bachovium. num.* 2 *pag.* 821. Utriusque simul, sive mandantis & alienâ causâ mandatum interponitur : velut, si tibi quis mandet , ut ipsius & Titii negocia gereres , vel ut ipsi & Titio fundum emeres,vel ut pro ipso & Titio fidejuberes. *§. sua & aliena.*4.*hoc tit. d. l.*2.*§.* 3. *ff. mandati.* Tum etenim & mandantis per se ac sua sponte,& Titii etiam interest : ut *post Franciscum Hotomannum (ex quo pleraque nomine ipsius suppresso , minus laudabiliter transcripsit*) notavit hic Gerardus
40 Tuningius , *pag.* 643. *in fine.* Mandantis & mandatarii gratia contrahitur mandatum : veluti , si Cajus mandet tibi, ut pecuniam tuam sub usuris credas Pamphilo , mutuò accipienti in ipsius Caji mandantis rem sive utilitatem. Hic primò mandantis causa mandatum fit: quia Pamphilus in rem & utilitatem ipsius mandantis mutuum accipit. Deinde mandatarii quoque gratia fit mandatum : quia is Pamphilo pecuniam credit sub usuris,hoc est,ut certum inde reditum præstet. §. 2. *hoc tit. d.l.*2. *§. tua & mea.* 4. *ff. eodem.* Aliena denique & mandatarii gratia mandatum intervenit : veluti,si aliquis mandet tibi, ut Titio pecuniam sub usuris credas, *§.tua* 41
& aliena 5. *hoc tit. d. l.* 2. *§. tua & aliena* 5. *ff. mandati.* Hoc in exemplo tua causa intercedit mandatum : quia tu credis pecuniam sub usuris , quas præstari tibi , tua interest , ut quæstum facias. Aliena vero causa,nempe Titii , mandatum interponitur , quia mandatur tibi,ut ipsi Titio credas , sicque ejus necessitati succurras. *Vide Hotomannum hic ad verba , ut Titio sub usuris, &c. & ipsius clancularium Sectatorem Tuningium , pag.* 644.

V. Ratione formæ distribuitur mandatum , in deter- 42
minatum & indeterminatum. Illud fines & limites certos habet,intra quos sese continere mandatarius debet : hoc nullis repagulis certis est circumscriptum , *argument. l.*3.*§ ultim. & d. l. Quintus* 48.*§. ult. ff. mandati. Mozz. d. cap.* 2. *de divis. mandat. num.*68. Sed & ratione for- 43
mæ mandatum rursus aliud proprium,aliud improprium constituitur. Illud propriis mandati requisitis & proprietatibus insignitur,fitque gratuitò : hoc à naturâ mandati propria nonnunquam recedit , puta in quo aliquid remunerandi gratia alicui datur , vel quo quis procurator in rem suam constituitur, *l. licet.*42.*§. ea obligatio* 2. *ff. de procuratorib. Gloss.Bartol.& alii in l.* 1 *ff. eod. Pet. Costal. in l. si qui in rem.* 34. *ff. d. tit.Sichard in l. qui stipend.*9. *n.* 3. *Cod. eod. hosque laudans D. Bocer. Class.* 2. *disp.* 6. *thes.*8. 9. *&* 96. *edit.* 2. *Mozz. d. cap.* 2. *n.* 87.

VI. Ab Accidente dividi potest mandatum in purum,& 44
non purum Illud est,quod neque ex certo tempore, neque in certum tempus,neque sub conditione contrahitur: hoc verò,quod diem,tempus , vel conditionem annexam habet,*l.*1.*§.* 3. *ff mandati.§. mandatum & in diem.*12 *infr. hoc tit. Mozz. d. cap.* 2. *de divis. mand. n.* 91. *Jul. Pac. in epitome jur. disp.* 14. *th.* 43.

Porrò cum mandare & mandatum suscipere fit ex ge- 45
nere permissorum : siquidem mandatum originem ex officio atque amicitia trahit , *d. l.* 1. *§. ultim. ff. mandat.* consequens est , mandare & mandatum suscipere posse omnes, qui non prohibentur , *argum. l. mutus.* 43. *§.* 1. *ff. de procuratorib. l. nec non & si* 28.*§.* 2. *ff. ex quib. caus. majores* 25. *annis in integr. restit. l. cum prætor.* 12.*ff. de jud. l.* 1.*§.* 1. *ff.de testib. & similium.* Prohibentur autem 46
alii ratione potestatis,alii ratione ætatis,alii ob vitium vel animi, vel corporis. Ratione potestatis mandare prohibentur servi, sive sint in potestate hostium,sive in potestate dominorum. Licet enim hic contractus juris gentium sit, *ut probatum supra num.* 11. cujus communionem etiam servi habent ; *l. quod attinet.* 32. *ff. de reg. jur.* tamen quo minus servi mandare possint , rei natura impedit:propterea quòd cum iis jure civili nulla est efficax obligatio, *l. cum servus.* 54 *in princip. ff. de reg. jur.* Quod 47
vero de servo dicitur, cum mandare non posse : tum demum obtinet, cum suo is nomine mandare cupit, & proprio : non cum domini nomine, & alieno. Hoc etenim casu etiam servus mandare potest : sed ita , ut mandati actionem non sibi, sed vel domino , vel in dominum pariat , *initio tit. infr. per quas person. nobis obligat. acquir. l. si verò* 12. *§. planè* 3. *ff. mandati.* Ratione ætatis man- 48
dare prohibentur infantes : quia consensu & judicio carent. Etsi enim consensum & judicium habeant potentiâ: nondum tamen actu habent, nec in effectum eum producunt , *l* 1. *in princ ff de verb. obligat. d l obligari* 43. *ff. de obligat. & actionib.* Idem quoque de pupillis judi- 49
candum: nisi vel meliorem suam conditionem faciant, & locupletiores fiant, *per princip. tit. supr. de auctor. tutor. l.contra juris.* 28. *in princip. ff. de pact.l. si quis* 14. *§. qui mandatu.* 15. *ff. de religios. & sumpt. fun. l. naturaliter.* 13. *in fin. ff de condict. indeb* vel tutoris appositâ autoritate mandent , *argum. l. pupillus.* 189. *ff. de reg. jur.* Ob vitium animi mandare impediuntur furiosi & mente 50
capti : quia horum consensus eo ipso , quod furiunt & desipiunt , nullus est : cum ratione destituantur : & quid utiliter , vel quibus mandent , discernere nequeant , *l.* 2. *§.* 1. *ff de procuratoribus l. furiosi.* 40. *ff. de reg. juris.* Idem de prodigo , cui bonis inter-

Digitized by Google

interdictum est, statuendum. l. Marcellus. 25. ff. de fidejusso-
51 rib. d. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. Denique ob vitium cor-
poris mandare vetantur illi, qui a natura nec audiunt, nec
loquuntur: adeoque animi sensa expresse declarare im-
pediuntur. Aliud tamen juris in eo est, qui à natura vel
mutus tantum vel surdus tantum, vel utrumque, sed casu
existit: si modò intelligat, quid agat: & si id, quod intelli-
git, se agere palam demonstret, d. l. mutus. 43. in prin. ff.
de procurat. l. in quibuscunq. 48. ff. de obligat. & act. Huc-
que pertinent, quæ docui ad §. 1. n. 34. & seqq. infr. tit. de
iis, per quos agere possumus. Reliqui igitur omnes mandare
queunt: sive sint patresfamilias, sive filiifamilias, l. filius-
famil. 8. in princip. ff. de procurat. l. in factum. 13. & l. obli-
gari 45 ff. de obl. & act. Mozz. d. tract. de mandat. c. 3. de
52 person. inter quas cadere potest mandat. num. 7. sive item
masculi, sive fœminæ: quæ hujus contractus participes
sunt, non quidem absolutè & simpliciter: sed si suum ne-
gocium gerant. Pro alio enim intercedendo mandantes
non obligantur, l. quanquam. 7 ff. ad Senatusconf. Velleian.
53 Quin & tam absentes, quam præsentes, mandare pos-
sunt: cum mandatum non ore tantum & verbis: sed
per nuntium quoque & epistolam fieri queat, d. l. 1. §.
1 ff. mandati l. 2. §. 2. ff. de obligat. & actionib. initio tit.
54 supr. de obligationib. ex consensu. Præterea non solum do-
minus alicujus negocii, jure mandare potest: sed & pro-
curator negocium susceptum alteri rursus demandare po-
test, l. si procuratorem 8. §. si quis. 3. ff. mandati. l. si quis
28. ff. de negoc. gest. Treutl. volum. 1. disp. 27. thes. 2. lit. C.
Quod de extrajudicialibus negociis, de quibus maximè
hic agitur, indistincte verum est: ast in judicialibus quid
juris sit, explicui ad d. §. 1. infr. de iis, per quos agere poss.
num. 58. & seqq.
55 De deportato, utrum mandare possit, non parum du-
bitatur? Et non posse verius esse existimat Treutlerus,
d. disp. 27. thes. 2 sub. lit. A. volum. 1. ubi & alios citat. Sed
plerique alii rectius statuunt, deportatum mandare posse,
56 indeque sibi & obligationem & actionem acquirere. Tum
quia deportatus ea omnia retinet, quæ sunt juris gentium,
l. sunt quidam. 19 in fin. ff. de pæn. l. deportatus. 15. ff. de
interdict. & relegat. Mandatum autem esse juris gentium
constat. l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. & similibus al-
57 legatis supra num. 11. Tum quia in l. si mandavero 22. §.
is, cujus 5. ff. mandati. Paulus in hæc verba disertè scri-
bit: is, cujus bona publicata sunt, mandare alicui potest,
ut ea emat: & si emerit: utilis erit mandati actio, si non
præstet fidem. Quod ideo receptum est: quia publicatis bonis,
quicquid postea acquiritur, non sequitur fiscum. Quem tex-
tum de deportato (non item de relegato, ut censet Cu-
jacius ad l. ejus, qui 8. ff. qui testament. fac. poss. Forca-
tul. necyomantiæ dialog. 82. num. 6. Philipp. Matth. n. 15.
& Sturcius num 16. ad l. ea sola 97. ff. de reg. jur.) accipi
debere, inde patet, quòd loquitur perspicuè de eo, cujus
58 bona publicata sunt. Atqui relegati bona non publican-
tur: sed ipse ea retinet, l. 1. & l. relegatus. 18. ff. de in-
terdict. & relegat. nisi expressè ac specialiter, salva civi-
tate, bona universa, vel pars aliqua bonorum per sen-
tentiam ei adimatur, l. relegati 4 l. relegatus est. 14. §. 1. ff.
eod. l. deportatorum 8. Cod. de pœnis l. chirographis. 57. §. 1.
ff. de administrat & peric. tutor. cum similib. Verum si sal-
va civitate bona sunt publicata: tunc non opus est utili
actione: neque justa causa est, cur non actioni directæ lo-
cus relinquatur. Cum autem in d. l. si mandavero. 22. §. 5.
utilis mandati actio sit necessaria contra mandatarium, si
non præstet fidem: ea non de relegato, sed de deportato
accipienda erit. Quo si omnino evinceretur relegatum,
cui omnia bona specialiter adempta sunt, non habere nisi
utilem actionem, ut ita d. l. 22 §. 5. de eo quoque intelligi
posset: non tamen ideo deportatus excludendus esset. Verba
enim dicti § 5 ita se habent, ut utriq; convenire queant.
59 Nec obstat, quod deportatus omnia amittat, quæ juris
60 civilis sunt, d. l. sunt quidam. 17. §. 1. ff. de pœnis. Actio-
nes autem sint jure civili introductæ, l. 2 §. deinde ex his.
6 ff. de orig. jur. Nam actiones quoad conceptionem &
formam esse juris civilis, quoad originem verò juris gen-
tium, latius probavimus ad princip. tit. infr. de actionib.
num. 15. & seqq. Idque post alios, eleganter demonstrat.

Dn. Collega Besoldus in Commentar. ad l. 5. num. 7. ff. de
justit. & jure. Atque hinc meritò deportato, non directæ,
sed utiles actiones conceduntur, d. l. 22. §. 5. ff. mandati
& utilibus quoque actionibus convenitur, d. l. relegatus
est. 14. §. ultim. ff. de interdict. & relegat.
Neque refragatur, quòd deportato permissum non sit, 61
ut servum manumittat, l. 2. ff. eod. tit. tametsi manumis-
sio sit juris gentium, l. manumissiones. 4. ff. de justit. &
jur. initio. tit. supr. de libertinis. Etenim deportatus ea-
tenus non amittit ea, quæ sunt juris gentium, quatenus
fisco damnum & fraudem non infert: quod in manumis-
sione contingeret, l. deportatus. 15. ff. de interdict. & re-
legat.
Nihil quoque resistit, quod appellatione bonorum 62
actiones continentur, l. bonorum. 49. in fine ff. de verbor.
significat. ac proinde confiscatis sive publicatis bonis, &
actiones confiscatæ atque publicatæ censentur. Hoc si-
quidem argumentum procedit in actionibus, ante publi-
cationem quæsitis, non verò in actionibus, post deporta-
tionem quærendis & quæsitis, de quibus loquitur Pau-
lus in d. l. si mandavero. 22. §. is, cujus 5. ff. mandati.
Cui minimè contradicit Imper. Alexander in l. 2. C. 63
de bonis proscript. ex qua colligi posse videtur, quod de-
portatus non solum omnia bona, quæ tempore deporta-
tionis habuit, amittat: sed etiam universa illa, quæ postea
quandoque acquisierit, fisco acquirat. Bona enim, quæ
post condemnationem acquisivit deportatus, non pu-
blicantur, aut fiscum sequuntur: quamdiu deportatus vi-
vit: ideoque illorum nomine utilem actionem habet, d.
l. 22. §. 5. ff. mandati. sed eo mortuo, devolvuntur ad
fiscum: adeò, ut deportatus heredem habere nequeat: un-
de in d. l. 2. dicitur: sed & hæ publicabuntur. Quod ta-
men hodie fallit, si superstites sint liberi aut parentes i-
psius deportati: quibus personis Justinianus bona relicta
tribuit. Novell. 134. cap. ultim. §. ut autem &c. Atque
ita sentiunt Costalius ad d. l. 22. ff. mandati, ibique Dua-
ren. cap. 2. Pacius cent. 4. ἐναντιοφανῶν. quæst. 87. & seq.
Roberus disputat. 17. thes. 12. Arumæus exercitat. Justin.
15. thes. 7. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 17. c. 4. lit.
G. §. arceri item, &c. Mejer. in disputat. ad lib. 17. Pand.
tit. 1. thes. 10. n. 11. Bachovius in not. ad Treutler. d. disp.
27. vol. 1. & noviter Knipschildt d. exercit. Acad. 10. q. 12.
p. 363. nec non Richter d. disp. 12. thes. 1. sub. lit. b. p. 950.
Mandatum suscipere possunt similiter non solum pa- 64
tresfamilias, sed & filiifamilias, l. si verò. 12. si filiofamilias 5.
cum §. seq. & l. penult. ff. mand. l. mandasti. 46. ff. de negociis
gest. Et meritò sane: quia filiifamilias etiam procuratores
ad lites constitui absque consensu patris possunt, l. filiusfa-
milias. 8. in fine principii. ff. de procurator. c. qui generaliter.
5. §. 1 eod. in 6. Hujusque ratio est evidens: tum quia fi-
liusfamilias etsi patriæ potestati est subjectus: liber tamen
homo est, & civis Romanus: nec ulla prohibitio, de
filiofamilias procuratore non constituendo, in jure repe-
ritur. Tum quia officium procuratoris judicialis publi- 65
cum est & civile, l. 2. ff. de reg. jur. At filiusfamilias in 66
publicis & civilibus causis pro patrefamilias habetur, l.
filiusfamil. 9. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l. ille,
a quo. 13. §. ult. junct. l. seq. ff. ad senatusc. Treb. hinc
quæstio satis dubia exorta est: si pater negocium, quod
filiofamilias à Titio demandatum erat, executus fuerit: 67
quænam actio detur; mandati, an negociorum gestorum?
Et rectè Africanus JC. in d. l. mandasti 46. ff. de negoc.
gest. inspiciendum putat, qua mente pater mandatum,
quod filio Titius dederat, expleverit. Nam si in gratiam
Titii mandantis, ejusque contemplatione mandatum pa-
ter explevit: tum inter mandantem Titium & mandatarii
patrem est ultrò citroque actio negociorum gestorum,
perinde atq; si nullum mandatum intercessisset: quia et-
si intervenerit mandatum; non tamen inter patrem & Ti-
tium mandantem, sed inter mandantem & filium interve-
nit: ac proinde inter hos mandati actio erit. Quod si pater
in gratiam filii explevit mandatum, liberandæ ejus fidei
causa: inter patrem & filiū nulla actio esse potest, propter
vinculum patriæ potestatis: inter patrem & Titium man-
dantem nulla etiam actio est ex ipsorum persona: sed est
ex persona filii, ultro citroque actio mandati, Titio
directa

Digitized by Google

directa de peculio, patri contraria in solidum: eademque est inter Titium & filium in solidum.

68 Cui non repugnat *l. si filiusfamilias. 7. ff. de tutel.* ubi Ulpianus ait, patrem etiam teneri in solidum, si agnoverit tutelam demandatam filio, id est, si gesserit, vel gerenti consenserit. *Scitè* enim Jacobus Cujacius *in d. l. 46. ff. de negoc. gest. tract. 7. ad African.* eumque laudans Hunnius *in resolut. ad d. disput. 27. Treutleri thes. 2. lit. B. pag.* 1706. respondent: duos esse casus distinctos atque diversos; si gesserit pater, & si filio gerenti consenserit. Quod ad priorem attinet: in casu *dict. l. 46.* pater gessit filii gratiâ, non verò mandantis: & ideo mandanti suo nomine obligari non potuit: sed filii tantum nomine de peculio. At in casu *dictæ l. 7. ff. de tutel.* pater gessit pupilli gratiâ; & ideo is pupillo tenetur in solidum, non quidem tutelæ, sed negociorum gestorum. Quod ad posteriorem attinet casum: in specie *dictæ l. 46. ff. de negoc. gest.* nihil gessit filius: sed in specie *dictæ l. 7. ff. de tutel.* filius gessit tutelam, patre agnoscente tutelam, id est, agnoscente periculum tutelæ.

69 Nec enim aliud est, agnoscere tutelam, quam agnoscere periculum tutelæ. Quare pater suo nomine tenetur, quasi jussor, vel quasi fidejussor. Patre autem non agnoscente periculum tenetur de peculio duntaxat, *l. Lucius 21. ff. de adm. & peric. tut.* Consensus igitur, id est, scientia, patientia, taciturnitas patris, non obligat patrem in solidum, *d. l. Lucius.* imò nec cohortatio vel admonitio sola benè gerendæ tutelæ, *d. l. si filiusfamilias. 7. in fine. ff. de tutelis.* sed consensus expressus quasi periculi receptio est, & obligat patrem in solidum, *d. l. si filius. 7 ff. eod. & d. l. Lucius. 21. in fin. ff. de administr. & peric. tutor.* Cæterum secundum distinctionem *dictæ l. mandati 36 ff. de negoc. gest.* accipienda est, *d. l. si vero. 12. §. si filiofamil. 5. & seq. ff. mandati.* Mandasti filiofam. meo, ut creditori tuo solveret: ego solvi. Lex ait, te mihi teneri mandati actione: hoc ita, si contemplatione filii solvi. Nam si tui gratia solvi: teneris actione negociorum gestorum. Quid verò, si post mancipationem filii solvi? Et ait eadem lex, esse negociorū gestorum actionem, in filium scilicet, si contemplatione ejus solvi: in te, si tui contemplatione. *Ita nervose docet Cujacius loco prææalleg.*

70 Mandatum præterea suscipere possunt tam fœminæ, quam mares, *l. ait prætor. 3 §. 1. ff. de negoc. gest. l. sed etsi. 7. §. 1 ff. de institor. actionib.* Nec sanè uspiam fœminæ mandatum suscipere prohibentur, modo sit tale, quod personæ ipsarum conveniat, hoc est, non contineat virile aliquod officium, quo mulieres removentur, *l. 2. ff. de reg. jur.*

71 *l. 1. & 2. ff. ad SC. Vellejanum.* Sed & minoribus 25. annis negocia possunt mandari, *§. justæ. 5. in fin. sup. quib. ex caus. manumit. non licet. l. cum mandatu. 23. ff. de minorib.* adeò quidem; ut, si quis minori mandaverit, ut sua negocia gereret: ex ejus persona in integrum restitui nequeat, *d. l. 23. in fin.* nisi fortassis minor suâ sponte negocio illius intervenerit: ne majori hac ratione damnum accidat, *l. quod si minor. 24. in princip. ff. de minorib.* Planè ex præcedentium numero non est servus: nec is quidem, qui bona fide nobis servit: quia non libera voluntate rem sibi mandatam exequitur, sed quasi ex necessitate servili, *l. & qui natura. 19. §. 2 ff. de negoc. gest.* Quod si tamen verus servus ex hujusmodi mandato suscepto fortè solvisset: actio mandati adversus mandantem datur, non quidem servo, sed domino ejus, *d. l. si vero. 12. §. 3. ff. mandati.*

§. Tua tantum gratia. 6.

Tua tantum gratia intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum, magis consilium, quam mandatum est; & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur: cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat, consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes: quamvis non expediat, eam tibi emisse, vel credidisse: non tamen tibi mandati tenetur. Et adeò hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares: sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

SUMMARIA.

1 *Mandatum solius mandatarii causa factum, magis consilium est, quam mandatum, ac proinde non obligatorium.*
2 *Nemo consilium sequi cogitur.*
3 *Consilium in quo differat a mandato.*
4 *Consiliarii quatenus conveniri possint.*
5 *Declaratio l. si remunerandi. 6 §. 5 mandati.*
6 *Conciliatur d. l. 6. §. 5. ff. eod. cum l. 3. § usum ff. de negoc. gestis.*
7 *Mandatum quomodo a consilio sit distinguendum.*

Mandatum solius mandatarii causa factum, est supervacuum: imò hujusmodi mandatum magis consilium, quam mandatum, putandum est: ac propterea nulla obligatio, nec mandati actio inter mandatarium & mandantem nascitur, *per principium hujus tit. & hunc §. nostrum. l. 2. in princip. & §. tua autem. 6. & l. si remunerandi. 6 §. planè 5 ff mand. l. consilii 47. ff de reg. jur. c. nullus. 62. eod. tit. in 6.* Exempli gratia: Mandavit tibi quisquam, ut pecunias tuas otiosas vel steriles in emptiones prædiorum potius colloces, quam fœneres: vel è contrario, mandavit tibi, ut pecunias istas tuas fœneres potius, sive sub usuris credas, quam in emptiones prædiorum colloces. Ex hoc mandato nulla tibi adversus mandantem datur actio. Non consilium potius tibi dedisse, quam mandasse intelligitur. Si itaque tu damnum ex tali mandato es passus: tibi hoc, non verò mandatori imputare debes. Neque enim teneberis mandatum illud, quod tua tantum gratia factum erat, exequi, per tritam illam regulam, qua dicitur, neminem cogi consilium sequi, quod ab aliquo petiit, *cap. cum olim. 7 ubi pulchra Gloss. & communiter Canonistæ. ext. de arbitris.* Multum igitur differt à mandato consilium. Etenim qui consilium dat, non suam, sed alterius utilitatem spectat: ut contra, qui consilium accipit, suum negocium gerit. Qui verò suscipit mandatum: non gerit suum, sed alienum negocium. Sic qui consilium accipit: & probat: idem improbare potest. At qui semel suscipit mandatum, id non repudiare potest amplius, sed perficere tenetur, *§. mandatum. 11. infr. hoc tit.* Quamobrem neque obligari, neque conveniri Consiliarii possunt; nisi ex consilio fraudulento, actione de dolo, *l. idemque. 10. §. si quis ea. 7. ff. mandati. d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur. d. c. nullus. 62. ibique Peckius num. 9. eod. in 6. Hackelman. illustr. quæstion. disput. 9. thes. 17. lit. C.* Sanè si ego tibi aliquid tua gratiâ mandavero; hocq; mandatum, sive potius consilium tanti apud te fuerit ponderis, ut aliàs non fuisses facturus, nisi mandassem: hoc casu mandati actio tibi mecum erit, *per textum clarissimum in d. l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ff. mandati.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Planè si tibi mandavero, quod tua interest: nulla erit mandati actio: nisi mea quoque interfuit: aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, & si mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Qui profectò textus citra cavillationem & divinationem manifestam, neutiquam eo de casu accipi poterit (ut opinantur Donellus *lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 10. pag. 167.* Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. parte 4 q. 2. vers. idem planè respondendum, &c. Knipschilde exercitat. Acad. 10. quæst. 16. p. 366.* aliique nonnulli) quo non simpliciter mandatarii solius causa, sed & alterius gratia mandatum intercessit. Siquidem in *§. 4. proximè præcedente* hæc species, mando tibi, ut Titio credas, tractatur: ideo non dubium est ullum, quin *in d. §. 5.* de alia specie, qua nimirum mandatarii solius causa mandatum est contractum, agatur Quod

Quod maximè procedit, & verum est, si certò appareat, ac de eo testatus sis, quòd si ego non mandassem, tu nunquam facturus esses. *Verbi gratiâ*: constituisti emere fundum. Ego dissuasi emptionem, mandans,
5 ut fœneres potius. Tu aperte profiteris, non nisi mandato meo permotum te fœnerare. Si res malè cessit, ego mandati teneor. *d. l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ubi Gloss. ff. mandati.* Atque ita tradunt *Salicet. & Bartol. in d. l. 2. §. tua autem. ff. eodem ibique Wesenbec. in Paratitl. num. 7. Mozzius in tract. de mandato. cap. 2. de divis. mandati, circa finem. Dynus in d. c. nullus. 63. num. 2. & 3. de reg. jur. in 6. Decius in d. l. consilii. 47. ff. de reg. jur num 4. ibique Hippolytus à Collib. nec non Philipp. Matthæus num. 3. & Sturcius num. 25. Menoch. lib. 2 cent. 4. de arbitr. jud. quæst. cas. 351. Mynsinger. hic num. 4. Bachovius num. 1. pag 823. Hænon disp. 17. ad lupit. controvers. 9. & Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 13 cap. 10. ad. lit. I.*

6 Neque dicta *l. 6. §. planè. 5. ff. mand.* refragatur *l. ait prætor. 3. §. ultim. ff. de negoc. gest.* ubi mandati actio datur etiam ei, qui sua sponte facere proposuerat. *Nam* in utraque lege diversa species est. Etenim *in d. l. §. ultim. ff. eod.* non gratia mandatarii duntaxat, sed gratiâ tantum aliena fuit mandatum: hoc utique casu rectè ab Ulpiano respondetur, mandati actionem competere: etiamsi sine mandato aliena negocia mandatarius gesturus fuisset. Secus autem est, si mandatarii tantum gratiâ man-
7 datum est interpositum. Tunc enim mandati actio non conceditur mandatario, si is sua sponte idem facturus fuisset, *argum. d. l. si remunerandi. 6. §. 5. ff. mandati.* Sic porrò mandatum à consilio distinguendum est: ut consilium censeatur, si indefinitè fiat, & certa persona designata non sit: contra videatur mandatum, si persona certa sit expressa. *Exempli gratiâ*: Mando tibi, ut pecuniam tuam fœnori des, est consilium: mando tibi, ut pecuniam tuam fœnori des Titio, est mandatum, proindeque obligatorium. Quanquam ea de re quædam inter veteres Jurisconsultos fuerit pugna. Proculiani namque in utroque casu consilium esse contendebant: Sabiniani verò prædicto modo distinguebant. Et Sabinianorum sententia tandem obtinuit, ex illa ratione; quia non aliter (*ut ait hic in fine Imperator*) Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset: hoc est, quia certæ personæ designatio aliquam utilitatem mandantis, qui tali personæ consultum voluerit, continet, *d. l. si remunerandi. 6. §. si tibi mandavero. 4. & l. si procuratorem. 8. §. mandati. 6 ff. eod.* Quarum legum inter se dissidentium conciliationem vide apud Jacobum Cujac. *lib 17. observ. cap.* 29. Adde Georgium Frantzkium *exercitat. jurid. 11. quæst. 6. pag. 358. & seqq.*

§. Illud quoque. 7.

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuriâ faciendâ mandet tibi. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris: non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

SUMMARIA.

1 *Mandatum rei turpis, aut quod contra bonos mores est, nullius momenti est.*
2 *Damnum, quod sua quis culpa sentit, non alteri imputandum: & consideratio l. 3. §. 2. ff. de in rem verso.*
3 *Mandatum rei turpis, vel jure prohibitæ non subsistit, etiamsi juramentum intervenerit.*
4 *Sententia cap. cum contingat. 28. ext. de jurejurand. & cap. de pact. in 6.*
5 *Non entis nullæ sunt qualitates.*
6 *Omne juramentum, divinæ ordinationi contrarium, est nullum.*
7 *Enucleatio & [illegible] l. 1. & auth. sacramenta puberum. C. si advers. [illegible].*
8 *Contractus ipso jure nullus, impropriè contractus dicitur.*
9 *An [illegible] mandans pœnâ eadem, qua mandatarius, affici debeat.*
10 *Injuriarum tenetur non tantum is, qui injuriam fecit, sed & qui illam fieri mandavit.*
11 *Mandator cædis pro homicida habetur.*
12 *Damnum dare, & delictum patrare quis intelligatur.*
13 *Numquid mutuum, homicidium puniens etiam locum habeat in mandante.*
14 *Jura municipalia interpretationem recipiunt ex jure communi.*
15 *Mens statutorum verbis præfertur.*
16 *Delicta puniri, Reipubl. interest.*
17 *Quatenus rei flagitiosæ nullum sit mandatum.*
18 *Utrum mandans hominem vulnerari, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Cornel. de sicariis pœna teneatur.*
19 *Lex Cornelia dolum tantum recipit, non culpam.*
20 *Intellectus l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

Mandatum, quod contra bonos mores est, non est obligatorium, *auctore hic Justiniano.* Ut enim so- 1
cietas, *l. quod autem. 53. & l. nec prætermittendum. 57. ff. pro socio.* ita & mandatum rei turpis aut inhonestæ nullum est, *l. si. remunerandi. 6. §. rei turpis. 3. l. si vero. 12. § si adolescens. 11. & l. si mandavero. 22. §. qui ædem. 6. ff. mandat.* Quare si furtum Titio mandante admiseris, & ab eo, cui furtum fecisti, conveniaris, sicque ad pœnam condemneris: actionem mandati contrariam adversus
Titium mandatorem non habebis: cum nulla implendi 2
mandati necessitas tibi incubuerit, reique turpis mandatum suscipere non debueris: atque ita damnum, quod tua culpa sentis, non mandanti Titio, sed tibi sit imputandum, *c. damnum. 86. de reg. jur. in 6. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.* Neque obstat, quod iisdem casibus actio de in rem verso est, quibus procurator habet actionem mandati. *l. 3. § & regulariter. 2. ff. de in rem verso.* Atqui de in rem verso actio est, etiamsi quid datum sit ob rem turpem, *d. l. 3. §. nec non 6. ff. eodem.* Nam respondetur: aliud esse in homine libero, *ut hic*: ubi ob rem turpem actio mandati non est: aliud in his, qui sunt in potestate, ut *in d. l.* 3. §. 6. in servo, qui mutuatus nummos, ut domino daret abusuro ad rem turpem. Quippe liber homo alteri non cogitur sic dare: servus pro servitii jure hoc debet, ut & libertus officium facere: *de quo videatur hic Marcilius.* Et sanè non solum rei natura tur- 3
pis, sed & jure atque legibus prohibitæ mandatum non subsistit, etiamsi juramentum intervenerit; *c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. l. juris gentium. 7. §. & generaliter 16. ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. §. pen. & ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib.*

Cui non obstat *cap. cum contingat. 28. ext. de jurejur.* 4
& c. quamvis. 2. de pactis in 6. ubi pactum, jure civili prohibitum atque illicitum, si juramento fuerit confirmatum, dicitur subsistere atque servandum esse. *Licet* enim jure canonico hoc ita sancitum sit: contrarium tamen jure civili receptum, & rationi, & æquitati magis est consentaneum, *d. l. non dubium. 5. Cod. de legib.* Nam præ- 5
terquam quod omne, quod confirmatur, alicujus valoris ac momenti esse debeat: cum non entis nullæ sunt qualitates, *argum. l. si servum. 4 §. 1. ff. de actionib. empt. l. decem. 116. ff. de verbor. obligat.* & ideo quod contra leges fit, cùm ipso jure nullum sit, *d. l. 5. Cod. de legib.* juramen-
to confirmari aut convalidari nequeat: hæc etiam ratio 6
accedit, quod omne juramentum, divinæ ordinationi repugnans, nullius sit momenti, ac bona conscientia servari non possit, *argument. d. c. quamvis. 2. in fine de pactis in 6. & d. c cum contingat. 28. in fin. de jurejurand.* Tale autem juramentum esse, quod legibus civilibus repugnat, clarescit *ex cap. 13. ad Roman. vers. 2. 4. 5.* Hoc itaque in puncto, non juri Pontificio, sed potius civili, standum atque inhærendum est, ut quod ad jus divinum propius accedat, & conscientiæ melius consulat, *d. c. Rom.* 13.

Neque refragatur *l. 1. & auth. sacramenta pube-* 7
rum. Cod. si adversus venditionem. ubi apertè constituitur contractum minoris juratum omnino servandum esse, nec citra perjurii crimen violari posse: cùm tamen contractus ille, absque curatoris auctoritate & consensu initus, illegitimus fuerit, jureque improbatus. Etenim *d. l. 1. & auth. subjecta* loquuntur de contractu minoris valido, qui videlicet initus fuerit à minore, curatorem non habente; aut habente curatorem, qui consensum suum & auctoritatem interposuerit. His siquidem casibus contractus non est jure civili invalidus,

Digitized by Google

sed omnino subsistit: quamvis per in integrum restitutionem rescindi & infirmari queat. Ad quam in integrum restitutionem excludendam facit juramentum, hocque operatur, ut contractui aliàs licito atque legitimo minor stare cogatur; nec in integrum restitutionis beneficium implorare valeat. Quod autem *d. l. 1. & auth. subjecta* agant de contractu, ipso jure subsistente, inde patescit, quod Fridericus Imper. *in d. auth. sacram. puber.* expressè
8 loquitur de *contr.* puberum. Atqui contractus ille, qui ipso jure nullus est, non nisi abusive & improprie contractus dicitur. Deinde loquitur Imp. *de contractibus non retractandis.* Contractus verò: qui ipso jure nulli sunt, improprie & abusive retractandi dicuntur. Rectè ergo concluditur, quod mandatum de re turpi & illicita, adeo nullius momenti existimetur: ut ne quidem juramento obfirmatum vires recipiat. *Treutler. disput. 27. thes. 3. ad lit. F. volum. 1. ibiq. Hunnius in sui resolut. pag. 1709.* Porrò de vario intellectu *dictæ Auth. sacramenta puberum,* inspiciatur quoque Justus Springerus *in tractat. de pace religionis. cap. 3. pag. 36. & seq.*

9 Sed an delictum mandans pœna eadem, qua mandatarius, qui mandatum executus est, affici debeat, inquirendum est? Et affici debere, constat *ex l. si quis id. 7. §. ultim. ff. de jurisdict.* ubi eadem pœna albi corrupti infligitur ei, qui corrupit album, & illi, qui corrumpere mandavit, item *ex l. 1. §. 1. ff. de eo, per quem factum erit, &c.* ubi uterque & mandans & mandatarius pœna edicti ordinaria plectitur, itemque *ex §. non solum. 11. infr. de injur. & l. non solum. 11. §. si mandatu. 3. ff. d. tit.* ubi
10 injuriarum tenetur non tantum is, qui ipse fecit injuriam: sed & ille, qui ipse quidem non fecit: fieri autem istam, dolosè procuravit, sive mandavit, nec non *ex l. nihil*
11 *interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* ubi generaliter definitur: mandatorem cædis pro homicidâ haberi. At non haberetur pro homicida, si non eadem, qua ho-
12 micida, sed diversa pœna afficeretur. Quo confert manifesta ratio: quia damnum dare & delictum perpetrare is intelligitur, qui jubet dare damnum & perpetrare delictum, *l. 1. §. dejecisse. 12. ff. de vi & vi arm. c. qui facit. 72. de reg. jur. in 6. l. si damnum. 164. & ibi Decius. ff. eod. tit. Jul. Clar. lib. 5. sentent. §. homicidium. num. 12. Arumæus exercitat. justin. 15. thes. 8. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 89. Petr. Frider. Mindan. de processib. lib. 3. de continent. caus. cap. 16. num. 13.* Idque generaliter procedere quidam autumant, etiamsi mandatarius idem sine mandato & sponte in effectum deducturus fuisset, *Gomez. in §. pœnales. 12. num. 10. infr. de actionib. Covarruv. ad Clement. si furiosus, part. 2. relect. §. 2. num. 1. vers. hæc vero distinctio, &c. Clarus lib. 5. sent. §. fin. quæst. 89. n. 1. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 7. part. 4. quæst. 4. vers. sed de eo quæritur, &c. Justus Mejer. in disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 14. num. 5.* Verum ea de re quid statuendum sit explicuimus latius *ad d. §. non solum. 11. num. 4. & seqq. infr. de injuriis.* Eadem de re nonnulla notavit novissimè Joan. Baptista Baiard, *in additionib. ad Jul. Clar. d. § fin. quæst. 89. n. 1. & seqq.* nec non D. Besold. *in delibat. jur. ex lib. 17. ff. q. 3.*

13 Similis quæstio est: an statutum municipale, puniens
14 homicidium, etiam locum obtineat in mandante? Et obtinere verius est: tū quia jura municipalia interpretationem ex jure communi recipiunt, *l. ut gradatim. 11. §. 1. ff. muneribus. & honorib. c. cum dilectus. 8. ibique Gloss. super verb. jure communi de consuetud.* Sed jus commune non facere differentiam inter mandantem & mandatarium, liquet ex *d. l. nihil interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar. & concordantibus allegati. supra num. 11. & 12.*
15 Tum quia semper advertendum est ad mentem statuentium, quæ verbis utique præfertur, *argum. l. in conditionibus. 19. ff. de conditionib. & demonstrationib.* Atqui mens & sententia statuentium fuit, delinquentes punire:
16 cum Reipublicæ intersit, ne delicta remaneant impunita, *l. ita vulneratus. 51. §. 2. ff. ad leg. Aquil. c. ut famæ. 35. ext. de sentent. excommunicat.*

17 Neque resistit, quod vulgò dicitur: rei turpis aut flagitiosæ nullum esse mandatum, nec vires aliquas habere, *l. quod sæpe. 35. §. 2. ff. de contrahend. empt. d. l. si remunerand. 6. §. rei turpis. 3. ff. mandati. & similibus adductis supra n. 1.* Si nullum rei turpis mandatum est, adeoque nulla obligatio: etiam mandator ejus nomine teneri nequit. *Namque* respondendum est: illud nequaquam ita accipiendum esse, ut mandator admissi criminis impunitatem speret, aut accusationem effugiat: sed eo pertinet, ut nullum ex isto mandato oriri possit mandati judicium. *Gomez. tom. 3. var. resolut. cap. 3. num. 39. Paul. Berens Disputat. 12. ad Institut. them. 2. quæst. 4. Joan. Vand. lib. 2. variar. quæstion. q. 5. in fine. Clar. d. §. fin. quæst 89. n. 2. cum seq. Richter. in tract. de contractib. disput. 12. sub lit. b. pag. 361. & notavimus in §. item lex Cornelia de sicar. 5. num. 79. infr. de public. jud.*

Difficilior illa contentio est: utrum mandans hominem 18
vulnerari, & protestans, prohibensque disertè, ne occidat, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Corneliæ de sicariis pœna teneatur? Et (rejecta opinione illud affirmantium, *Menochii lib. 2. de arbitrar. jud. quæst. cent. 2. cas. 352. num. 2. Voltzii in Commentar. ad l. Cornel. de sicar. c. 6. num. 28 ibique Burckhardt in append. n. 84. & seqq. Mejeri d. disput. ad lib. 17. Pandect. tit. 1. th. 15. num. 6. aliorumque*) negantium sententia æquitati ac veritati magis congruit. Quia in proposito themate non intervenit dolus, & per consequens nec animus occidendi: cum mandans expressè prohibuerit occidere; dolus quippe ex animo pendet. Licet enim cogitare potuerit mandans, quod mors subsequi potuerat: tamen animum occidendi non habuit, sed fuit in lata culpa: ideo- 19
que ordinaria mortis pœna non est puniendus: quia lex Cornelia requirit dolum tantum; culpam quantumvis 20
latam non recipit, *l. in lege. 7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

Neque obstat, quod is, qui vulnerare jubet, mortis causam præbeat. Nihil autem intersit, quoad pœnam legis Corneliæ ordinariam, occidat quis, an præbeat causam mortis, *d. l. nihil interest. 15. ff ad leg. Corn. de sicar.* Nam respondetur primò, *dictam l. 15.* de eo esse accipiendam, qui directè doloque malo causam mortis præbet. At qui jubet vulnerare, prohibet verò occidere, non directè causam mortis præbuit: adeo, ut potius mortem præcavere voluerit, dum occidere prohibuit. *Deinde* non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam; ut hoc ipsum intenderit, eoque animo fuerit, ut mors sequeretur. Ast in proposito id dici non potest de eo, qui prohibuit, noluitque interfici, quem vulnerare jusserat. Committitur igitur fallacia accidentis: quoniam per accidens, præter ac contra intentionem mandantis, nec ex mandato, sed contra illud, alter est occisus. *Ita docent Rommleus. in tract. de homicid. part. 2. num. 293. cum. seqq. Fachinæus lib. 1. controvers. jur. cap. 36. D. Rümelin. exercitat. 15. ad Instit. thes. 18. ad lit. b. pag. 143. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. quæst. 5. Berens d. disputat. 12. them. 2. quæst. 5. aliique complures, quos citavimus in §. item lex Cornelia de sicariis. 5. infr. de publicis judic. n. 80. p. seqq. ubi pleraque dissentientium argumenta abunde refutavimus.*

§. Is, qui exequitur. 8.

Is, qui exequitur mandatum; non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere: alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeò quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris: inutiliter te acturum. Sed diversæ Scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant. Quæ sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris; habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur; ut minoris (si possit) emeretur.

SUMMARIA.

1 *Officium mandatarii seu procuratoris in quo consistat:*

Digitized by Google

2 *Mandatarius, fines mandati excedens, adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negociorum gestorum.*
3 *An emptor, cui ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, quod precio deest supplere, adeoque dominum, rei vindicatione agentem, repellere possit.*
4 *Sententia & intellectus l. diligenter 5. §. 4. ff. mandati.*
5 *Nullo certo precio mandatario praescripto, si is in fraudem mandantis, minoris, quam justo precio rem vendidit, dominium in emptorem translatum esse non censetur.*
6 *Dominus rem suam usucapere nequit.*
7 *Mens & consideratio l. si sciens. 26. in fine ff. de contrah. empt.*
8 *An in meliorem partem fines mandati excedere procurator possit.*
9 *Is qui libri, qui majorem summam, quam quae mandata fuerat, expendit, ad quantitatem permissam agere liceat.*
10 *Negocia & actus sunt individua.*
11 *Utile per inutile non vitiatur, quoties res ipsa divisionem recipit.*
12 *Minori, quam statuto, precio rem emens, adversus mandatarem actionem habet.*
13 *Major summa minorem in se continet.*
14 *Mandatum ad unum negocium datum, tacitiflter quoque ad alia, sine quibus negocium bene vel cum effectu expediri nequit.*
15 *Qui vult consequens, is etiam vult antecedens.*
16 *Cui mandatur jurisdictio, eidem simul mandatum censetur imperium mixtum.*
17 *Habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei venditae, vel locatae.*
18 *Sensus l. 1. §. igitur praepositio. 12. ff. de exercitor. act.*
19 *Sensus l. sed si tantum. 13. in pr. ff. de publ. & l. bona jure. 86. ff. de solution.*
20 *Sensus c. Nicolao. 46. ext. de appellationib.*
21 *Procurator sive mandatarius non dolum tantum & culpam latam, sed etiam levem & levissimam praestare tenetur.*
22 *Omne quod inest, nihil ex dedit.*
23 *Excepta, confirmant regulam in casibus non exceptis.*
24 *Nihil magis contrarium esse fidei, quam publice fovari.*
25 *In dubio per culpam, cujus simpliciter facta est mentio, levis intelligitur.*
26 *Consideratio l. si procuratorem 8. §. ultim. ff. mandati.*
27 *Quod per id de genere praedicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur.*
28 *Frustrare bonam fidem quid sit veteribus.*
29 *In contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolus tantum & lata culpa praestatur: levis & levissima culpa non item.*
30 *Nemini suum officium damnosum esse debet.*
31 *Consideratio l. si si tempus. 29. §. 3. ff. mandati.*
32 *Tutor de dolo, culpa lata & levi tantum tenetur.*
33 *Inter tutelam & mandatum differentia.*
34 *Mens & sententia l. in re mandata 21. C. mandati.*

1 OFficium mandatarii seu procuratoris in eo consistit ut mandatum semel susceptum diligenter & bona fide impleat, *l. si mandavero. 22. § ultim. l. si fundum 35. in fin. & l. creditor. 60. § ult. ibi, sed quatenus res ex fide, &c. ff. mandati.* ejusque formam praescriptam, & fines accurate custodiat, *hoc §. nostro l. cum mandati 12. Codic. eodem.* Namque si fines excesserit, non id, quod mandatum est, sed aliud facere videtur, *l. diligenter. 5. in princip. & l. rogatus. 33. circa finem. ff. d. tit. Cujac. lib. 12. observation. c. 34. Gell. lib. 1. noctium Attic. c. 13. Andr. Gerb. decad. 15. q. 10.*
2 *Alth. lib. 1 dec. al c. 38. n. 21 p. 295.* Ideoque mandatarius non modò nullum mandatori damnum aut praejudicium infert: sed & adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negociorum gestorum, *l. 3. §. ult. cum l. seq. l. ita ut omnes. 36. §. 2 ff. mandati, & d. l. cum mandati. 12. Cod. eodem. Bachovius hic num. 1. pag. 826. Menoch. de arbitrar. jud. quaest. lib. 2. cent. 4. cas. 352. num. 3. Doring. in bibliotheca Jurisconsultorum num. 1. in verb. actio mandati. num. 31. fol. 383.* Exempli gratia: Mandavit tibi aliquis, ut rem suam certo precio venderes: tu verò minoris vendidisti, & venditione facta rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in praejudicium ipsius mandantis, in emptorem non transtulisti, *d. l. cum mandati 12. C. mandati. l. si precium. 19. Cod. de procuratoribus.* Igitur, non obstante traditione, rem suam vindicare mandator poterit: nec ei vendicanti exceptio rei venditae & traditae nocebit: cum non ex voluntate ipsius vendita sit, ac propterea perinde habetur, ac si vendita non esset, *l. 1. § Cel-*
3 *sus 3. ff. de except. rei venditae.* Quod licet adeo verum esse quidam existiment: ut emptor, cui etiam ignoranti res minoris per procuratorem vendita fuit, nec quod precio deest supplere, nec supplendo mandatorem seu dominum, rei vindicatione agentem repellere possit. 4
eorum tamen sententia perspicue refellitur à Paulo *in d. l. diligenter 5. §. servo quoque 4. ff. mandati,* ubi ostendit, rei vindicationem non competere domino, si is per emptorem, cui res minoris vendita est, indemnis conservetur. At quando emptor offert, quod deest precio, per mandatorem praescripto mandatario, indemnis mandator conservatur.

Nec quis contra objecerit: Paulum eo de casu loqui, quo mandatarius precium supplere, & indemnem mandatorem servare voluit: nihil autem tractare de emptore: & consequenter ex ista lege minus recte inferri; quod emptor precium supplendo, mandantem rei vendicatione agentem summovere possit. Nam respondetur: illam legem de emptore, qui mandatorem indemnem servare voluit, non vero de mandatario, necessario accipiendam esse. Etenim in illa specie, de qua Paulus loquitur; servus domini sui mandatarius sive procurator extitit; qui domino suo indemnitatem praestare nequit: utpote cum antea, quicquid servi est, ad dominum pertineat, *§. item vobis acquiritur. 3. supra, per* 5
quas pers. cuique acquir. Quin & eo casu, quo nullum certum precium mandatario praescriptum, sed generaliter ei mandatum fuit, ut rem venderet; & mandatarius in fraudem mandantis, minoris, quam justo precio vendit, dominium in emptorem translatum esse neutiquam censetur, *argum. d. l. creditor. 60. §. ultim. ff. mandati.* ubi in mandato, quantumvis generali, dolus semper excipitur. Idemque magis confirmatur ex *l. qui fundum. 7. §. procurator. 4. ff. pro emptore.* ubi emptor, cui res minoris vendita fuit per procuratorem, cui precium certum non fuit definitum, rem usucapit: ac proinde per traditionem rei venditae dominus non 6
est factus: cum dominus rem suam usucapere non possit, *argum. § sic itaque. 14. infr. de action.*

Non obstat *l. si sciens 26 in fin. ff. de contrah. empt.* 7
ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem vendidit minoris, dominium transfert. Nam diversus omnino a nostro in ea lege habetur casus. Ibi siquidem dominus rem propriam in fraudem creditorum suorum vendidit: que fraude nil remorante, dominium transfert. Hic verò rem non propriam vendidit procurator, sed alienam: in qua minorem, quam verus dominus, potestatem habet. Quamobrem non est mirum, si propter mandatarii, vel procuratoris fraudem, quam domino parare voluit, dominium non transferatur. *Ea de re consulatur Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp. 1. quaest. 2. part 6. num. 13. & seq.*

Regulam porrò illam, quae praecipit; *fines mandati di-* 8
ligenter custodiendos esse, sive, *mandatarium fines mandati excedere non debere;* ita stricte quidam interpretati sunt, ut ne in meliorem quidem partem fines excedendos esse putarent. Sed tamen benignius est, & humanius; ut dicamus: meliorem interdum mandantis causam fieri posse, deteriorem nunquam, *l. praeterea. 3. in princip. ff. mandati.* Adhaec ex eadem regula inter Sabinianos & 9
Proculianos nata est olim controversia in casu cui mandatum fuerat, ut certo precio, puta centum aureis, quid emeret: ille vero mandati fines egressus pluris emerit. Sabiniani namque mandatorem ex hoc mandato prorsus non teneri; Proculiani contra saltem in id eum teneri, quo usque illi mandarat, arbitrabantur. Et haec sententia Proculianorum, tanquam benignior, tandem praevaluit, *d. l. 3. § ult. & l. sed Proculus 4. ff. mandati.* Sabinianorum haec erat ratio: quoniam qui fines mandati excedit; aliud quid, quam ipsi mandatum est, gerere videtur, *d. l. diligenter, 5. in princip. & d. l. rogatus. 33. ff. eod.* Negocia enim & actus individui sunt, *l. 2. § 1. ff.* 10
de verb. oblig. Atque haec stricta est, sive mera ratio juris. Sed aequitas, seu benevola & benigna ratio, quam, Proculiani sunt amplexi, haec est: tum quia negari non potest, quin qui centum aureis fundum emi mandavit, qui emitur centum viginti, id saltem voluisse videatur; ut sua causa & periculo centum in emptione collocentur, *argum. hujus §. & d. l. 4. ff. mandati.* § Tum quia utile 11
per inutile vitiari non debet, quoties res ipsa divisionem recipit, *c. utile. 37. de reg. jur. in 6. l. sancimus. 34.*
Cod.

Digitized by Google

Cod de donationib. l. 1. § sed si mihi. 5. ff de verb. obligat. & Justlib. Breviter ergo ea in re sic distinguendum erit: Aut mandatarius rem mandatam emit certo precio, à mandatore definito: aut pluris: aut minoris. Si statuto & definito precio emit: dubium non est ullum, quin id à mandatore actione mandati sit repetiturus. Si emit pluris: repetere poterit usque ad concurrentem quantita-
12 tem à mandatore præfinitam, *ut modo dictum.* Sin verò minoris emit, quam mandatum est: dubium quoque non habet, quin id sit consecuturus. Et ratio est: quia ex tacita voluntate, quæ dicto præferenda est, qui mandavit, ut sibi fundus pluris emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut & minoris si fieri posset, emeretur, *ut hic in fine Ju-*
13 *stinianus ait*: cum major summa minorem in se contineat: & natura ita comparatum sit, ut suæ utilitati quisque inserviat, *d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff de verb. obligationib. l. cum indebito. 25. ff. de probationib. Petrus Francisc. Tunglois decis. 1. quæst. 4 Kniphschildt exercitat. Acad. 10. quæst. 18. pag. 368. Eadem de re videantur Donellus lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 12. ibique Hillig. in suis notatis. & D. Bocer. hic n. 7. & seqq. p. 469.*

14 Quanquam autem fines ac termini mandati strictissime custodiri debeant, *hoc §. nostro. d. l. diligenter. 5. in princ. ff. mandati. d. l. cum mandatu. 12. Cod. eod. cum similibus*: non tamen dubium est ullum, quin mandatum ad unum negocium datum, trahatur etiam ad alia, sine qui-
15 bus negocium demandatum expediri nequit. Cui enim unum aliquod conceditur, eidem quoque cætera omnia concessa intelliguntur, sine quibus prius illud expediri non potest, *argum. l. 2. ff. de jurisdict.* & qui vult consequens, is etiam vult antecedens; sine quo consequens illud esse haud potest, *argum. l. ad rem mobilem. 56. & ibi Dd. ff. de procuratorib. l. illud 7. & ibidem Bartol. ff. de ac-*
16 *quir. vel omitt. heredit.* Hinc etsi imperium mixtum à jurisdictione est diversissimum: quia tamen Jurisdictio sine imperio mixto explicari & exerceri nequit: idcirco cui mandatur jurisdictio, idem quoque mandatum censetur imperium mixtum, *teste Paulo in l. fin. ff. de officio*
17 *ejus, cui mand. est jurisdictio.* Hincque habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ: cum precii solutio & acceptio sit consequens venditionis & locationis, *argum. l. quod servum. 35. vers. sed & si quis dominicam, &c. ff. de solutionib. Bartol. in l. filiæ. 59. ff solut. matrimon. Decius consil. 330. num. 3. Benvenut. Stracchæ in tract. de mercat. tit. de mandato. n. 23. ibique referens Facbin. lib. 2. controv. jur. cap. 93. Phil. Han. disp. 17. ad Inst. contr. 13. Treutler. disp. 27. th. 6. ad lit. ff. in fine. vol. 1. ibique Hunn. in suis resol. ad finem.*

18 Huic decisioni non obstat *l. 1. §. igitur proposito. 12. ff de exercitor. act.* (quo textu præcipue contrarium probari contendit Ludovicus Roman. *singul. 23. & consil. 461.*) ubi Ulpianus ait: præpositum à magistro navis ad locandam navem, non posse exigere vecturas. *Nam* Jurisconsultus diserte loquitur de præposito ad locandum *tantum*, non ad exigendum: ut patet ex verbis legis; ibi, *vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, &c.*

19 Non item resistit *l. sed si tantum. 13. in princ ff. de pactis & l. hoc jure utimur 86. ff de solutionib.* quibus in locis dicitur: procuratorem sive mandatarium pecuniam debitam exigere non posse. *Leges* etenim illæ aperte agunt de procuratore, ad lites dato, cui recte solvi non potest: quia judicati actionem non habet. Unde Paulus *in d. l. 86.* addit, absurdum esse, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. Si tamen (*inquit*) ad hoc datus sit, ut & solvi possit: solvendo ei, liberabitur: hoc est, si procurator ad litigandum constitutus, expressum mandatum ad solutionem recipiendam habuerit: ei solvi a reo convento bene poterit.

20 Minime quoque ad rhombum facit textus *in c. Nicolaus 64. ext. de appellationib.* ubi procurator, ad impetrandum judicem constitutus, litem instituere non potest: cum tamen illud sit præparatorium litis, *ut vulgo loquuntur.* Textus namque ille loquitur de rebus & negociis planè diversis ac separatis, nec se invicem consequentibus, aut connexis. Aliud est enim, judicem impetrare: aliud verò, litem instituere: quamvis impetratio judicis vim aperiat ad litis institutionem. Ast in proposito casu negocia sunt connexa, & se invicem contingentia atque consequentia Nam venditio fit certo precio convento: similiter & locatio. Itaque si mandavero tibi, ut rem meam vendas: illud etiam mandare videor, ut de precio convenias, idque meo nomine accipias, *Facbin. d. quæst. 39. in fine.*

Porrò ex illhac regula, de modo & fine mandati dili- 21
genter servando, illud quoque, quod hic est prætermissum, cognosci poterit; quid nimirum in mandati judicium veniat. Et sane non dolum tantum, & latam culpam, *ut existimant Duarenus ad tit. ff. mandati. cap. 2. Mynsinger. in § mandatum non suscipere. 11. n. 5. infr. hoc tit. Schikhard. disp. 15. ad Institut. th. 4. sub resolut. quæst. 1. Mejer. in disp. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. th 23. n. 2. & in Commentar de culpa in contractib. præstanda, th. 152. cum aliquot seqq. Rittershusius hic circa finem. Locamer. quæstionum juridicar. fol. 40. quæst. 30. Giphan lib. 3 disp. 30. in corollar. & inibi Olemannus in suis not. n. 25. & seq.* sed etiam levem & levissimam, id est, summam & exactissimam diligentiam in mandato præstandam esse, indicat perspicue *l. à procuratore. 13. Cod mandati* ubi Impp. Diocletian & Maxim. rescribunt: a procuratore dolum & omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse. Quod si igitur omnem culpam procurator seu mandatarius præstare cogitur: sequitur utique, quod non solum latam, sed &
levem levissimamque culpam præstare teneatur. Omne 22
enim qui dicit, nihil excludit, *arg. l. omnia. 7. ff de rebus credit. si cert. pet. c. solitæ. 6. circa finem. ibi, nihil excipiens, &c. de majoritate & obedient. cap si Romanorum. 1. §. dicendo vero omnia. Dist. 19* Deinde eo ipso, quod Impp. solum 23
casum fortuitum, a mandatario non præstandum, excipiunt: satis aperte culpam levissimam includere videntur: cum unius exclusio sive exceptio sit alterius inclusio: & exceptio regulam confirmet in casibus non exceptis, *arg. l. his verbis. 120 ff. de legat. 3. l. quæsit. 12 §. denique Neratius 43. ibique Bartol. ff. de instruct. & instrum. legat. l. 1. & ibidem Decius n. 21. ff. de reg. juris.* Accedit textus *in l. in re mandata. 21. Codic. mandati*, ubi Constantinus Imper. ait: aliena negocia exacto officio geri debere, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum, culpa vacuum esse. Si itaque nihil in administratione negociorum a mandatario neglectum, culpa vacuum est: certe nec id, quod levissima culpa neglectum, aut declinatum est, culpa vacuum erit. Idque præterea evidenti ratione confirmatur. Ideo enim procurator, sive mandatarius omnem culpam, adeoque levissimam quoque in re mandata præstare debet: quia mandatum recipiendo intelligitur polliceri ac profiteri de industria sua, quæ rei gerendæ conveniat, *arg. l. idem juris. 8. §. 1. ff ad leg. Aquil.* Res siquidem, quam procurator gerendam suscipit, non geritur sine industria ac diligentia isti rei conveniente. Hoc igitur cum dixerit mandatarius, & promiserit, omni-
no præstare debet. Nihil enim magis congruit bonæ fidei, 24
quam quod inter contrahentes convenit, dictumve est, præstari, *l. 1. ff. de pact. l. ex empto. 11. §. 1. ff de actionib. empt. l. si quid venditor. 18. in fine principii. ff. de ædilit. edict.* Denique hanc comprobant sententiam *Glossat. antiqui, Joan. & Bulgar. Accurs. Cynus, Baldus, & Angel. de Perus. in d. l. à procuratore. 13. Cod. mandat. Constant. Harmenopul. lib 6. Epitom. tit. 2. Petrus Fab. in l. contractus. 23. ff. de reg. jur. hosque citans ibi D. Collega Bocer. cap 4. n. 43. edit 2. & in hoc § n. 17. pag. 470. M. Ant. Delrio ibidem cap. 7. Mozzius in tract. de mandato. col. 4 de natural. mandati. n. 26. Arumæus exercit. justin. 15. th. 10 Eman. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. M. n 36. Treutl. disp. 27 thes. 7. lit. c. vol. 1. Schenk in delibat. jur. disput. 19. thes. ult. Cujac. lib. 2. differ. Modest. ad l. 23. ff. depos. Timæus Faber. disp. anniv. ad Inst. 24. th. 18. Hun. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part 4 q. 3. Paul. Berens disp. 12. ad Instit. them. 2. quæst. 2. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 11. ibique Hilliger. in suis notat. ad lit. D. & E. Richter in tract. de contract. disp. 12. th. 3. sub lit. f. p. 375. Joan Mattencl. in reper. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. n. 144 & seqq. D. Collega Besold. in delibatis jur. ex lib. 17. ff. quæst. 1. ubi & alios citat.*

Digitized by Google

25 Cui non obstat *l. si procuratorem.* 8. *§. proinde.* 10. *l. idemque.* 10.§.1. *l. inter causas.* 26.§. *sed cum servus.*7.*ff. mandati. l. etiamsi* 4. *C. eod.* ubi dicitur, procuratorem mandati agere posse, si nihil culpa ipsius factum est; sicq; in legibus istis absolute & simpliciter fit culpæ mentio. Atqui tralatitium est, tunc levem culpam intelligi, *argum. d. l. contractus.* 23 *ff. de reg. jur. §. præterea & is.* 3. *supr. quib. mod. re contrah. oblig. l. videamus.* 4. §. *fin.* & *l. in actionib.* 5. §. *sed in his omnibus.* 3 *ff. de in lit. jurand.* Nam in dubio duntaxat, & nisi aliud subjecta materia suadeat, per culpam, cujus simpliciter facta est mentio, intelligimus culpam levem. Ast aliud postulare mandatum, adeoque mandatarium de levissima etiam culpa teneri, ex legibus *supra num.* 21. & *seqq.* adductis constat.

26 Sic quoque nihil stringit *d. l. si procuratorem.* 8. §. *ultim. ff. mandati.* Ubi is, cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit, vel dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si forte gratia ductus passus est alium emere. Ex quo colligitur: si nec dolus, nec lata culpa intervenerit, mandatarium non teneri. Nihil, *inquam*, lex ista stringit. Siquidem non solum in ea affirmatur, procuratorem teneri, si quid dolo & lata culpa fecerit: sed etiam statim adjicitur, si procurator servum sive rem ex mandato receptam non restituit, eum non teneri, si ejus dolus vel culpa non interveniat. Unde intellectu facile est, eum teneri, si vel dolus intervenit, vel *culpa*: quo verbo culpam etiam levem intelligi oportet, ubi dolo opponitur. Quinimò verbum *culpæ* generale est, sub se levis-
27 simam quoque culpam comprehendens. Quicquid autem de genere prædicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur, *argum. l. 1. c. quod autem.* 3. *ff. de aleatorib. l. fin. in pr. C. de usur. rei judicat.*

28 Similiter non obsistit *d. l. idemque* 10. *in princip ff. mandat.* ubi disertè scribitur, nihil amplius, quam bonam fidem, præstare eum oportere, qui procurat. Atqui præstare bonam fidem veteribus est, aut præstare, quod dictū promissumque fuerit, *d. l.* 1. *ff. de pact.* aut extra conventionem facere pro captu & diligentia sua, quantum quis possit, & soleat: ultra autem non teneri, quamvis alius diligentior & intelligentior melius rem gesturus fuisset, *l. quod Nerva.* 32. *ff. depositi*. Non, *inquam*, ille textus obsistit: quia eo maxime confirmatur: procuratorem in re mandata omnem culpam præstare debere, & non dolum tantum. Quandoquidem jam supra dictum est: quod is, qui rem gerendam suscipiat, intelligatur verbo *gerendi* spondere & fidem dare, se adhibiturum industriam & diligentiam rei gerendæ convenientem. Nihil siquidem, *ut antè num.* 24. *monitum*, magis bonæ fidei convenit, quam præstare ea in contractibus bonæ fidei, quæ quis dixerit, *d. l. ex empto.* 11. §. 1. *ff. de actionib. empt. d. l. si quid venditor.* 18. *circa princip. ff. de ædilit. edict.*

29 Non item adversatur regula juris certissima: quæ tradit, in contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolum tantum & latam culpam præstari, levem & levissimam culpam non item, ut in deposito, *l. si ut certo.* 5. §. 2. *ff. commodati. d. l. quod Nerva.* 32. *ff. deposit.* Ast in hoc mandati contractu nulla utilitas mandatarii suscipientis mandatum versatur. Quare dicendum videtur, mandatarium doli tantum, non etiam culpæ levis aut levissimæ nomine obligatum esse. Non adversatur, *inquam*. Quamvis enim nulla hic utilitas mandatarii versetur: nihilominus tamen is negligentiæ & culpæ nomine tenetur: quoniam is, qui negocium alterius gerendum suscipit, diligentiam & industriam suam profiteri ac promittere censetur: cum in negocio gerendo industria & diligentia, rei gerendæ conveniente, opus sit. At vero in deposito diversa est ratio. In eo quippe nulla industria aut diligenti opera opus est: sed sufficit, si depositarius depositum recondat atque custodiat.

30 Præterea non refragatur, quod nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxit, non sui commodi causa susceperit, damnosum esse debeat, *l. si servus.* 61. §. *quod verò.* 5. *ff. de furt. l. sed si quis.* 7. *ff. testam. quemad. aperiant.* Sed in nostro casu mandatarius solius mandantis gratia, & non proprii commodi causa, officium in se recepit. Ergo hoc ei damnosum esse non debet. *Respondetur* enim: cum mandatarius levissimæ culpæ nomine convenitur, non ipsi officium, sed negligentiam suam & culpam damnosam esse. Nam si rectè, & prout pollicitus erat, suo officio perfunctus esset: non posset ullius culpæ, aut damni, in re mandata dati, nomine conveniri. Qui verò damnum culpa & negligentia ejus datum est: æquissimum putatur, hoc non domino, sed ipsi mandatario nocere, *arg. l. quod quis.* 203. *ff. de reg. jur.*

Insuper non resistit *l. si fidejussor.* 29. §. *hoc idem tract.* 31
3. *ff. mand.* ubi dicitur, fidejussorem, eundemque mandatarium, qui postquam solvit creditori, non id significavit reo principali sive debitori, si debitor postea solvat, detrimentum istud sustinere debere: quia hoc factum sit dolo proximum. *Etenim* ex eo non rectè colligitur: si quid culpa levi vel levissima à mandatario peccatum sit, id ab eo non esse præstandum. Est enim ibi argumentum à majori: quasi dictum esset; non mirum, si hic fidejussoris damnum esse asserimus. Nam etsi culpà ab eo hic peccatum esset: teneretur tamen. Quantò igitur magis tenebitur ob hoc factum, quod est dolo proximum. *Donell. d. lib.* 13. *Commentar. cap.* 11. *pag.* 171. *ad finem.*

Adhæc nihil obest, quod cum tutor de dolo, culpa lata 32
& levi tantum teneatur, *l. a tutoribus.* 33. *in princip. ff. de administrat. & pericul. tutor. l.* 1. *in princip. ff. de tutelæ, & rationib. distrahend. l. quicquid.* 7. *Cod. arbitrium tutel.* de eadem culpa tantum mandatarius teneri debeat. *Nam-* 33
que evidens inter tutelam & mandatum ratio differentiæ est. Hoc quippe est liberum: illa vero voluntaria non est: cum tutor tutelæ munus suscipere cogatur, § *sed ex his.* 3. *supr. de Atiliano tutore. l.* 1. *in princ.* & *l. ita autem.* 5. §. 1. *in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis.* 9. *ff. de muneribus & honorib. l. præses.* 3. *Cod. de suspectis tutorib.*

Postremò nihil nostræ decerpit sententiæ *d. l. in re man-* 34
data. 21. *Cod. mandati*, ubi expressum est, quod aliena negocia exacto officio sit gerenda. A quo autem exacta diligentia requiritur, is de levi solum culpa tenetur. Cæterum qui ad exactissimam diligentiam obstrictus est, is de levissima culpa conveniri potest. *Etenim respondetur*: in *allegata l.* 21. positivum *exacto*, pro superlativo *exactissimo* esse positum: id quod ex sequentibus satis manifestum evadit, dum subjicit Constantinus Imper. *nil quicquam* in negociorum administratione neglectum aut declinatum culpa vacuum esse: ita nimirum, ut si neglectum aut declinatum quippiam fuerit, quomodocunque etiam illud fiat, hoc præstandum sit. Id autem fit culpa non minus levissima, quam levi: ut ita textus iste *d. l.* 21. magis confirmet, quam infringat conclusionem nostram, *Hunn. d. lib.* 3. *var. resolut. jur. civ. tract.* 7. *part.* 4. *quæst.* 3. *in fine.*

§. *Rectè quoque.* 9. & §. *item si* 10.

Rectè quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

§. 10. Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit: solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est: si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum: posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum adferret. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.

SUMMARIA.

1 *Mandatum extinguitur revocatione mandatoris: ejusque duplex ratio.*
2 *Juri suo renunciare cuilibet permittitur.*
3 *Revocatio ista ut valeat, re adhuc integra fieri debet.*
4 *Mutare consilium cum alterius detrimento non licet.*
5 *Intellectus l. fundi venditor.* 33. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*

6 Man-

Digitized by Google

6 *Mandatum solvitur morte mandantis & mandatarii, re adhuc integra.*
7 *Ut in societate; ita & mandato, certi hominis fides eligitur.*
8 *Voluntas cujusque morte extinguitur.*
9 *Quibus casibus mandatum morte mandantis non perimatur.*
10 *Explicatio l. & si quis 14 § 2. ff. de religios. & sumpt. funer.*
11 *Etsi mandatum morte tollitur: obligatio tamen & actio mandati perpetuo durat.*
12 *Si mandatarius mortem mandatoris ignorans, mandatum impleverit; mandati act. locum habet.*
13 *Justa & probabilis facti ignorantia veniam meretur.*
14 *Servus dispensator quis dicatur.*

1 DUo mandati dissolvendi hic exponuntur modi. Primus est, *revocatio mandatoris.* Is enim pœnitentia ductus mandatum revocare potest. Hujusque ratio in promptu est: tum quia mandatum, quod consensu mandantis constat, ejusdem voluntate contraria merito solvitur, *argum. l. si verò. 12. §. si mandavero. 16. ff. mandati. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* Tum quia mandatum plerumque fit causa mandantis: proindeque mirum non est, si id revocare, quandocunque voluerit, pos-
2 sit. Explorati namque juris est: unumquemque iis, quæ pro se introducta sunt, renunciare posse, *l. si judex. 41. vers. quia unicuique ff. de minorib. 25. annis l. penult. Cod.*
3 *de pactis.* Hæc autem revocatio tum demum justa est, si re integra fiat, id est, antequam mandatarius, vel plane executus sit, vel exequi mandatum cœperit, vel sumptus aliquos ejus rei nomine impenderit. His etenim casibus ita contraria mandati actio est acquisita mandatario, ut eam nulla mandatoris revocatio auferre queat, *hoc § no-*
4 *stro l. si mandassem. 15. ff mandati.* Eoque facit regula juris, quod mutare consilium cum alterius injuriâ & detrimento non liceat, *l. nemo potest. 75. ff. de reg. jur.* Quare si res jam cœpta, & aliqua ex parte confecta est: revocatio mandatum non extinguit. Idque non solum contemplatione procuratoris sive mandatarii, sed & respectu alicujus tertii locum habere, ostendit *l. Papinianus. 14. ff. de Publiciana in rem act.* ubi revocatio mandati post venditionem, per procuratorem factam interposita non impedit, quo minus procurator, invito etiam domino, qui revocavit mandatum, rem tradere emptori possit.

5 Neque refragatur *l. fundi venditor. 35. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ubi mandatoris heredes possunt procuratori denunciare, & prohibere, ne rem venditam tradat. Nam *in hac l. 33.* integra adhuc res fuit respectu procuratoris, qui rem, quam tradere volebat, non ipse vendiderat: sed mandator contractum venditionis perfecerat. Ast *in d. l. 14. ff. de Public. in rem act.* à procuratore res fuit distracta: adeoque ipsius intuitu res amplius integra non fuit.

6 Alter finiendi mandati modus est, *mors.* Si enim alterutrius, vel mandantis, vel mandatarii mors, similiter tamen re adhuc integra, intervenerit: mandatum evanescit, *§. item si. 10. hoc tit. l. inter causas. 26. & l. seq. §. morte 3 l. mandatum. 57 cum l. seq ff. mandati & l. mandatum 15 Cod. eod. Furstl. Würtemberg. erneuert Land-Recht. part. 2 tit. 4. von Befelch und Gewalthabern, &c. §. ult. fol. 249.* Ratio, cur mandatarii morte, mandatum
7 solvitur, est perspicua: quia ut in societate, *§. solvitur. 5. supr. tit. proximo*; ita & in mandato certa persona, sive certi hominis fides atque industria eligitur, *auctore Papi-*
8 *niano in d. l. mandatum 57 ff. mandati.* Cur verò mandatoris morte expiret mandatum, ratio hæc est: quia voluntas cujusque morte extinguitur, & homo mortuus velle desinit, *l. locatio. 4. ff. locati. c. si gratiose. 5. ext. de rescript. lib 6.* Enimverò excipiuntur nonnulli casus, quibus ne morte quidem mandatoris mandatum tollitur: veluti si
9 quid mandatum sit in rem ipsius mandatarii, *l. 1. C. de oblig. & actionib. l. illam subtilem 33. C de donation. & utrobique Gothofred.* vel si quis mandaverit, ut post mortem suam sibi monumentum fieret: vel ut heredibus suis, se mortuo, res aliqua emeretur. His, & similibus casibus mandati obligatio etiam post cineres mandantis durat, adversus mandatarium: isque, non impleto mandato, heredibus ad id, quod interest tenetur: ut vicissim heredes eidem contrariis mandati obligatione adstricti sunt, *d. l. si vero. 12. § fin. & l. seq. ff. mandati. Petrus de Bella Pertica in suis quæstionib. & decisionib. aureis sive singularib. quæst. 48. & 285. Mynsinger. hic num. 5. Heigius num. 16. cum seq. Rittershus. ad finem. D. Besold. in delibat. jur. 51. lib. 17. ff. quæst. 6. Bronchorst. cent. 2. ἐναντιοφανῶν. assert. 46. edit. 2. & Mozzius in tract. de mandato. colum. ultim. quomodo annulletur mandatum. num. 21. ubi complures limitationes sive exceptiones enumerat.*

Non obstat *l. & si quis. 14. § si cui funeris. 2. ff. de relig.* 10
& sumptib. funer. ex qua colligitur, morte defuncti, qui post mortem suam aliquid fieri mandaverat, mandatum extinctum esse. Siquidem actio doli, quæ in facti specie illius legis datur heredibus, arguit: non competere iis actionem mandati. Non obstat, *inquam.* Etenim non mandatum ibi ab initio contractum, sed contractus innominatus celebratus fuit, ut ex illis textus verbis evincitur: *accepta pecunia, funus non duxerit.* Quæ verba clarè indicant, alicui pecuniam datam esse, ut funeris curam haberet. Atqui verò mandatum respuere mercedem notum est, *ex l. 1. § fin. ff mandati & §. ultim. infr. hoc tit.* Ex mercede ergo, quæ *in d. l. 14. §. 2. ff de religios. &c.* fuit constituta, apparet: mandati contractum ibidem non fuisse initum: ac proinde meritò Jurisconsultum respondisse actionem de dolo heredibus largiendam esse. *Vide tamen aliter sentientes Donellum lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 23 pag. 347. ibique Hilligerum in suis notat. lit. C. Julium. Pacium cent. 4 ἐναντιοφανῶν. quæst. 85 cum seq Hunnium in resol. ad Treutler. disp. 27. th. 6. lit. C. vol. 1. pag. 1723. & Bachovium hic n. 2. pag. 828.*

Interim illud non ignorandum est: mandatum quidem 11
morte mandatoris finiri, sed obligationem & actionem mandati perpetuò durare, *d. l. inter causas 26. in princ. & l. si, præcedente. 58. in princip. ff. mandati.* Quod idem & in societate est: ut ipsa societas morte solvatur: actio verò pro socio sit perpetua. Est quippe hoc actionum & obligationum proprium: ut sui natura perpetuæ sint, *de quo in-*
fra sub tit de perpet. & temporal. actionib Hinc recte hoc 12
loco Imperator *in § 10. vers. sed utilitatis, &c.* addit: mandatarium, mortuo mandatore, per ignorantiam mandatum exequentem habere actionem mandati, adversus heredes mandatoris, non quidem stricto jure, sed utilitatis causa: ne justa & probabilis ignorantia mandatario damnum adferat. Quod autem hic de morte dicitur; idem & in revocatione obtinet; puta ut mandatarius revocationem ignorans, si mandatū exequatur, nihilominus actionem habeat, *l. si mandassem 15 ff. mandati. l. si servus. 32. ff. de solutionibus.* Sanè si strictam juris rationem spectes: actio mandatario non dabitur: cum mandatum intercid-
derit, adeòque sine mandato rem ipse executus fuerit. Sed 13
justa & probabilis facti ignorantia promeretur veniam, excusatque mandatarium: hoc est, utilitas sive æquitas efficit, ut ei actio, præbeatur. Est enim hoc negocium bonæ fidei, cui non congruit de apicibus juris disputare, id est, callidè & strictè agere, *l. si fidejussor. 29. §. quædam. 4. ff. mandati.* Et hanc decisionem Justinianus quodam simili hic in fine declarat: Quemadmodum solutio, ab igno-
rante mandatum extinctum, servo dispensatori (id est, 14
servo œconomo, cui rerum domini administratio concessa est) jam manumisso facta, ex æquitate & benignitate, licet non summo & stricto jure, sustinetur: ita & mandati actio ignoranti, mandatum extinctum esse, indulgetur. Cæterum quod hic statuitur de eo, qui servo dispensatori se solvere putans, jam manumisso, id est, liberto solvit: idem generaliter de omnibus, qui ignorantes, mandatum esse revocatum, solvunt, dicendum est, *l. si quis servo. 18. ff. de solutionibus.*

§. *Mandatum* 11. & §. 12.

Mandatum non suscipere, cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quam primùm renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium, eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuncietur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi: nihilominus mandati actio locum ha-

bet

Digitized by Google

bet: nisi justa causa intercesserit, aut non renunciandi, aut intempestivè renunciandi.

§. 12. Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.

SUMMARIA.

1 *Renunciatione ipsius mandatarii tempestivâ mandatum finitur.*
2 *Nemo potest mutare consilium suum in alterius damnum.*
3 *Contrahentium eadem debet esse conditio.*
4 *Mandatum & in diem, & sub conditione fieri potest.*

1 Dictū est de pœnitentia sive revocatione mandatoris: nunc contra agitur de pœnitentia seu renunciatione mandatarii. De ea autem tria hic adferuntur. I. Mandatum renunciandum esse, re adhuc integra: hoc est, ut mandator commodè, vel per se, vel per alium, rem eandam explicare adhuc possit, *l. si mandav. 22. §. ult. ff. mand.* II. Intempestivâ renunciationem mandatario non prodesse: sed propter eam ad id, quod interest mandatoris, illum teneri, nisi justa intempestivè renunciandi intercedat causa puta adversæ valetudinis, religionis, exilii, capitalium inimicitiarum, captivitatis, &c. *l. sane. 23. cum. duabus ll. seqq. l. si quis. 27. §. qui mandatum. 2. ff. eod. l. post litem. 17. cum & ll. seqq. ff. de procuratorib. Arnoldus Vinnius l. 2.*
2 *Jurisprud. contractæ. cap. 18. pag. 53.* Cur autem mandatario tempestiva renunciatio prosit, intempestiva non item, nisi justa subsit causa, ratio facilis est: quia nemo potest mutare consilium suum in alterius damnum & præjudicium, *l. nemo. 75. ff. de reg. jur.* Sed & ideo receptum videtur, ut mandatum renunciatione mandatarii tempestiva solvatur: tum quia factum mandato fere continetur; ad cujus præstationem invitum compelli, minus civile & humanum visum est, *arg. l. si quis 13. §. fin.*
3 *ff. de re jud. l. stipulationes. 72. ff. de verb. obligat.* III. Tum quia contrahentium eadem debet esse conditio, *arg. l. 3. ff. mandati. & l. si dolo 5. C. de rescind vendit.* Mandatori autem concessum est semper pœnitere, re integra: cum ejus causa plerunq; contrahi soleat, *ut monitum supra ad principium hujus tit. num. 35.* proindeque mirum non est, si idem mandatario permissum dicatur. Tum deniq; quia mandatum officii causam habet: quod invito ut non ob-
4 truditur *l. 1. §. fin. ff. mandati. l. invita. 69. ff. de reg. jur.* ita nec extorquetur facilè reluctanti. *l. in commodato 17. §. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 5. C. de oblig. & act. Timæus Faber. disp. 24. ad Instit. Imperial. th. 19.* Porro subjicit Imperator: mandatum & in diem, & sub conditione fieri posse, *§. mandatum. 12. hoc tit. l. 1. §. penult. ff. mandati. l. 3. & 4. ff. de procuratorib.* in diem: veluti, mando tibi, ut Calendis April. mihi equum emas: sub conditione; velut, mando tibi, ut emas, si ad nundinas Francofurtenses proficiscaris, &c. Neque id immeritò. Est enim omnium ferè contractuum commune: ut iis dies, atque conditio adjici possit, *§. omnis. 2. supr. de verbor. obligat. §. emptio. 4. supr. de empt. & vendit. l. obligationum. 44. ff. de obligationibus & actionibus.*

§. In summa. 13. & ultimus.

In summa sciendum est: mandatum, nisi gratuitum, in aliam formam negocii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati sive depositi contrahitur negocium: iis casibus, interveniente mercede, locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa: mandati competit actio.

SUMMARIA.

1 *Mandatum debet esse gratuitum: hujusque ratio.*
2 *Si merces accedat mandato; locatio erit, non mandatum.*
3 *Mens & intellectus l. si remunerandi. 6. in princip. & l. seq. mandati. num. 4.*
4 *Salarium & quatenus peti non possit.*
5 *Directa mandati actio competit mandatori.*
6 *Contraria mandati actio datur procuratori.*

Mandatum gratuitum esse debet, *hoc §. nostro. l. 1. §. ultim. ff. mandati. l. si contra. 20. in fine. Cod. eod. l. si tibi rem. 13. in pr. & l. si tibi polienda. 22. ff. de præscript. verbis. l. 1. §. est autem. 17. ibi aut si gratuit. ff. de exercitor. actione.* Ejusque ratio est: quia pendet ex amicitia & humanitatis officio: siquidem nemo facile alii, nisi amico, mandat; *d. l. 1. §. ult. ff. mandati.* Quare si mandato accedat merces: non erit mandatum: sed erit vel locatio, *hoc §. & d. l. 1. §. ult. ff. mandati.* vel negocium simile, ut est contractus innominatus, si non vera intervenerit merces, sed aliquid mercedis loco, *d. l. si tibi polienda. 22. ff. de præscript. verb. §. 1. supr. de locat. & conduct. & notant hic Vultejus & Giphanius.* 1 2

Nec adversatur *l. si remunerandi. 6. in princ. cum l. seq. ff. mandati.* ubi licet procuratori salarium fuerit constitutum: nihilominus tamen mandatum esse dicitur. Nam *in istis legibus* salarium non ex contractus necessitate, sed mandato jam suscepto, honoris & remunerationis causa, constituitur. At Justinianus hic, & Paulus *in d. l. 1. §. ult. ff. eod.* loquuntur de mercede vel pecunia, quæ ad hoc procuratori datur, ut mandatum suscipiat: qua merces à salario sive honorario differt. Datur siquidem salarium procuratori, non ut suscipiat mandatum: sed ut pro mandato jam suscepto remunerationem habeat. *Vide Antonium Fabr. in Cod. Fabr. hoc tit. definit. 6.* Cæterum Dominum Collegam Bocerum *hoc tit. n. 18. pag 460.* erroneam fovere sententiam, nullus equidem dubito. Putat namq; etiam in ipso mandati contractu, honorarium peti posse. At jam supra ostensum est *num. 2.* si mandato accedat merces, mandatum amplius non esse, sed vel in locationem, vel in contractum inominatum transire. Qui ergo in ipso mandato, cujus substantiale requisitum est, ut sit gratuitum, honorarium promitti posset? Nec alium, præter prædictum, intellectū admittit *d. l. si remunerand. 6. & l. qui mutuam. 56. §. salarium. 3. ff. mandati.* quicquid Bocerus autumet. Salarium porrò incertum si fuerit; 4
peti non poterit: sin certum, velut 30. aureorum, peti poterit extra ordinem coram magistratu, hoc est, non mandati actione, sed libello supplici, *l. salarium. 7. d. l. qui mutuam. 56. §. salarium. 3. ff. mandati. l. 1. & l. salarium. 17. C. eodem.* Cum quo non pugnat *d. l. si remunerandi. 6. in princip. ff. mandati* ex qua colligi posse videtur, honorem sive salarium non extraordinaria persecutione, sed mandati judicio exigi debere. *Etenim* illa legis verba (*si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio*) non ita accipienda sunt, quasi mandati actio salarii nomine competat: sed quod mandati actio locum habeat de aliis omnibus rebus, quæ mandati judicio petuntur, etiamsi remunerandi gratia honorarium promissum datumve fuerit, *ut ibi lenè innuit Accursius, eumque laudans Dn. Bocerus in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 39. edit. 2. & in hoc tit. num. 26. cum. seqq. p. 461.* Quod autem hic illorum verborum sit sensus, apparet manifestè *ex § 1. immediate sequente.* Ubi ait Ulpianus: *si cui fuerit mandatum, ut negocia administraret: hac actione erit conveniendus:* per *hanc actionem* intelligens directam: quoniam mandati actio directa competit 5
mandatori, non autem contraria, *l. si verò. 12. contrario. 7. ff. mandati.* Ergo cum dicit Jurisconsultus, salario interveniente mandati actionem esse, significat, mandati actionem directam esse. Directa autem mandati actio de 6
salario non competit, sed de cæteris rebus: quoniam salarium debetur procuratori, cui contraria mandati actio datur, *d. l. si vero. 12. §. contrario 7. & §. si mibi. 9. ff. d. tit.* Idque fusius explicat D. Hunnius *lib. 3. var. resolut. juris civil. tractat. 7. part. 4. q. 6. & in resolut. ad volum. 1. Treutl. disput. 9. th. 13. quæst. 69.* Adde Philippum Knipschildt *exercitat. Acad. 10. quæst. 15. pag. 365. & Locamerium quæstionum juridicar. fascic.* [illegible] *4.*

D E

DE OBLIGATIONIBUS QUÆ *quasi ex contractu nascuntur.*

TIT. XXVIII.

Principium Tituli.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

SUMMARIA.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Quasi contractus quid sit.*
3 *Quodnam commodum quasi contractus genus.*
4 *Quomodo quasi contractus distinguatur à vero contractu.*
5 *Quinque species quasi contractûs hic explicantur.*
6 *Quædam alia negocia quasi contractibus annumerantur.*
7 *Quasi contractus in statutis seu legibus municipalibus sub contractibus comprehenduntur.*
8 *Argumentum à contractibus ad quasi contractus quando procedat, remissivè.*

1 SAtis abundeque de obligationibus, ex contractibus veris descendentibus, hactenus dictum est: ordo jam postulat, ut & obligationes, quæ ex quasi contractu nascuntur, explicentur. Ait enim hic Imperator, *post genera contractuum*: quo verbo in potentiori significatu intelligit veros contractus: & est hoc verbum *quasi* nota cujusdam improprietatis, *monente hic Bachovio*, p. 831. Quasi
2 autem contractus non insulsè definiri poterit negocium quoddam, quo quis alii sine tractatu sive conventione obligatur. Dicitur, *negocium*, Quia singulæ species qua-
3 si contractûs, *in §§. subsequentibus subjectæ* evidenter arguunt, negocium esse commodum quasi contractûs genus. *D. Collega Bocer. in Commentar. ad l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. c.* 1. *n.* 77. *edit.* 2. *& class.* 3. *disp.* 1. *thes.* 1. *edit.* 2. *item in hoc princip. n.* 6. *seq. pag.* 480. Tametsi Donellus genus quasi contractuum *factum* ponat, *l.* 15. *Commentar. de jur. civ. c.* 14. *p.* 417. Additur, *quoddam*: ad differentiam veri contractus, qui similiter est negocium, *l. si in area.* 33. *ff. de condict. indeb.* At negocium in quasi cõtractu non est idem cum negocio veri contractus: cum hoc conventionem & consensum utriusque partis requirat. *l.* 1. *§. convention. verb.* 3. *ff. de pact.* Sic quoque legatum definitur: Justiniano *donatio quædam*, ad differentiam veræ donationis, §. 1. *supr. de legatis.* Dicitur, *sine*
4 *tractatu sive conventione.* Quibus verbis itidem quasi contractus distinguitur à vero contractu: quod is tractatu interposito, & utriusque voluntate, conventione & consensu interveniente fiat, obligationemque producat, *l. nam, cum tract.* 32. *ff. pro soc. l. in omnibus rebus.* 55. *ff. de obligat. & act. & dictum supr. in §.* 2. *de obligation. n.* 6. in quasi vero contractu non utriusque, sed unius tantum voluntas & consensus interveniat, *ut ex subjectis hic exem-*
5 *plis seu speciebus patebit.* Quinque autem hoc titulo exempla sive species quasi contractuum enumerantur. 1. negociorum gestio. 2. tutelæ administratio. 3. communio rerum. 4. aditio hæreditatis. 5. indebiti solutio. Eædem species referuntur à Cajo Jureconsulto *in l. si quis absentis.* 5. *ff. de obligat. & action.* Quamvis & alia
6 quædam negocia quasi contractibus añumeranda esse videantur: ut sunt, confusio sive obscuratio finium agrorum, absque culpa confinis facta, *l. si irruptione.* 8. §. 1. *tot. tit. ff. fin. regundor.* litis contestatio sive judicium acceptum. *l. licet.* 3. §. *idem scribit.* 11 *ff. de pecul.* contractus quasi pignoris, *l. Julian.* 13. §. *offerri.* 8. *ff. de actionib. l. creditoris.* 15. §. *fin. ff. de furt.* quasi contractus ex auctoritate jurisjurandi, *l.* 2. *ff. de jurejurand. Rittershusius & Marcilius hic in fin.* possessio rei exhibendæ, *argum. l.* 3. §. *est autem personalis. l. Julianus.* 9. §. *ult. ff. ad exhibend. l. pen. ibi, incerti agere, id est, ad exhibendum ff. depositi.* emptio prædii, quod quisquam alius, vel ratione territorii, vel ob communem censum, ex loci statuto vel consuetudine retrahere potest: & similia, *de quibus latè disseratat. D. Bocerus d. class.* 3. *disput.* 1. *thes.* 3. *& seqq.*
Illud porro hic breviter monendum: quod ubicunque 7
de contractibus in statutis seu legibus municipalibus aliquid disponitur, idem in quasi contractibus, si modo eadem ratio vigeat utrobique, valere ac procedere debeat, *argum. l. si donationis.* 7. *C. de his, quæ vi metusve causa gesta sunt. l.* 2. §. *omnes.* 4. *& l. interdum.* 36. §. *ult. ff. de judic. & fusius declarat Tiraquell. in tract. de legib. connubialib. glos.* 5. *num.* 127. *& seqq. Heigius in §. sequens.* 2. *num.* 5. *cum seq. sup. de obligationib. & hic n.* 5. *& seq.* 8
Cæterum quomodo & quando argumentum à contractibus ad quasi contractus procedat, pulchrè docet Nicolaus Everhardus *in Topic. legal. in loco, à contractib. ad quasi contractus.*

§. Igitur. 1.

Igitur cum quis negocia absentis gesserit: ultrò citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negociorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negociorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu propriè nasci: manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negociis gerendis se obtulerit. Ex qua causa ii, quorum negocia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est: ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negociorum suorum administratione, peregrè profecti essent, desererentur negocia: quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem, sicut autem is, qui utiliter gessit negocia, dominum habet obligatum negociorum gestorum: ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negocia.

SUMMARIA.

1 *Quasi contractus negociorum gestorum ultrò citroque obligatorius.*
2 *Verus contractus quomodo fiat.*
3 *Quasi contractus aliquando per abusionem simpliciter contractus dicitur.*
4 *Negociorum gestio definitur, & explicatur.*
5 *Res hereditaria ante aditionem cujus sint.*
6 *Quatenus hereditas defuncti personam repræsentet, & cum mortis tempore continuetur.*
7 *Negociorum gestorum actio ex vera & naturali gestione inducitur.*
8 *An negociorum gestorum actio competat: si quis præsentis negocia gesserit.*
9 *Jus aptari debet potius ad ea, quæ frequenter, quam quæ rarò eveniunt.*
10 *Differentia negociorum gestionis & mandati specifica.*
11 *Mens & sententia l. qui quin. 19. §. 2. ff. de negoc. gest.*
12 *Explanatio l. si negocium. 16. C. eodem.*
13 *Negocia utiliter ab initio gesta esse sufficit, tametsi infelicem habuerint eventum.*
14 *Culpa est, immiscere se rei, ad se non pertinenti. Ubi & Boceriana negociorum gestorum definitio reprehenditur.*
15 *Negocia aliena quomodo gerantur sine mandato domini.*
16 *Excusatus est, qui necessitate urgente alterius negocia gerit.*
17 *Antonius Faber reprehenditur.*
18 *Intellectus genuinus l. si pignora. 50. ff. de evictionibus.*

19 *Necess.*

Digitized by Google

19 *Necessitate urgente, alterius negocium gerit curator, tutor procurator.*
20 *Necessitatis suspicione quis alterius negocia gerere dicatur.*
21 *Interpretatio l. is, qui commodatum. 13. § 2. ff. commodati.*
22 *Quæ negocia voluntarie gerantur: & quibus modis.*
23 *Quos sumptus, in liberos erogatos, parentes repetere queunt.*
24 *Debiti soluti nulla repetitio est.*
25 *Vitricus est voluntarius negociorum gestor, si repetendi animo sumptus faciat in rebus privignorum.*
26 *An vitricus alimenta repetere aut deducere possit, si privignus in servitio vitrici fuerit.*
27 *Nemo suis sumptibus alteri inservire tenetur.*
28 *Voluntarius negociorum gestor est filius, vel quivis alius qui pro patre, aut alio, non donandi animo, debitum solvit.*
29 *Sensus l. si filius 12. C. de negoc. gest.*
30 *Quæ sit correlativorum natura.*
31 *Pater & filius sunt correlata*
32 *Argumentum à correlativis quando procedat.*
33 *Liberi an & quatenus parentes alere teneantur.*
34 *Lege naturæ parentes liberis suis thesaurizant.*
35 *Alimenta pietatis intuitu erogata, repeti nequeunt.*
36 *Voluntarius negociorum gestor est maritus, & frater, itemq; ille qui sumptus probabiles in re sua lite communi facit.*
37 *Explicatio l. heredes. 25. § si unus. 15. ff. famil. ercisc. l. filiæ. 18. Cod. eod. & similium.*
38 *Voluntarius negociorum gestor est pater aut mater, qua ignorante filia à sponso ejus res donatas suscipit.*
39 *Sensus nativus l. die sponsaliorum 25. ff. depositi.*
40 *Actio negociorum gestorum directa cui detur, adversus quem & ad quid.*
41 *De quanam culpa negociorum gestor tenetur ad exactissimam diligentiam, adeoque culpam levissimam.*
43 *Quicunque sua sponte sese alicui negocio offert, is in plus tenetur quam alias natura contractus patitur.*
44 *Mandatarius omnem culpam præstat.*
45 *Consideratio l. si mater. 24. Cod. de usur.*
46 *Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.*
47 *Consideratio l. si negocia. 11. ff. de negoc. gest.*
48 *De genere quicquid prædicatur, id etiam de singulis speciebus prædicari intelligitur.*
49 *Quatenus appellatione culpæ veniat duntaxat levis.*
50 *Consideratio l. in re mandata. 21. Cod. mandati.*
51 *Explicatur l. tutori. 20. Cod. de negoc. gest.*
52 *Unius inclusio non est alterius exclusio in Constitutionibus Codicis.*
53 *Explicatur l. fidejussor. 32. ff. de negoc. gest.*
54 *Explicatur l. si pupilli. 6. § ult. ff. d. tit.*
55 *Commodatarius de culpa levissima convenitur.*
56 *Quatenus levissima culpa non præstetur, si contractus ad solius creditoris commodum pertineat.*
57 *Absentium negocia non negligenda.*
58 *A tutore ad negociorum gestorem non procedit argumentum.*
59 *Officium suum nemini debet esse damnosum.*
60 *Damnum sentire non intelligitur, quod quis sua culpa sentit.*
61 *Negociorum gestor interdum solummodo dolum præstat.*
62 *De casu fortuito nemo conveniri potest: ejusque ratio.*
63 *Quibus casibus etiam de casu fortuito negociorum gestor teneatur.*
64 *Conventio dat legem contractui.*
65 *Negociorum gestorum actio directa quando competat.*
66 *Ista actio locum non habet, si quis gesserit negocium, quod alienum putavit, cum esset suum: ejusque ratio.*
67 *Satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur.*
68 *Interpretatio & sententia l. si pupilli. 6. § videamus. 12. ff. de negoc. gest. & l. in commodato. 17. § 3. ff. commodati & similium.*
69 *Quando negociorum gestor maximas usuras præstare teneatur.*
70 *Consideratio l. idemque 10. § 3. ff. mandati.*
71 *An correo, qui totum debitum solvit, adversus correum competat negociorum gestorum actio.*
72 *Correus tenetur suo nomine totum debitum solvere, etiamsi obligatio correi non subsistat.*
73 *Negociorum gestorum actio ei non datur, cujus pecunia ad suum creditorem pervenit, licet alienum voluerit gerere negocium.*
74 *Objectio diluitur.*
75 *Cur unus ex correis cogatur commune debitum totum solvere.*
76 *Expositio l. ex facto. 30. ff. de negoc. gest.*
77 *Quare correi negociorum gestorum actione invicem experiri nequeant.*
78 *Intellectus l. actio 47. in princip. ff. de negoc. gest.*
79 *Contraria negociorum gestorum actio cui detur, contra quem, & ad quid.*
80 *Quæ sit hujus actionis contraria ratio.*
81 *Anne si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit; actio mandati, an negociorum gestorum competat.*
82 *Quibus casibus, licet quis negocium utiliter gesserit, non tamen ei obligetur ille, cujus negocium est gestum.*
83 *Si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: utrum is, qui non prohibuit, actione negociorum gestorum de impensis conveniri possit.*

PRima obligationis ex quasi contractu species est, *ne-* 1
gociorum gestio. Nam si absentis negocia sine man-
dato gesta sunt: oritur quidem ultrò citroque obligatio,
l. 2. ff. de negoc. gest. l. si quis absentis. 5. ff. de obligat. & actio-
nib. & hoc § nostro. sed ea neque ex contractu est, neque
ex delicto, vel quasi delicto. Ex contractu non est: quia
nulla conventio, aut potius nullus tractatus inter partes
intervenit. Atqui verus contractus non nisi conventione 2
contrahentium præcedente, & tractatu habito, fieri so-
let. *l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. in omnibus re-*
bus. 55. ff. de obligat. & actionib. Non ex delicto, vel qua-
si, hanc obligationem venire, per se manifestum est:
cum nullum peccatum, nullumque delictum intercesserit.
Quare relinquitur, negociorum gestionem esse ex quasi 3
contractu, ex negocio, sive quod quasi ad contractum, ac-
cedit, nempe ad mandatum: adeoq; propriè non contra-
ctum, sed quasi contractum dici debere: quamvis ali-
quando per abusionem & impropriè contractus sim-
pliciter dicatur, *l. sed cum aliquis, 16. ff. de negoc. gest.*
l. contractus. 23. ff. de regul. jur.

Est igitur negociorum gestio quasi contractus, quo 4
quis alterius absentis & ignorantis negocia sine mandato
utiliter gerit. *Ita quoque fermè definitur à Christophoro*
Philippo Richter, in tract. de contract. disput. 13. thes. 2.
pag. 379. Dico, *alterius.* Quod verbum ad negocia
quoque hæreditatis jacentis accommodandum esse, rectè
quidam existimant, *per textum expressum in l. ait prætor.*
3. §. hæc verba. 6. ff. de negociis gest. ubi Ulpianus in
hanc sententiam disertè respondit: *Hæc verba: sive quis*
negocia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit,
significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus ne-
gocia gessit, de quo fuit necessarium edicere: quoniam ne-
que testatoris jam defuncti, neque heredis, qui nondum
addiit, negocium gessisse videtur. Sed si quid accessit post
mortem, ut puta partus, & fœtus, & fructus, vel si quid
servi acquisierint: etsi ex his verbis non continentur, pro
adjecto tamen debent accipi. Ex quo textu relucet:
quod is, qui hereditatis jacentis negocia gessit, ne-
que defuncti, neque heredis negocia gessisse censeatur.
Si enim ipsa rei veritas spectetur, omnisque juris fictio 5
tollatur: certum est, res hereditarias ante aditionem nul-
lius esse, nec dici posse heredis, hereditate nondum ab
ipso aditâ: cum etiam adhuc dubium sit, annè hæredi-
tatem sit aditurus, nec ne, *l. 1. circa princ. ff. de rer.*
divis.

Cui non obstat, quod hereditas, quamdiu non est ad- 6
ita, defuncti personam repræsentet, *l. non minus. 31. in*
fin. ff. de heredib. instit. l. hereditas. 34. ff. de acquir.
rer. dom. l. legatum. 116. §. servo. 3. ff. delegat. 1. l. mortuo.
22. ff. de fidejussorib. l. heres. 22. ff. de usurpat. & usucap. §.
servus. 2. supr. de heredib. instituend. initio tit. supr. de sti-
pulat. servor. l. hum hereditas. 9. Cod. depositi. & quod
heres ex tempore mortis successisse defuncto videatur,
quamvis postea adierit. *l. heres. 54. ff. de acquir. vel omitt.*
heredit. l. si ex re. 28. §. ult. ff. de stipulat. servor. quod item
omnis hereditas, licet postea adeatur, tamen cum mortis
tempore continuetur, *l. omnis hereditas 138. ff. de reg.*
jur. & consequenter heredis negocia gessisse videatur, qui
hereditatis jacentis gessit. Hæc, *inquam,* argumenta o-
mnia non obstant: quia mera juris fictione nituntur, &
hoc duntaxat probant, quod fictione juris civilis efficia-
tur, ut heres scriptus ante hereditatem aditam pro herede
habeatur, quodque hereditas defuncti personam repræ-
sentet. Siquidem, veritate ipsa inspecta, omnia hæc se-
cus sese habent. Fictio autem ista *in d. l. 3. §. hæc verba. 6.* 7
ff. de negoc. gest. non attenditur: propterea quod nego-
ciorum gestorum actio non nisi ex vera & naturali gestio-
ne inducatur, *ut patet ex hoc §. & tot. tit. ff. C. de negoc. gest.*
Cui sanè consequens fuit, heredi non competere negocio-
rum gestorum actionem de eo, quod jacente here-
ditate gestum erat: ut ita specialiter de eo caveri,
necess-

Digitized by Google

necessarium fuerit. *Ita sentiunt Julius Pacius cent. 2. ἐναντιοφανῶν quæst. 49. Mejer. in disp. ad lib. 3. Pand. tit. 5 sub thes. 4. Treutler. volum. 1. Disput. 10. thes. 1. lit. C. ibique prolixè Hunnius in sua resolut. pag. 696.* Vide aliter sentientem Bachovium *in not. ad Treutler. d. disp. 10. th. 1. lit. C.* eumque referentem Philippum Knipschildt *exercitat. Acad. 11. quæst. 2. pag. 388.*

Dico in definitione, *absentis & ignorantis*, argumento *hujus §. nostri l. 1. l. 2. si negocia 11 ff. de negoc. gest. l. si*
8 *quis absentis. 5. in princip. ff. de obligat. & actionibus.* Si quis enim sciat, aut præsens sit, patiaturque suum negocium geri, mandasse reputatur: eoque tum mandati actio nascitur, *l. si remunerandi. 6. §. si passus. 2. l. qui patitur. 18. l. si pro te. 40. l. qui fide 53. ff. mand. l. si fidejussor. 6. C. eod. l. semper. 60. ibique Petrus Fab. ff. de reg. jur.* Neque obstat, quod interdum negociorum gestio sit, licet præsentis sine mandatu negocia quis gesserit, *argum. l. alimenta. 11. & l. si paterno. 15. C. de negoc. gest. & similium.* Nam quod dicitur, negociorum gestionem esse, si absen-
9 tis negocia gesta fuerint, eo significatur, ἐπὶ τὸ πλεῖστον sive ut plurimum accidere solere, ut absentis negocia gerantur: interim verò non prorsus negatur, quin etiam nonnunquam negociorum gestio sit, negociorumque gestorum actio competat, si præsentis quidem & ignorantis negocia administraverit. Etenim ad ea potius jus aptari debet, quæ frequenter, quam quæ perraro eveniunt, *auctor. Celso in l. 5. in ad ea 5. ff. de legibus. Bachov. d. loco, l. ipschildt d. exercit. 11. quæst. 3. pag. 389. & seqq. Justus Schwarz [illegible] jur. disp. 17. th. 2. lit. c. pag. 258.*

10 Dico præterea, *sine mandato.* Quibus verbis differentia specifica negociorum gestionis ac mandati continetur. Si quis enim negocia alterius ex mandatu ipsius gesserit: mandatum erit, sicque verus contractus: cæterum si citra mandatum gesserit: negociorum gestio, atque ita quasi contractus erit, *hoc §. nostro. ibi, si sine mandato, &c. & d. l. si quis absentis 5. in princ. ff. de obligat. & actionib.*

11 Huic non refragatur *l. at quin. 19. §. si libero. 2. ff. de negoc. gest.* ubi negociorum gestio videtur, licet mandatu domini quis negocia gerat. *Ubi* namque dominus libero homini, tamquam servo suo, mandavit: & propterea perinde est, ac si non mandasset. Liber quippe homo & servus è diametro invicem opponuntur: ita, ut qui homini libero, eum servum esse putans, mandatum dederit, mandasse non intelligatur. *Vide Pacium d. cent. 2. q. 59.*

12 Multò minus refragatur *l. si. negoc. 15. C. eod.* ubi pariter negociorum gestorum actio competere videtur, tametsi mandatum intervenerit. *His* etenim verbis, *si negociorum sororis tuæ gerens, &c.* respondent verba hæc: *negociorum gestorum actione*: verbis verò illis, *vel mandante ea, vel ignorante, &c.* respondent hæc verba: *vel mandati, &c.* ut bene animadvertit Dn. Collega Bocer. *in Comment. ad d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. c. 4. n. 111. ed. 2.*

13 Denique dico, *utiliter gerit.* Quia satis est, negocia utiliter ab initio gesta esse, etiamsi malum & infelicem habuerint eventum: ut si insula vel domus utiliter empta aut fulcita conflagrarit, flammisque consumpta sit, *l. sed an ultro. 10. §. 1. l. successori. 12. §. ult. & l. ex duobus.*
14 *27. ff. de negoc. gest.* Nec adversatur, quod culpa sit, immiscere se rei, ad se non pertinenti. *l. culpa 36. ff. de reg. jur. c. non est sine culpa. 19. de reg. jur. in 6.* Quandoquidem ille, qui se rebus alienis sine justa causa immiscet, πολυπράγμων dicitur, culpaque non caret. At negociorum gestor justam habet causam administrandi negocia absentis & ignorantis: ne dum propter subitam peregrinationem abesse cogitur, suarum rerum jacturam patiatur, *hoc § nostro vers. idque utant [illegible] & d. l. 1. ff. de negoc. gest.* Aliter istam regulam explicant *Duaren. lib. 15. Comment. de jur. c. 15. pag. 420 n. 40. Anton. Faber disput. 25. ad Instit. Imperial. th. 1. lit. b. Knipschildt d. exercitat. Acad. 11. quæst. 1. pag. 387. Treutl. d. disput. 10. thes. 1. sub lit. E. & ibidem Hunnius, in sua resolut. pag. 700. ubi diversos istius regulæ intellectus adducit.*

Quid ergo sit negociorum gestio, satis opinor patet ex proposita, sic declarata definitione: quam tamen nullatenus pro exquisita & omnibus numeris absoluta vendito: sed pro tali, qualem jus nostrum admittit. Raræ quippe in jure nostro accuratæ definitiones, & vix sunt numero totidem, quot

Thebarum portæ, vel divitis ostia Nili.

Nimis igitur operosa est D. Boceri opera, prædictam definitionem sine effectu exagitare volentis, *hic sub num. 18. & seq. pag. 486.* Miror autem, ei displicere quædam nostræ definitionis vocabula: quorum tamen omnium rationem assignavi satis luculentam: nec eundem de sua quoque solicitum esse. Verum ita comparata est hominum natura omnium, aliena melius ut videant, & judicent, quam sua. *Terent. in Heautontim. Act. 3. Scen. 1. in fine.* Mi Bocere, meam & aliorum definitionem vitiosam arguere cupis, cum vix sit: tuam, cum sit, vitiosam non animadvertis. Definis negociorum gestionem, *in hoc §. n. 3. pag. 485.* quod sit quasi contractus. Et rectè quidem. At nimis inconsideratè & superfluè subjungis: consistens in actu, quo quis alterius *non mandantis* negocia gerit. Nunquid enim ex hoc ipso, quod negociorum gestio est quasi contractus, satis superque manifestum est, dominum negociorum *non mandantem* esse debere? Quid? An ullo etiam casu quasi contractus potest esse verus contractus? Ita scilicet egregius ille Definitionum Magister & Artifex aliorum definitiones allatrat; & suas à vitiis omnibus excusare nescit; nimio nimirum in re quidem propria amore, in aliena vero livore præpeditus. Quæ tamen haud quaquam ita accipi velim, quasi existimem, prædicta verba (*non mandantis*) absque piaculo definitioni negociorum gestionis inseri non posse: cum similia & ego inseruerim: probeque sciam, Interpretibus nostris valde familiare esse, ut majoris perspicuitatis gratia definitionibus apponant vocabula etiam non necessaria. Idque ut ferendum est in iis, qui tantum, ut res intelligatur exactius, allaborant: ita intolerabile est in eo, qui cæteris acutior videri cupiens, suas definitiones pro accuratissimis & absolutissimis obtrudere Lectoribus annititur: cum tamen reliquorum definitionibus, quas ipse temerè oppugnat, neutiquam perfectiores existant. Hinc versiculi illi Horatiani *lib. 2. Epist. 1.* mihi opportunè occurrunt:

Quod mecum ignorat, solus vult scire videri:
Nostra sed impugnat: nos, nostraque lividus odit.

Geruntur porrò citra domini mandatum negocia alie- 15
na, vel necessariò, vel voluntarie necessariò: cum quis coactus ea gerit: idque aut necessitate urgente, aut necessitatis suspicione, *l. ait prætor. 3. §. hac actione. 10. ff.* 16
de negoc. gest. l. tutori. 20. Cod. eod. Necessitate urgente alterius negocia gerit executor sententiæ sive judicati, quando jussu prætoris sententiam seu judicatum exequitur, *d. l. 3. §. si executor. 8. ff. d. tit.* ubi Ulpianus ita scribit: *Si executor à prætore in negocio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio.* Ex quo 17
textu luculenter evincitur: quod executor teneatur creditori & victori negociorum gestorum actione, si dolosè in executione sententiæ versatus fuerit. Et quanquam Anton. Faber *in rational. ad d. l. 3. §. 8.* contendat, illum §. 8. de actione doli exaudiendum esse, *arg. l. si pignor. 50. ff. de evictión.* cum tamen dictus §. 8. positus sit *sub tit. de neg. gest.* probabilius est, eum non de alia, quam negociorum gestorum actione esse accipiendum. Et sanè si doli actionem Jurisconsultus intellexisset: haud dubiè, ad omnem tollendam ambiguitatem, hoc expressisset: maximè cum ibi non ex professo de actione doli, sed de actione negociorum gestorum tractarit.

Nec hanc evertit assertionem *d. l. si pignor. 50. ff. de* 18
evictión. ubi dicitur, nullam aliam actionem contra apparitorem seu executorem dari, quam de dolo. *Nam* ibi dolo executoris, rem viliori pretiò distrahentis, læsus fuit non creditor, sed debitor: cui, nomine hujus doli, idcirco negociorum gestorum actio non competit: quia executor negocia debitoris gessisse dici nequit: cum hic debitor invitus executionem patiatur. Hac itaque negociorum gestorum actione deficiente, necessario debitor ad subsidiariam actionem de dolo confugit, *arg. l. 1. ff. de dolo.* Quod autem *d. l. 50. ff. de evict.* de debitore loquatur: arguunt verba ista finalia, *domino rei.* Dominus enim rei, in qua fit executio, non est creditor,

Digitized by Google

creditor, ſed debitor. Alia ratio eſt in creditore: quia
cum executor ejus cauſa & contemplatione negocium
gerere: ſi quid dolo commiſerit in executione, meritò
negociorum geſtorum actione ille tenetur. Ita *poſt Ac-
curſium in Gloſ. ultim. ad dictum l. 3. §. 8. ff. de negociis
geſt.* rectè tradunt *Julius Pacius cent. 2. ἐναντιοφανῶν. q.
50. Vitalis lib. 1. var. lection. cap. 12. Hilliger. in Donell.
enucleat. lib. 15. cap. 15. lit. k. Treutl. vol. 1. diſputat.
10. th. 2. lit. C. ibique Hunn. in ſua reſol. pag. 704. ubi
19 & aliis Fabri diſſentientis ratiunculis ſatisfacit.* Præterea
neceſſitate urgente alterius negocium geritur, cum cura-
tor adoleſcentis, furioſi, mente capti, prodigivè nego-
cia adminiſtrat, *d. l. 3. §. & ſi furioſi. 5. ff. de neg. geſt. l.
curatoris.* 17. *Cod. eod.* vel cum quis mandatu tutoris,
negocia pupilli explicat, *l. qui pupillæ 4. Cod. de negoc.
geſt.* quoniam procurator, poſteaquam conſtitutus eſt,
neceſſarius geſtor dicitur, *argum. l. ſicut initio. 5. C. de
obligat. & actionib. Cujac. in paratit. Cod. de neg. geſt. in
princ. quem refert & ſequitur D. Bocer. claſſ. 3. diſput.
17. theſ. 4. ad lit. C. edit. 2.* item, cum tutor poſthumi
inchoata negocia perficere cogitur, etſi non naſcatur
poſthumus, *l. cum pater. 29. ff. de negoc. geſt. l. ſi. nemo.
19. §. fin. ff. de teſtament. tutel. l. 1. §. ſi quis 6. verſ. ſi-
mili modo. ff. de eo, qui pro tutore, prove curat. negoc.
geſſ. Treutler. d. diſp. 10. theſ 2. lit. d. ibique fuſius D.
20 Hunnius. pag. 705.* Neceſſitatis ſuſpicione alterius nego-
cia gerit is, qui quaſi tutor negocia expedit illius, qui
jam pubes eſt, *d. l. 1. §. ſi quis. 6. ff. de eo, qui pro tutore,
&c.* ut & liber homo, qui ſervire ſe illi credit, qui res
quaſdam gerendas ei mandat, *l. ſi pupilli. 6 § ſi quis. 5.
& l. at quin. 19. §. ſi libero. 2. ff. de negoc. geſt.*
21 Cui non contradicit *l. is, qui commodatum. 13. §. ſi
libero. 2. ff. commodati.* ubi expreſſe aſſeritur, hoc caſu
non actionem negociorum geſtorum, ſed mandati lo-
cum habere. *Etenim* diſtinguendum eſt hoc modo: ut ſi
is, qui bona fide alicui ſervit, mandatum ſuſceperit, &
negocium geſſerit quaſi ex neceſſitate ſervili, eo quod ſe
ſervum eſſe, & ob id mandatum ſui domini exequi teneri
fuerit opinatus; tunc actione negociorum geſtorum te-
neatur: propterea quod non valeat contractus mandati,
in quem non conſenſerit: cum geſſerit quaſi ex neceſſita-
te ſervili. Sin verò ſciens ſe eſſe librum, nondum ta-
men ad libertatem proclamans, volens ſuſceperit manda-
tum: tunc adverſus eum competat actio mandati. At-
que de hoc poſteriori caſu accipienda eſt *d. l. 13. §. 2. ff.
commodati.* de priori verò caſu intelligi debet *d. l. at quin.
19. §. 2. ff. de negoc. geſt.* Eaque diſtinctio confirmatur
argumento ſumpto *ex l. liber homo. 19. in fine. ff. de ac-
quir. rer. domin.* ubi ex Labeonis ſententia ſimilis aſſer-
tur diſtinctio; cum homo liber bona fide ſerviens, juſſu
ejus, cui ſerviit, adiit hereditatem. Nam ſi quaſi ex ne-
ceſſitate ſervili adiit hereditatem, poſſeſſori acquiſivit: ſi
ſponte adiit, ſibi quæſivit. Hoc autem argumentum eò
majorem vim habet, quod ejuſdem Labeonis ſententia
refertur etiam *in d. l. at quin. 19 § 2 ff. de negoc. geſt. Ita
docent Julius Pac. d. cent. 2. quæſt. 59. Treutler. d. diſpu-
tat. 10. theſ. 2. ad lit. F. ibique D. Hunn. pag. 708.*
22 Voluntariè geruntur ſive expediuntur aliena negocia,
quæ quis ſponte, & nulla prorſus neceſſitate cogente ſu-
ſcipit, *d. l. 3. §. hac actione. 10. ff. de negoc. geſt. d. l. tutori
20. C. eodem.* id quod variis accidere ſolet modis: veluti
ſi quis ſe in re abſentis alicui obliget, *l. 2. ff. de negoc. geſt.*
vel pro alio abſque ejus mandato fidejubeat, *d. l. 3. §.
fin. & l. ſeq. l. fidejuſſor. 32. & l. mulier. 46. in fin. ff.
eod.* vel ſi quis pecuniam, aliamvè rem ad me perferen-
dam accipiat, *l. ſi pupilli. 6. §. 2. ff. eodem.* vel ſi quis Titium,
quaſi debitorem tuum, extra judicium de ſolvendo debi-
to admoneat, & debitum ab eo recipiat, idque tu poſtea
ratum habeas, *d. l. pupilli. 6. § item quæritur. 9. & §.
ſeq. ff. d. tit. & l. ſi pecun. 9. C. eod.* vel ſi mater ſive avia
in rebus liberorum animo recipiendi ac repetendi aliquid
expendat, *l. alimenta. 11. ubi Accurſ. & Sichardus C. eod.
23 l. Neſennius. 34. ibique D. ff. eod.* Enim vero hic ignoran-
dum non eſt: quod etſi parentes ſumptus, in liberos ero-
gatos, repetere valeant, ſi oſtenderint, ſe non animo do-
nandi, ſed repetendi ſumptus iſtos feciſſe, *juribus modo
legatis, & latius explanat Johannes Garſias in tract. de ex-
penſ. & meliorat. cap. 4. num. 4. Menochius lib. 2. de ar-
bitrar. jud. cent. 1. caſ. 88. n. 5. 11. 20. & ſeqq.* illos ta-
men ſumptus, quos ex juris publici neceſſitate fecerint,
repetere haud poſſint, tametſi de illis repetendis expreſsè
proteſtati fuerint. Cujus ratio manifeſta eſt: quia quod
quis facere cogitur legibus, ſi id faciat: ſolvit, quod debuit.
Debiti autem ſoluti nulla repetitio eſt, *l. ſi non fort. 26. §.* 24
penult. ff. de condict. indebiti. Et cum ad has impenſas fa-
ciendas actionem habeat is, cui debentur: multò magis
habebit ad eas ſervandas & retinendas exceptionem, *l. in-
vitus. 156. §. 1. ff. de reg. jur.* Unde ſi filium, in bonis nihil
omnino habentem, pater aluerit, eduxerit, bonis artibus
inſtituendum curaverit; quamtumvis teſtatus ſit pater, ſe
ea, quæ impendit, ita erogare, ut aliquando repetat;
non tamen repetere poterit: quoniam iſta facere cogeba-
tur, *l. ſi quis à liberis. 5. §. 1. 2. & 4. ff. de agnoſcend. &
alend. liber. l. ult. §. ipſum autem 5. C. de bonis, quæ libe-
ris, &c.* Idem dicendum erit de liberto, qui tutores filiis
patroni petiit. Hoc enim facere libertus compellitur, *l. 2.
§. 1. ff. qui petant. tutor. vel curatores.* Ideoque ſi fecit;
officio & obſequio liberti functus, negociorum geſtorum
actionem non habet, *l. officio. 5. C. de neg. geſt. Donell.
lib. 15. Comment. de jur. civ. c. 16. pag. 424. n. 20. & 30.*
Voluntarius quoque, eſt negociorum geſtor vitricus, qui 25
repetendi animo ſumptus facit in rebus privignorum, *l. ſi
paterno. 15. C. de neg. geſtis.* At quid ſtatuendum, ſi vi-
tricus bona privigni adminiſtrans, alimenta privigno præ-
beat; anne etiam tunc repetitionem habebit? Et habere,
probatur argumento *d. l. Neſennius. 34. verſ. at in propoſi-
to ff. eod.* ubi Paulus de avia, nepotibus alimenta ſuppe-
ditante, apertè ſcribit: eam, ſi negocia adminiſtraverit
nepotum, veriſimiliter eos de re ipſorum propria aluiſſe.
Quare & vitricus, bona privignorum adminiſtrans, in
dubio alimenta potius ex bonis ipſorum privignorum,
quam ſuis, præbuiſſe cenſebitur. Siquidem inter vitricum
& privignos non talis invicem ſe alendi intercedit neceſſi-
tudo, qualis inter patrem & liberos, aviam & nepotes.
Et quamquam vitricus non recte fortaſſis experiretur con-
tra ſuum privignum, ſumptuum in alimenta factorum re-
cipiendorum cauſa, *ut exiſtimat Ludovic. Romanus conſil.
255 n. 2.* bona tamen privigno reſtituens, deducere poſſet
& reputare alimenta, quæ illi præbuit, *argum. d. l. 1. 34.
verſ. igitur ibi, audiendos, ſi reputare velint alimenta,
&c. ff. de neg. geſt.* Quid verò, ſi privignus, aut privi- 26
gna in ſervitio fuerit vitrici, eique operas quotidianas
præſtiterit; anne & tunc repetere aut deducere alimenta
vitricus poterit? Hoc caſu & æquitati & veritati magis
conſonum eſt, vitrico nullam alimentorum repetitionem
aut deductionem competere: ſed alimentorum & opera-
rum compenſationem fieri oportere: cum nemo ſuo ſum-
ptu alteri inſervire teneatur, *arg. l. in rebus. 18. § poſſunt.
2. ff. commodati.* Et abſurdum quoque foret, deteriori con- 27
ditione haberi privignum, quam extraneum, cui vitricus,
ſi eum in ſuo ſervitio vel famulitio haberet, jure alimenta
ſuppeditare cogeretur. *Eamque rem explicatius perſequun-
tur, Martinus Col. lib. 3. de aliment. cap. 2. eumque citans
D. Hunnius in reſol. ad d. diſputat. 10 Treutl. theſ. 3. lit.
C. q. 12. p. 713. D. Bocer. hic n. 32. cum ſeqq p. 487. &
Knipſchildt d. exercit. 11. q. 4. p. 392.* Eſt item volunta- 28
rius negociorum geſtor filius, vel quivis alius, qui pro
patre, aut alio, non donandi animo, debitum ſolvit, *l. ſi fi-
lius 12. C. de neg. geſt. l. cum pecuniam 43. ff eod.* In *d.
l. ſi filius. 12.* Alexander Imperat. filio impenſarum repe- 29
titionem denegat, *ſi donandi animo pecuniam dederit.* Ex
quo elicitur, quod ſi non donandi animo filius debitum
patris ſolverit, nec eo animo ſolviſſe probari poſſit, repe-
titionem ſolutæ pecuniæ habeat. Et licet Johannes Gloſ-
ſator, eumque ſecuti, particulam *Si* illic idem ſignificare
putent, quod *quia*: prout interdum particula iſta non con-
ditionem, ſed cauſam & rationem in legibus noſtris deno-
tat: quia tamen ſua natura conditionem ſignificare ſolet:
idcirco ab hac genuina & nativa ſignificatione in dubio
non eſt recedendum, *arg. l. non aliter. 69. in pr. ff. de
legat. 3.*

Nec obſtat, quod hæc ſit correlativorum natura, ut
quod

Digitized by Google

quod diſpoſitum eſt in uno, idem quoque diſpoſitum cen-
ſeatur in altero, *l. ult. C. de indict. viduitate tollend. l. 1.*
31 *C. de cupreſſis*, &c. Pater autem & filius ſint correlata.
Ideoque ſicut pater aut mater, ſumptus ſuppeditans filio,
non habet eorum repetitionem: cum donandi animo ſub-
miniſtraſſe præſumatur, *l. cum tu*, 32. *§. mulier*, 2. *ff. de
condict. indebit. l. 1. in fine, ibique Gothofred. d. l. alimenta*,
11. & *d. l. ſi paterno*, 15. *in princ. C. de neg. geſt.* ita & fi-
lius, impenſis pro patre faciens, præſumatur donandi, &
32 non repetendi animo eas feciſſe. *Nam reſpondetur*: argu-
mentum hoc habere vim concludendi & procedere, ſi in
uno correlativorum eadem ſit ratio, quæ eſt in altero. Aſt
33 in propoſito diverſa eſt patris & filii ratio. Siquidem liberi
non ita jure naturæ primævo ſuos progenitores alere te-
nentur, quemadmodum hi illos: cum liberi alimenta pa-
rentibus ex obligatione duntaxat antidorali debere videan-
tur, *arg. l. fin. §. ipſum*, 5. *C. de bon. quæ liberis*, &c.
34 Unde belle dici ſolet, quod lege naturæ non liberi paren-
tibus, ſed parentes theſaurizent filiis ſuis, 2. *ad Corinth.* 12.
verſ. 14. *c. cum Apoſtolus*, 6. *§. prohibemus*, *extr. de cenſib.
cau. prædicator.* 66. *verſ. non debent*, *cauſ.* 16. *q.* 1. *l. de
emancipatis*, 13. *§.* 1. & 2. *C. de legitimis heredib. l. nam
& ſi* 15. *in princ. ff. de inoff. teſtam. l. nihil intereſt*, 50.
§. 2. *in fine*, *ff. de bon. libert. l. ſcripto* 7. *in fin. ff. unde li-
beri*, *l. cum ratio*, 7. *in pr. ff. de bon. damnat. Weſenbec. in
§. qui igitur*, 3. *num.* 2. *ſupr. de patr. poteſt.*

35 Neque urget, quod alimenta pietatis intuitu facta &
erogata repeti non poſſint, *l. ex duobus*, 27. *in fine*, *ff. de
negot. geſt.* Filius autem in dubio intelligatur impenſas,
in patrem factas, pietatis reſpectu feciſſe. *Reſpondetur* e-
nim breviter: alimenta quidem pietatis cauſa ſuppedita-
ta repeti non poſſe: at filium in dubio non cenſeri alimen-
ta pietatis cauſa patri ſuppeditaſſe, aut impenſas pro eo
feciſſe: *ut arguit d. l. filius* 12. *ibi*, *ſi donandi animo pecu-
niam dedit*, *C. eodem. Hunnius d. theſ.* 2. *lit. D. pag.* 714. *D.
Bocerus hic n.* 27. & *ſeqq. pag.* 488. *Lingius deciſ.* 1. *quæſt.*
7. & *Kniphildt. d. exercit.* 11. *quæſt.* 5. *pag.* 392. Por-
ro de obligatione parentum in liberos, & obligatione li-
berorum erga parentes, perquam eleganter & copioſè
diſſertat Henningus Arniſæus *lib.* 1. *de Republ. cap.* 4.
ſect. 4. & 5.

36 Eſt præterea voluntarius negociorum geſtor maritus,
qui in funus uxoris, quaſi recepturus, aliquid erogat,
l. quod in uxorem, 13. *Cod. de negot. geſt.* & frater, qui pro
ſorore tributa ſolvit, *l. ſi negocium*, 16. *ubi Gothofred.
Cod. eod.* aut pro fratre coherede pecuniam expendit,
l. ſive pro fratre 3. *Cod. d. tit.* item ille, qui ſumptus neceſ-
ſarios & probabiles in re ſeu lite communi facit, *l. ejus*,
qui 41. *verſ. earum autem*, &c. *ff. de reb. credit.* & *l. li-
berto*, 31. *§. fin. ff. de negot. geſt.* in quibus legibus affir-
matur, ſolam negociorum geſtorum actionem de impen-
ſis, in rem communem factis, competere.

37 Hiſce textibus non repugnat *l. heredes*, 25. *§. ſi unus*,
15. *ff. famil. erciſcund. l. filiæ*, 18. *in fin. Cod. eod.* & *d. l.* 3.
Cod. de negoc. geſt. cum concordantibus, in quibus aſſeritur;
de eo, quod in rem communem impenſum eſt, dari vel
actionem communi dividundo & familiæ erciſcundæ, vel
certe haſce actiones concurrere cum actione negociorum
geſtorum. *Etenim* ſic commode diſtingui poteſt: ut ſi
quis pro parte coheredum geſſit, quod diviſionem reci-
piebat, & pro ſua ſolummodo parte geri potuiſſet: tunc
negociorum geſtorum actio detur, *d. l.* 41. *ff. de reb. credit.
d. l.* 31. *§. fin. ff. de negot. geſt.* Si vero quis geſſerit
pro parte etiam coheredum; quod diviſionem non reci-
piebat, quodque pro parte duntaxat geſtoris geri non po-
terat: tunc actio familiæ erciſcundæ, vel communi divi-
dundo competat, *d. l.* 25. *§.* 15. *ff. famil. erciſc.* & *d. l.* 3.
Cod. de negoc. geſt. & *ſimilib. Cujac. tract. ad African.* 8.
in explicat. d. l. ejus, qui 41. *ff. de reb. credit pag.* 417. *D.
Bocer. hic num.* 30. & *ſeq. pag.* 488. *Hunn. in d. diſput.*
10. *Treutl. theſ.* 3. *ad lit. H. vol.* 1. *pag.* 717. *Julius Pac.
d. cent.* 2. *Analect. Decad.* ..., *quæſt.* 63.

38 Eſt denique voluntarius negociorum geſtor pater aut
mater, qui ignorante filia a ſponſo ejus res donatas ſu-
ſcipit, *l. fidejuſſor* 32. *§. ultim. ff. de negotiis geſtis.* ubi
Papinianus ita diſerte ſcribit: *Ignorante virgine, mater à
ſponſo filiæ res donatas ſuſcepit: quia mandati, vel depoſiti
ceſſat actio: negociorum geſtorum agitur.*

Cui non refragatur *l. die ſponſaliorum* 25. *in princ. ff.
depoſiti*, ubi idem Papinianus profitetur: iſto in caſu
competere actionem depoſiti, & non negociorum ge-
ſtorum. *In hujus* ſiquidem legis ſpecie virgo fuit præ-
ſens, eique res fuerunt à ſponſo oblatæ: ac propterea
pater accepit voluntate filiæ: ob quam voluntatem filia
videtur brevi manu res accepiſſe, & apud patrem depo-
ſuiſſe. Quod autem præſens fuerit filia, apparet ex eo,
quód dicitur, res puellæ fuiſſe oblatas: quoniam præſenti
tantum offerimus. Cæterum in ſpecie *d. l. fidejuſſor.* 32. *§.
ultim. ff. de negoc. geſt.* mater ignorante virgine res accepit:
& ideo cum nullus fuerit conſenſus virginis, non poteſt
videri à ſponſo accepiſſe, & apud matrem depoſuiſſe.
Ita iſtos textus conciliant Antonius Faber in rational. &
Cujac. lib. 3. *reſponſor. Papiniani, in explicat. dictæ l.* 32.
§. ult. ff. de negoc. geſt. Pacius d. cent. 2. *q.* 64. *eoſque lau-
dans Hunnius dicto loco pag.* 718. & *D. Bocerus hic num.*
33. *pag.* 489. Porrò plura ejuſmodi negociorum geſtorum
exempla videre eſt paſſim, *ff.* & *Cod. de negociis geſtis.*

Ex hoc quaſi contractu duplex naſcitur actio nego- 39
ciorum: una directa, altera contraria, *hoc §. noſtro*, *l. ſin
autem*, 20. *ff. de negoc. geſt.* Directa negociorum geſto-
rum actio datur domino rei geſtæ, adverſus ipſum ge-
ſtorem; ad hoc, ut geſtionis ſive actus ſui rationem red-
dat: quodque ex negocio domini percepit lucri & com-
modi, hoc omne ei reſtituat, damnumque, quod negli-
gentia ipſius, culpa & dolo datum eſt, reſarciat, *l.* 2. &
l. ſi negocia, 11. *ff. d. tit. ibique in Paratitl. Weſembec. n.*
10. *l. tutori*, 20. *C. eod. l. contractus*, 23. *ff. de regul. jur.
l. ſi quis abſentis*, 5. *in princip. ff. de obligat.* & *actionib.*
Sed de quanam culpa teneatur negociorum geſtor, valde 40
intricatum ac controverſum eſt? Et quidem, quod non
de leviſſima, ſed de lata ſolum & levi culpa ille conveniri
poſſit, plerique exiſtimant; *Angelus*, *Mynſingerus*, *Bal-
duinus*, *Heigius*, *Giphanius*, *Rittershuſius*, *Schneidewinus*,
Marcilius, & *nonnulli alii in hoc §. Sichardus in d. l. tu-
tori*, 20. *C. de negoc. geſt. Anton. Faber. ad d. l. ſi nego-
cia*, 11. *ff. eodem*, *Petrus Gregor. in ſyntagm. jur. univerſ.
lib.* 20. *c.* 2. *num.* 4. *D. Bocer. claſſ.* 3. *diſput.* 17. *theſ.* 17.
edit. 2. *item in hoc §. n.* 43. *cum multis ſeqq. pag.* 490. &
in commentar. ad d. l. contractus, 23. *ff. de reg. jur. cap.* 4.
n. 112. *edit.* 2. & *ibidem Hieronymus Cagnol. num.* 66.
Petrus Fab. n. 121. & *M. Anton. Delrio cap.* 14. *Treutl.
diſput.* 10. *theſ.* 6. *lit. D. vol.* 1. *Hunnius diſput.* 17. *ad
Inſtitut. theſ.* 17. *Arumæus Exercitat. Juſtin.* 15. *theſ.* 11.
Matthias Stephani cent. 3. *q.* 90. *Schickardus diſput.* 15.
theſ. 6. *ad lit. b.* & *reſol. q.* 1. *Schegkius in delibat. jur.
diſp.* 20. *theſ.* 3. *lit. d. Gothofred. Anton. diſput. Anti Vul-
tei* 4. *th.* 23. *Locamer. quæſtionum juridicarum faſcic.* 40.
q. 9. & *Frantzkius exercitat. jurid.* 11. *q.* 7. *p.* 360. & *ſeqq.*
Verum quod etiam leviſſimam culpam domino præſtare 41
regulariter teneatur negociorum geſtor, aſſerunt *Donel-
lus lib.* 15. *Comment. de jur. civ. c.* 15. *p.* 420. *ibique Hil-
liger. in ſuis notat. ad lit. f. Vulteius lib.* 1. *diſceptat. Scho-
laſt. c.* 15. *p.* 165. *cum ſeqq. Borcholt. Anton. Matthæus*
& *Gerard. Tuningius in hoc §. Cujacius in notis ad Jul.
lib.* 1. *ſentent. tit.* 4. *in princ. Timæus Faber. d. diſp.* 25. *ad
Inſtit. Imperial. th.* 2. *lit. c. Juſtus Schütz d. diſput.* 17. *th.*
5. *p.* 261. *Rober. diſput.* 18. *theſ.* 1. *Wegner. diſput.* 13 *th.*
2. *ad lit. D. Andr. Gerhardi decad.* 16. *q.* 1. *Forſter. junior
lib.* 3. *diſput.* 19. *theſ.* 1. *Riemer. decad.* 11. *q. illuſtr.* 7.
D. Beſold. in delibat. jur. ex lib. 3. *Pand. tit.* 5. *n.* 30. *pag.*
325. *cum ſeqq. Schröter diatribar. domeſticar. decad.* 8.
q. 8. *Berenſ. diſput.* 12. *ad Inſtit. them.* 3. *q.* 1. *Hunn. diſ-
put.* 16. *ad Inſtit. theſ.* 26. & *in reſolut. ad d. diſput.* 10.
Treutl. th. 5. *lit. C.* & *D. p.* 724. *q.* 19. & *Bachovius ibi-
dem in ſuis not. pag.* 382. *vol.* 1. & *in hoc §. n.* 1. *p.* 833.
ibique referens D. Martinus Rumel. Exercit. 16. *ad Inſtit.
ſub theſ.* 2. *lit. C. p.* 146. Quæ aſſertio, quam & ego 42
veriſſimam judico, in primis probatur *per hunc §. noſtrum*,
verſ. quo caſu, &c. ubi Imper. Juſtinianus regulam pro-
ponit, quod negociorum geſtor teneatur ad exactiſſimam
diligentiam, cui culpa leviſſima opponi ſolet, *ut oſten-
ſum in §.* 2. *ſupr. de obligationibus* ... Regulam

Digitized by Google

autem eam esse, arguit vocula *quisque*, & subjecta exceptio, *si modo alius diligentior commodius administraturus esset negocia.* Quasi dicat Imp. tum demum negociorum gestorem suo satisfecisse officio, quando à nemine vincitur diligentia: hoc verò nunquam futurum, nisi exactissimam adhibuerit op[era]m: cum semper ab alio diligentius possint administra[ri] [ne]gocia, si exactam usurpat diligentiam. Quemadmodum igitur in ædilicio edicto, qui optimum dixit, optimum etiam, non mediocrem, præstare debet, *l. si quid venditor* 18. §. 1. *ff. de ædilic. edicto*: ita negociorum gestor, à quo exactissima requiritur diligentia, eam adhibere debet.

43 Deinde eadem assertio hac ratione confirmatur: Quicunque sese sua sponte alicui negocio offert, is in plus tenetur, quam alias natura contractûs patitur, *l.* 1. §. *sæpe evenit*, 35. *ff. depositi*, ubi depositarius, qui se deposito obtulit, tenetur etiam ad levem culpam: cum tamen alias solum dolum & latam culpam præstet, *l. quod Nerva*, 32. *ff. d. tit. d. l. contractus*, 23. *ff. de reg. jur. & explicatum latius in* §. *præterea*, 3. *num.* 22. *& seqq. supr. quib. mod. re contrah. obligat.* Atqui vero negociorum gestor gestioni seu administrationi negociorum semper se offert: quoniam certissima est hujus contractus natura, quod negocia aliena gerens, sponte non rogatus ad ea gerenda accedat, atque ideo semper sese offerat. In arbitrio enim ipsius est ab initio, negociorum gestionem suscipere: susceptam autem pro arbitrio suo negligenter
44 administrare, liberum ipsi non est. Cum igitur etiam mandatarius, qui tamen se non obtulit, de omni culpa teneatur, *l. à procuratore*, 13. *Cod. mandati*, *& pluribus demonstratum in* §. *is*, *qui exequitur*, 8. *num.* 21. *& seqq. supr. de mand.* idem, & quidem multò meliori jure, de negociorum gestore statuendum fuerit.

45 Accedit præterea textus expressus *in l. si mater*, 24. *C. de usur.* ubi ab Imper. Philippo rescriptum est: matrem, quæ negocia filii gessisset, *omnem* diligentiam præstare debere. Quod si igitur *omnem* diligentiam præstare mater, in gerendis & administrandis liberorum negotiis, compellitur: sequitur, quod & exactissimam diligentiam, quam culpæ levi opponi certum est, præstare teneatur. Et si à matre omnis diligentia exigitur: multò certè magis ab extraneo exigetur. Neque enim tam stricta inter necessarios, maximè verò inter parentes & liberos, esse solet observatio, quanta est inter extraneos, *argum. l.* 3. §. *interdum* 9. *ff. de negoc. gest.* Et quanquam dissentientes regerant: omnem diligentiam *in d. l.* 24 *Cod. de usur.* non absolutè de omni diligentia, quam etiam diligentissimus paterfamilias adhiberet, sed de omni diligentia matris, quam suis propriis rebus adhibere consuevit, intelligendam esse, quæ diligentia opponi soleat non levissimæ, sed levi culpæ: isthæc tamen interpretatio meritò repudiatur. Tum quia nimis divinatoria est, nec ullo firmo fundamento suffulta: cum Imperator non dicat, *omnem diligentiam matris*, vel *omnem diligentiam, quam mater suis rebus adhiberet*; sed absolutè & simpli-
46 citer *omnem diligentiam.* Cum igitur Imper. non distinguat, nec nos distinguere debemus, *vulgata l. de precio*, 8. *ff. de Public. in rem action. l.* 1. §. *generaliter ff. de legat. præstand.* Tum quia diligentia, quam quis suis adhibet rebus, opponitur culpæ latæ: ita ut si eam in alienis rebus non præstiterit; latam culpam, seu culpam eam, quæ dolo proxima est, commisisse putetur, *d. l. quod Nerva*, 32. *ff. depositi.*

47 Illud insuper ipsum corroborare videtur *l. si negocia*, 11. *ff. de negoc. gest.* ubi Pomponius ait: eum, qui negocia absentis & ignorantis gerit, culpam & dolum præstare debere: sed & interdum casum. Quibus utique verbis haud obscurè significat Jurisconsultus: negociorum gestorem culpam præstare debere. Levissimam autem culpam, esse culpam patefecit *ex l. in lege Aquilia*, 44. *ff.*
48 *ad leg. Aquil. & iis, quæ docuimus in* §. 2 *num.* 70. *cum aliquot seqq. supra de obligat.* Igitur ex mente Pomponii & hæc à negociorum gestore præstanda est. Quicquid enim prædicatur de genere, id etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, prædicari intelligitur: nisi aliqua species expressè atque nominatim excepta fuerit, *arg. l. quæ de tota*, 76. *in princip. ff. de rei vindicat. l. uxorem*, 41. §. 3. *ff. de legat.* 3. *l.* 1. §. *quod autem ff. de aleatoribus.* Hic autem in genere de culpa prædicatur, quod ea præstanda sit à negociorum gestore. Quare de singulis culpæ speciebus sive gradibus; adeoque de culpa quoque levissima idem prædicari, statuendum est. Nec movet, quod 49
objicitur, *in d. l.* 11. *ff. de negoc. gest.* per culpam intelligi duntaxat levem: quæ in dubio appellatione culpæ venire solet, *arg.* §. *præterea* 3. *supr. quib. mod. re contrah. obligat. l. socius socio*, 72. *ff. pro socio*, *l. videamus*, 4. §. *fin. & l. seq.* §. 3. *ff. de in lit. jurand. l. si mora*, 9. *ibique Jason. num.* 8. *& l. si filiofamilias*, 25. §. 1. *ff. solut. matrimon.* Præterquam enim quod hoc tum demum procedit, quando res subjecta suadet, nomine culpæ levem tantummodò culpam intelligi, aut levissima culpa perspicuè excipitur, *ut in l. heredes*. 25. §. *non tantum*. 16. *vers. non tamen diligentiam. ff. familiæ erciscund. & post alios pluribus ostendit Celsus Bargalius in tract. de dolo. lib.* 5. *cap.* 3. *n.* 18. *& seqq.* etiam observandum est, quod Pomponius *in d. l. si negocia* 11. *ff. de negoc. gest.* culpam & dolum casui fortuito opponit. At quoties hoc fit: per culpam omnis, sicque etiam levissima, culpa intelligitur: nisi & ipsa vel expressè, vel implicitè excipiatur, *ut in* §. *ult. supr. Quib. mod. re contrahit. obligat.*

Postremò huic sententiæ non parum suffragatur textus 50
in l. in re mandata, 21. *in fine Cod. mandat.* ubi Constantinus Imper. rescribit: in administratione alienorum negociorum *nil quidquam* neglectum ac declinatum culpâ vacuum esse. Atqui negociorum gestorem aliena negocia gerere, in confesso est. Sequitur ergo, quod si quidquam in eorum gestione neglexerit ac declinaverit, culpa illud vacuum sit: ac ea propter de culpa levissima conveniri possit. Idque maximè vox, *quidquam*, arguit. Quidquid etenim neglectum fuerit, aut declinatum, culpâ vacuum non est: ita nimirum, ut si neglectum aut declinatum quid fuerit, quomodocunque etiam illud fiat, id præstandum sit. Id autem fit culpa non minus levissima, quam levi. Et vero est ratio illa non propria mandatarii; sed omni alieni negocii gestori communis, sive mandato illud gerat, sive sine mandato. Quinimo si locum illa habet, ut habet, in mandatario, qui ad gestionem accedit, præcedente negocii domini rogatione atque mandato: multò magis locum habebit in negociorum gestore, qui sponte sua, non etiam rogatus, ad negocia gerenda accessit, & se illis obtulit, atque offerendo industriam suam in gerendo sive administrando professus est, *D. Vult. d. lib.* 1. *disceptat. Scholastic. cap.* 15. *pag. mihi.* 169.

Huic ita stabilitæ assertioni primò non obstat *prædicta* 51
l. tutori. 20. *C. de negoc. gest.* ibi cum Impp. Diocletian. & Maxim. doli tantum, culpæ latæ & levis mentionem faciant: inde dicendum videtur, levissimam culpam præstandam non esse. *Etsi* enim in ista lege culpæ levissimæ nulla mentio fiat: non tamen protinus consequens est, hanc culpam levissimam non esse à negociorum gestore præstandam. Unius quippe inclusio non est alterius exclusio 52
in constitutionibus Imperatorum, in Codicem relatis: quæ sunt ut plurimum restrictæ & accommodatæ ad consultationem & facti speciem Imperatoribus propositam. Igitur de levissima culpa *in d. l.* 20. nihil respondent Imperatores: quia de ea non fuerant consulti aut requisiti: sed hujusmodi facti species ipsis proposita & oblata fuit, qua is, qui consulentis Octavianæ negocia gesserat, dolum, latam & levem culpam, non etiam levissimam, commiserat. Quod si in genere, anne de omni culpa, aut in specie, an de levissima culpa teneretur negociorum gestor, Impp. fuissent consulti: dubium non est ullum, quin idem de levissima culpa responsuri fuissent. Neque sanè hæc interpretatio nuda conjectura aut divinatione nititur: sed ex oppositione ista, quæ fit *in d. l.* 20. manifestè colligitur. Namque opponuntur ibi tutor atque curator negociorum gestori ratione culpæ, de qua tenentur. Atqui clarissimi juris est, tutorem & curatorem de levi teneri culpa, *l. à tutor.* 33. *in princ. ff. de admin. & peric. tutor. l.* 1. *in princ. ff. de tutelæ & rationib. distrahend. l. quicquid.* 7. *C. arbitr. tutelæ*, *& dict. supra ad* §. *is qui exequitur.* 8. *n.* 32. *tit. de mandato.* Quapropter ut oppositio ista consistat: necessariò admittendum est, negociorum gestorem non solum de levi, sed de levissima quoque culpa teneri. *Hunn. d. resolut.*

resolut. ad disputat. 10. *Treutleri. thes.* 5. *lit. C. & D. vol.* 1. *pag.* 725.

53 Secundò non obstat, *l. fidejussor.* 32. *vers. negociorum autem. ff. de negoc. gest.* ubi Papinianus ait, in negociorum gestorum actione culpam æstimari satis esse, non etiam casum. *Nam* si ibi culpæ appellatione culpa levissima contineri non debuit; cur Jureconsultus non æque culpam levissimam, atque casum excepit: cum de illa magis, de hoc minus dubitari potuisset? Verum equidem est, culpam absolutè positam significare culpam levem, *argument d. l. contractus* 23 *ff. de reg. jur.* §. 3. *supr. quib. mod. re contrah. obligat. & juriium similium allegatorum supra n.* 49. sed id non esse perpetuum, dicto modò loco ostensum est. Sudet enim interdum oppositio, quæ fit inter culpam, & casum fortuitum, ut culpam interpretentur culpam omnem, quæ & dolus sit, & culpa lata, & culpa levis, & culpa levissima, *ut in d. l. fidejussor.* 32. *ff. de negoc. gestis, & l. si procuratorem.* 8. §. *proinde.* 10 *ff. mandati.* interdum etiam idem dictat suadetque subjecta materia, de qua agitur, mentione culpæ in illa facta: quemadmodum circa contractus mandati causam notavimus supra *in d.* §. *is, qui exequitur.* 8. *tit. de mandato. numer.* 25. quod nimirum in illo appellatione culpæ, non levis tantum, quæ propriè culpa dicitur, sed levissima etiam comprehendatur, ubicunque absolutè culpæ mentio fiat, *ut in d. l. si procuratorem.* 8. §. *proinde.* 10. *l. idemque.* 10. §. 1. *l. inter causas.* 26. § *sed cum servus* 7. *ff. mandati. l. ellamsi.* 4. *Cod. eod. D. Vult. d. cap.* 15 *pag.* 172.

54 Tertiò non obstat *l. si pupilli.* 6. §. *ultim. ff. de negoc. gest.* ubi à negociorum gestore exigitur, ut diligens sit, non etiam, ut sit diligentissimus. Cui simile est, quod *in recept. sentent. Paul. lib.* 1. *tit.* 4. *in princip.* dicitur, eum, qui negocia aliena gerit, exactam diligentiam præstare debere. Unde colligitur: in negociorum gestore culpam levem, & non levissimam, vindicari: siquidem exacta diligentia culpæ levi; exactissima verò culpæ levissimæ opponatur. Istud, *inquam*, non obstat. Respondetur enim: exactissimam diligentiam recte quoque appellari diligentiam exactam: quoniam superlativo positivum inesse constat. Nam qui doctissimus est, rectè dicitur doctus: qui sapientissimus, recte dicitur sapiens. Itaque non sequitur: negociorum gestor tenetur præstare exactam diligentiam: ergo non exactissimam: item negociorum gestor debet esse diligens: ergo non diligen-
55 tissimus. Sic etenim à mandatario requiritur, ut aliena negocia *exacto* officio gerat, *d. l. in re mandata.* 21. *Cod. mandati.* & tamen *nihil quidquam* ab eo neglectum culpa vacuum esse, ibidem pronunciatur. Sic & commodatarius rebus commodatis exactam diligentiam adhibere dicitur, §. *item is.* 2. *vers. at is, &c. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* & tamen ipsum de culpa levissima conveniri, traditur *in l. si ut certo.* 5. § *nunc videndum.* 2. *in fine. ibi, diligentiam. l. in rebus.* 18. *in princ. ibi, diligentissimus. ff. commodati. l.* 1. §. *& ille quidem.* 4. *ibi, exactissimam ff. de obligationib. & actionib. & expositimus accuratius in d.* §. 2. *supr. quib. mod. re contrah. obligat. num.* 23. *& seqq.*

56 Quartò non obstat, quod ex hujusmodi quasi contractu negociorum gestorum nihil planè commodi ad gestorem perveniat: sed solius domini, cujus negocia gesta sunt, utilitas vertatur. Juris autem est non incogniti, quod cum contractus ad solius creditoris pertinet commodum, debitor de levissima culpa conveniri non debeat, *d. l. si, ut certo.* 5. §. *nunc. videndum.* 2. *ff. commodati,* Hoc, ajo, non obstat. Quod enim dicitur, levissimam culpam non præstari, cum contractus non concernit utilitatem debitoris: id hanc recipit limitationem: nisi debitor sese contractui obtulerit, suamque diligentiam & industriam professus fuerit. Jam verò negociorum gestor nulla planè necessitate coactus, sed sua sponte aliena negocia administranda suscipit. Igitur merito de levissima culpa tenetur, *docente Hunnio in d loco pag.* 726. *& Vultejo d. cap.* 15. *ad finem.*

57 Quintò, non obstat, quod si ad exactissimam & summam diligentiam negociorum gestor obligatus esset, adeoque de levissima culpa teneretur, nemo facile alterius negocia suscepturus & curaturus esset; sicque absentium negocia, ingenti sæpe cum eorum detrimento, desererentur: ad quæ tamen gerenda amici maximè invitandi videntur, *argum. hujus* §. *vers. idque utilitatis, &c.* Etenim hoc debile admodum & infirmum est argumentum. Eadem quippe ratione non facile quispiam mandatum suscepturus foret, quod & ipsum exactissimam diligentiam requirit, & à contrario, si hæc adhibita non fuerit, levissimam culpam exigit, *l. à procuratore.* 13. *Codic. mandati. & pluribus monstratum in d.* §. *is, qui exequitur.* 8. *supr. de mandato. num.* 21. *& seqq.* Sed & illud, quod in conjectura ac eventu dubio positum est, certissima juris fundamenta & rationes evertere non debet, nec potest, *ut bene hic in fine Anton. Matthæus monet.*

Sextò non obstat *d. l. quicquid.* 7. *Cod. arbitrium tutel. cum similibus,* ex quibus evinci posse videtur: quod, ad instar tutoris, negociorum gestor de levissima culpa conveniri non possit. *Quandoquidem* à tutore, qui necessitate publica ad tutelæ administrationem inducitur, ad negociorum gestorem, qui ultrò se ingerit, minus rectè duci argumentum, liquet *ex d. l. tutori.* 20. *Cod de neg. gest. & tradit Robertus d. disput.* 18. *thes.* 1. *eumque referens Paulus Berens d. disputat.* 12. *thom.* 3. *quæst.* 1. *num.* 2. *& ipse ostendi suprà in d.* §. *is, qui exequitur.* 8. *num.* 33. *tit. de mandato.* 58

Septimò & ultimò non obstat, quod officium suum 59
nemini debeat esse damnosum, *l. sed si quis.* 7. *ff. testament. quemad. aperiant. l. si servus.* 61 §. *quod vero.* 5 *ff. de furt. l. si vero* 12. §. *si mihi* 9. *ff. mandati.* At erit damnosum gestori, si ex culpa levissima conveniatur. *Nam* quadrupliciter respondetur: I. Si hoc argumentum obtineret: negociorum gestor ne quidem ex culpa levi conveniendus foret, ne pateretur officii sui jacturam. Est siquidem ubique idem medium concludendi. Posterius autem est absurdum. Ergo & prius. II. Non potest conqueri gestor, quod officium suum sibi existat damnosum: cum nec officio suo functus sit. Debent enim aliena negocia exacto officio geri, nec *quidquam* in eis prætermissum culpa vacat *d. l. in re mandat.* 21. *Cod. mandati.* Et qui se negocio gerendo offert, is *omnem* culpam præstat, *d. l.* 1. §. *sæpe evenit.* 35. *ff. deposit.* III. Nec damnum ge- 60
stor sentire intelligitur, quod culpà sua sentit, *l quod quis ex culpa.* 203 *ff. de reg. jur. & notat. Anton. Matthæus in hoc* §. *num.* 10. IV Regula illa sic intelligitur: nisi officium culpa præcesserit: item nisi officium alteri noceat. Adjuvari quippe nos, non decipi officio, oportet, *l. in commodato.* 17. §. *sicut.* 3. *vers. adjuvari. ff. commodat. Gerard. Tuning. hic in fine.* Istis igitur obstaculis omnibus remotis, firmiter concludendum est; negociorum gestorem de levissima culpa regulariter conveniri posse.

Est tamen casus, quo negociorum gestor levissimam 61
culpam non præstat, imò ne levem quidem, sed solummodo dolum: veluti si affectione coactus, ne bona mea distraherentur, negociis se meis obtulerit, *l. ait prætor.* 3. §. *interdum.* 9. *ff. de neg. gest.* Sanè de casu fortuito, qui vi- 62
delicet nulla providentia humana caveri potuit, non teneri negociorum gestorem, extra omnem controversiam est: siquidem nec alius quisquam de casu fortuito conveniri potest, *l. si ex legati.* 23. *ff. de verb. obligat. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur. ubi Debrio c.* 21. *l. quæ fortuitis.* 6. *Cod. de pignoratit. act.* Ejusque ratio est perspicua: quia quotiens res sine omni culpa aut dolo alterius perit: æquissimum est, eam perire suo domino, *l. pignus.* 9. *Codic. de pignorat. act.* Cum enim is commodum illius rei sentiat, secundum naturam & æquitatem est, eundem quoque damnum illius sustinere & incommodum, §. *cum autem.* 3. *vers. nam & commodum. supr. de empt. & vendit. l. secundum.* 10 *ff. de reg. jur.* Verum tres excipiuntur casus, qui- 63
bus etiam de casu fortuito negociorum gestor tenetur: I. Si tale negocium suscipiat negociorum gestor, quod non solitus erat gerere dominus, *l. si negocia.* 11. *ff. de negoc. gest.* II. Si casui fortuito causam præstiterit & occasionem, §. *item is.* 2. *vers. si modo non ipsius culpa, supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* III. Si speciali pacto casum fortuitum in se receperit, *l. negocium.* 22. *C. de negoc. gest. l.* 1. *C. de commodato.* Etenim pactum sive 64
conventio dat legem, hoc est, formam & temperamentum contractui, ut jam ex ipsa conventione de contractu judi-

Digitized by Google

judicetur, *l. juris gentium. 7. §. quin imo. 5. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique Philipp. Matthæus n. 41. l. legem. 10. C. de pactis. & inibi Donellus n. 4.*

65 Porro directa negociorum geſtorum actio non tantum
competit, quando geſtor negocium eo animo geſſit, quod
alienum eſſe exiſtimaret: ſed tum etiam, quando geſſit
negocium, quod putabat ſuum eſſe; cum revera eſſet
alienum, *per textum expreſſum in l. ultim. ff. de negoc. geſt.*
Et ratio eſt: quia dominus agendo adverſus geſtorem
ratum habet, quod ipſe geſſit: quæ ratihabitio negocium
illud omnimodò domini efficit: quod etiam ab initio
revera erat domini, ſed non ipſius contemplatione ge-
ſtum, *l. ſi pupilli. 6. §. item quæritur. 9. & § ſeqq. ff. d. tit.* Hæc
ratio, cum ſit generalis, oſtendit: geſtorem, qui re ipſa
alienum geſſit negocium, cum ſuum ſe gerere putaret,
teneri, ſive cauſa lucrativa fuerit, ſive oneroſa: *ut rectè
ſentit Jacobus Cujac. tractat. 8. ad African. in princip. ubi
dictam l. final. ff. de neg. geſt. non minus eleganter, quam doctè*
66 *explicat.* Ex adverſo autem hæc actio locum non habe-
bit, ſi quis geſſerit negocium, quod alienum eſſe exiſti-
mavit, cum eſſet ſuum. Hujuſque ratio evidens: quia
bona fides non patitur, ut ei cujus negocia opinione tan-
tum geſta ſunt, & cujus nihil intereſt, geſta vel non geſta
fuiſſe, adverſus geſtorem actio concedatur, *argum. l. actio
negociorum. 42. in princ. ff. eod.* Sed & negociorum geſto-
rem ob illa abſentis negocia, quæ non geſſit, teneri ini-
quum videtur, *argum. l. tutores. 39. §. qui [illegible] negotiis 2. in fin.
ff. de administrat. & peric. tutor. & d. l. tutori. 20. Cod de*
67 *negoc. geſt.* quibus in locis hæc ratio adducitur: quæ ſatis
abundeque ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore con-
ſulatur. Idemque confirmat *l. qui proprio. 46. § 1. ff. de
procurator.* ubi ita Cajus Juriſconſ. reſpondet: *Et, qui
defendit eum, cujus nomine ipſe non agat, liberum eſt vel in
totam rem defendere.*

68 Nec adverſatur *d. l. ſi pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de neg.
geſt.* ubi apertè dicitur, negociorum geſtorem teneri ob
ea quoque negocia, quæ non geſſit, *& l. in commodato.
17. §. ſicut. 3. verſ. ut accidit ff. commodati.* ubi ſtatuitur, cum
peritura negocia non impunè deſerere. *Nam* ad harum
legum veram conciliationem nihil accommodatius &
convenientius hac diſtinctione eſſe reor. Aut quis ince-
pit gerere negocium, & poſtea illud omiſit; & de illo
tenetur, *d. l. in commodato. 17. §. ſicut. 3 ff. eod.* Aut non
incepit: & tunc aut ab initio acceſſit, ut omnia geſtu-
rus, & de omnibus tenetur, *l. Pomponius. 15. in fin. cum l.
ſeq. ff. de neg. geſt.* Aut non acceſſit, ut geſturus omnia,
ſed ut geſturus quædam: & tunc aut alius fuiſſet geſtu-
rus omnia, niſi ipſe acceſſiſſet: & tenetur de omnibus,
d. l. ſi pupilli. §. videamus. 12. ff. d. tit. Aut alius non erat ge-
ſturus: & tunc non tenetur, niſi de his, ad quæ gerenda
acceſſit, *d. l. tutori. 20. C. de negoc. geſt.* Et ita diſtinguunt,
ſentiuntque (*remota Gulielmi de Cabriano opinione*)
Joannes, antiquiſſimus & ſubtiliſſimus Interpres ac Gloſ-
ſator, Accurſius & Bartolus *n. 2. in d. l. tutori. 20. Cod. eod.*
Jul. Pacius *cent. 2. ἐναντιοφανῶν, quæſt. 54.* hoſque alle-
gans Arumæus *Exercitat. Juſtinian. 15. theſ. 12.* Atque huic
diſtinctioni noviter quoque calamum applaudentem por-
rigit D. Martinus Rümelinus, Gener mihi chariſſimus.
Exerc. 16. ad. Inſtit. ſub th 2. lit. c. in fine. p. 146.

69 Illud obiter hic tenendum eſt: quod is, qui negocia
gerit aliena, ſi pecuniam in ſuos uſus convertat, maxi-
mas, id eſt, centeſimas uſuras præſtare teneatur, *l. qui ſine
uſuris. 38. verſ. quoniam, &c. ff. de negociis geſtis.* ubi hæc
ratio additur: *quoniam ob licentiam, qua abutitur, dum
ſibi nummos alienos accipit, maximis uſuris vice pœnæ ſubji-
citur.* Eodem confert *l. ult. ff. de ritu nupt.* ubi is, qui
clam aliquid facit, vel delinquit, majore pœna afficitur,
quam qui palam. Atqui negociorum geſtorem, utpote
nullum mandatum habentem, clam adminiſtrare in
propatulo eſt. Igitur meritò maximas uſuras præſtare
compellitur.

70 Cui non contrarium eſt, quod dicitur *in l. idemque. 10.
§. ſi procurator 3. verſ. quod ſi non. ff. mandati.* eum, qui pe-
cuniam alienam in ſuos uſus convertit, conveniri in uſu-
ris non maximas, ſed modo legitimo in regione frequen-
tatas. *Rectè* namque diſtinguitur inter negociorum geſto-
rum, qui mandato caret, & procuratorem, qui domini
mandato negocia adminiſtrat. Procurator enim eas uſu-
ras præſtat, quæ in regione frequentantur: negocio-
rum autem geſtor debet maximas uſuras. Differentiæ
ratio jam nota eſt: quia gravius peccat is, qui ſponte ſua
clam & domino ignorante negocia gerit, quàm is, qui
palam mandatu domini ad ea gerenda accedit: & mino-
rem in his negociis ac rebus domini auctoritatem habet
negociorum geſtor, quàm procurator. Ideóque magis
ignoſcimus procuratori, qui quodammodo habet vo-
luntatem domini, quam negociorum geſtori. Licet enim
dominus procuratori non mandaverit, ut pecunias con-
verteret in uſus ſuos: tamen mandavit, ut pecuniarum
curam haberet, eaſque adminiſtraret: cum negociorum
geſtori neutrum mandatum fuerit. *Ita docent ibi (repu-
diato Rogerii gloſſemate) Accurſius in reſolutione prima,
Jacobus de Raven. & Cynus, item Julius Pacius d. cent. 2.
q. 65. Paulus Berens d. diſput. 12 ad Inſt. them. 3. q. 3.
Hieronym. Treutl. d. diſp. 10. th. 4. vol. 1. ibique in ſua
reſolut. Hunnius, pag. 718.*

Non omittenda hoc loco illa ſatis dubia quæſtio eſt: 71
an correo, qui totum debitum ſolvit, adverſus correum
competat negociorum geſtorum actio? Et non competere
(utut obganniat Accurſius *in l. 2. Cod. de duob. reis ſtipu-
land.* & Molinæus *ad l. Modeſtinus. 76. n. 5. ff. de ſolution.*)
inde manifeſtum eſt, quod hæc actio non competit ei,
qui ſuum negocium geſſit, *l. creditor. 60. §. 1. verſ. item
quæſitum eſt. ff. mandati.* Atqui correus tenetur ſuo & pro- 72
prio nomine totum debitum ſolvere, non ſolum ſi cor-
reum habeat, qui ſit utiliter obligatus creditori; ſed & ſi
obligatio correi non ſubſiſtat, *l. in duobus. 3. §. 1 l. duo. 6. §.
1. l. ſi ex duobus. 12. §. 1. ff. de duob. reis conſtituend. l ſi duo.
128. ff. de verb. obligationib.* Hincque eſt, quod generaliter 73
proditum legimus, negociorum geſtorum actionem ei
dandam non eſſe, cujus pecunia ad ſuum creditorem per-
venerit, licet alienum voluerit gerere negocium, *l. ſi liber
homo. 36. in poſtremis verbis, quæ deſinit competere, ſi credi-
tori ejus ſoluta ſit. ff. de negoc geſt. l. cum pecuniam. 43 ibi, ejus
nomine ſolveres. & l. mandati. 46. in princ. verſ. [illegible] propte-
rea ff. eod. tit.* Accedit, quod etiam cum quis alienum ne-
gocium gerit, ſi tale illud ſit, ut nec ſuum proprium poſſit
explicare, niſi alienum quoque gerat, negociorum geſto-
rum agere nullo modo poteſt, *l. heredes 25 §. non tantum.
16 ibi, quoniam hi propter ſuam partem cauſam habent ge-
rendi: & ideo negociorum geſtorum actio ei non competit. ff.
famil. erciſc.* Tunc etenim ſolum competit negociorum
geſtorum actio, ob id, quod in re communi geſtum eſt,
cum potuit ſocius partem ſuam ita adminiſtrare, ut ſocii
quoque partem adminiſtrare non cogeretur, *l. ſi commu-
nes. 40. in fin. ff. de negoc. geſt. l. ſi quis putans. 6. §. ſive au-
tem. 2. verſ. hoc autem & verſ. cæterum. ff. communi divid.*
Atqui vero non auditur correus: qui partem duntaxat
debiti offerat. Igitur ſive ſuum, ſive commune gerat
negocium, cum totum ſolvit: nullo certe jure ei adver-
ſus correum agere negociorum geſtorum licebit. Et pluri-
bus hanc defendit ſententiam Antonius Faber *lib. 11. con-
jectur. cap. 7.* eumque referens Paulus Berens *d. diſp. 12.
them. 3. quæſt. 2.*

Cui non refragatur, quod correus, qui nihil ſolvit, 74
perinde obligatus ſit in ſolidum, atque is, qui ſolvit, &
quod ſolutione hujus negocium utiliter geſtum ſit: adeo-
que licet urgente neceſſitate, vel neceſſitatis ſuſpicione eo
ventum ſit, ut alterius negociorum gereretur: nihilominus
tamen negociorum geſtorum actioni locus relinquatur,
l. ait prætor 3. § hac actione 10. ff. de negot. geſtis. Quod enim
dicitur, locum eſſe actioni negociorum geſtorum, etiamſi
neceſſitate aliqua, vel neceſſitatis ſuſpicione urgente, alie-
num quis negocium geſſerit, facilem habet reſponſio-
nem. Id namque intelligi debet de negocio, quod quis
neceſſe habuerit, aut putaverit habere neceſſe pro alio
gerere, pro ſe autem nullo modo. Exemplum accom-
modatum ſumi poteſt *ex l. curatorem. 6. Cod. d. tit.* in cura-
tore, qui teſtamento, aut alia ratione inutiliter datus mi-
noris negocia geſſit. Hinc enim interdum neceſſe habet
gerere, puta ſi agnoverit legatum, ſibi eodem teſtamento
relictum, *l. ult. ff. de confirmando tutore.* Et quamvis alias
neceſſe non habeat: ſi tamen geſſerit, cum putaret cogi ſe
poſſe, ut gereret: æquum eſt, ei dari actionem negociorum
geſto-

Digitized by Google

gestorum, in eumque vicissim, d. l. 6. C. de neg. gest. Idem in cujuslibet curatoris haeredibus tractari poterit, si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per juris imperitiam, quasi obligati: cum in eos administrationis officium non
75 transeat, *l. curatoris.* 17. *Cod. eod. tit.* Caeterum nil ista res ad quaestionem nostram pertinet, quia quod unus ex correis commune debitum cogitur totum solvere, non fit, ut alienum negocium gerat, sed ut suum proprium: quam rem omnino excludere actionem negociorum gestorum, relucet *ex d. l. creditor.* 60. §. 1. *ff. mandati.*

76 Minus refragatur, quod cum contutori adversus contutorem, & magistratui adversus Collegam negociorum gestorum actio competat, si quid unus pro altero praestiterit, tametsi in solidum singuli essent obligati, *l. ex facto.* 30. *ff. de negoc. gest.* eadem ratione etiam correo adversus correum competere debeat. *Nam* id, quod curator Republic. constitutus ad siliginem emendam praestare coactus est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione negociorum gestorum, quod licet solvere cogatur proprio nomine, tanquam obligatus ex facto subcuratoris: praestat tamen ob factum ipsius subcuratoris, cui soli culpam suam nocere aequum est. Id quippe est quod Julianus illic ait: *ut ei id salvum esset, quod causa ejus*
77 *damnum cepisset.* Ast alia correorum debendi ratio est: qui idcirco negociorum gestorum actione invicem experiri nequeunt: quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conveniuntur, *§. ex hujusmodi. 1. supr. de duob. reis stipulandi. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem. 9. §. ult. & l. fin. & passim. ff. de duobus reis constituend.*

78 Multò minus refragatur *l. actio.* 47. *in princip. ff. de negoc. gest.* ubi generaliter scriptum est, negociorum gestorum actionem omnibus dari, quorum interest eo judicio experiri. *Etenim* hoc ita accipiendum est, ut nihil referat, directa quis, an utili negociorum gestorum actione experiatur: quemadmodum lex subjicit. Sed tamen illud etiam omnino requiritur, ut caetera omnia concurrant, quae ad ejusmodi actionem dandam sunt necessaria: inter quae sanè vel illud maximè unum est, ut alienum negocium actor gesserit, non proprium; & alterius obligandi, non proprii aut communis negocii expediendi gratia, *l. [illegible] licitum* 14. §. 1 *vers. at computo. & l. si quis,* [illegible] 29. *ff. communi dividundo.* Idque exquisitius latiusque persequitur Anton. Faber. *d. lib.* 11. *conjectur capit.* 7. Cui quoque subscribit Dn. Collega Bocer. *hic. muner.* 67. *cum seqq. pag.* 495. & Dn. Rümelin. *d. Exercitat.* 16. *ad [illegible] sub th* 2. *lit. d. ad finem, pag.* 147. Atque haec de actione directa.

79 Contraria negociorum gestorum actio tribuitur ipsi gestori, contra dominum, ad praestandum, quidquid gestionis ratione ille utiliter impendit, vel amisit, *l. 2. in fin. l. at quin.* 19. §. *non tantum.* 4. *l. si quis negocia.* 25. *l. ex duobus.* 27. *l. quae utiliter.* 45. *ff. de negoc gest l. si servum* 10. &
80 *l. ob negocium.* 18. *Cod. eodem. tit.* Ratio hujus actionis contrariae est aequitas naturalis: ne scilicet gestori suum officium sit damnosum, *l. sed si quis* 7. *ff. testament. quemadmod. aperiant. l. si verò.* 12. §. *si mihi.* 9. *ff. mandati.* & ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negociorum suorum administratione, peregrè profecti sunt, negocia deserantur, & dispereant, *hoc §. nostro vers. idque utilitatis causa & l. 1. ff. de negoc. gest. l. si quis absentis 5. in princ. ff. de obligationib. & actionib.* Adeò autem dominus negociorum gestori obligatur, ut hoc verum sit, etiamsi eventus minus feliciter responderit, vel res interierit, modò gerere ab initio utiliter coeperit, *l. sed an ultro.* 10. §. 1. *l. successori.* 12. § *ult. l. sive hereditaria.*
81 22 *ff. de negoc. gest.* Nihil porro refert, quod actionem negociorum gestorum gestori dandam, an negocia alicuius ab initio fuerint, an verò ex post facto ejus effecta sint. Ideoque quaestio hinc valdè perplexa & intricata suboritur: anne si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit, actio mandati, an negociorum gestorum competat? Ad quam quaestionem brevibus expediendam non ineptè distinguitur: ut ex ratihabitione nascatur actio mandati, si meum negocium meâ contemplatione fuerit gestum, *l. licet.* 56. *ff. de judic. l. ult. C. ad SC. Macedon. l. semper qui.* 60. *ff. de regul. jur. l. donationes, quas parentes.* 25. *C. de donat. inter vir. & uxor. c. ratihabitionem.* 10. *de reg. jur. in 6.* actio verò negociorum gestorum tunc competat, quando vel meum negocium non meo nomine gestum est, vel alienum negocium gestum est meo nomine, *l. si pupilli.* 6. §. *sed si ego.* 6. §. *item quaeritur.* 9. & §. *seq. l. Pomponius.* 9. *ff. de neg. gest. l. si is, qui.* 50. *in princip. ff. mandati. l. ei, qui servo.* 7. *C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c.* Idcirco autem, si non fuit negocium ratum habentis, quamvis ejus nomine sive contemplatione sit gestum, non potest habere vim mandati ratihabitio: quia necesse est, ut ratihabitio prius faciat negocium ejus, qui ratum habet, quam ut mandato aequiparari possit: quandoquidem nemo creditur mandaturus alicui, ut aliena gereret negocia, quod neque hunc facturum fuisse ex eo clarè constat, quod negocium non suum ideo voluit habere ratum, ut faceret suum. Non potest autem una eademque ratihabitio simul facere, ut negocium, quod ratum habeo, fiat meum, & ex meo mandato gestum videatur. In iis enim, quae ordinem faciendi requirunt, & à voluntate hominis, non à lege pendent, non possunt duae res diversae fieri uno eodemque actu, ut neque per fictionem induci. *Ita disertè tradit Antonius Faber in rational. ad d. l. 6. §. 9 ff. de neg. gest.* Eadem de re videantur *Julius Pacius d. cent. 2. quaest. 53. Forster junior. lib. 4. disput. 6. thes. 2. sub lit. B. Joannes Robertus lib. 2. sententt. cap. 6. Treutler. d. disput. 10. thes. 6. ad lit. B. ibique Hunnius in sua resolut. pag. 728. & seq.* Plade, interdum 82
licèt quis negocium utiliter gesserit: non tamen ei obligatur ille, cujus negocium gestum est: veluti si te prohibente negocia tua quis gesserit, *l. si pro te. 46 ff. mandati. l. ultim. Cod. de negoc. gest. Petrus Franciscus Langlois decis. 1. quaest. 2.* aut quisquam alius gratis in negocia tua sumptus facere paratus fuerit, *argum. l. 2. in fine. Cod. eod.* vel gestor animo donandi sumptus pro altero fecerit, puta pietatis affectione ac respectu, vel amicitia ductus, aut officii & obsequii ratione, *l. ex duobus. 27 in fine. l. Nesennius. 34. l. is, qui. 44. ff. d. tit. l. quae pater. 50. ff. famil. ercisc. l. 14. officio. 5. l. alimenta. 11. l. si filius. 12. l. quod in uxorem. 13. & l. si paterno. 15. Cod. de negoc. gest.* At quid dicendum, si in re 83
communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: anne is, qui non prohibuit, actione negociorum gestorum de impensis tenebitur? Et quod adversus hunc, qui gestionem non prohibuit, detur actio negociorum gestorum, patescit *ex l. si autem is 8. §. fin. ff. eod. tit.* In cujus §. specie cum ad duos socios negocium pertineret: uno prohibente, altero non prohibente, Titius negocium gessit Ergo is, qui non prohibuit, meritò negociorum gestorum Titio tenetur, nec debet liberari facto alieno, id est, eo, quod socius prohibuit, ne Titius gereret: quoniam hujusmodi facto, hoc est, prohibitione socii, non satisfit Titio creditori, nec dici potest, Titium consensisse, ac voluisse unum liberari, eo quod alter gerere prohibuit, *ut scitè explicat Pacius d. cent. 2. sub quaest 55.* Itaque datur adversus eum, qui non prohibuit, negociorum gestorum actio, quemadmodum si ejus solius negocia gesta essent, sed pro parte dumtaxat, hoc est, ita tamen, ut neque conveniatur pro parte socii, qui prohibuit, neque rursum is; qui prohibuit, ulla ex parte, sive per socium, sive per seipsum, aliquid damni sentire possit, *d. l. 8. in fine ff. d. tit. ibique Ant. Faber in suis Rational.*

§. *Tutores quoque.* 2.

Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur (nullum enim negocium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuae sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

Digitized by Google

SUMMARIA.

1 *Administratio tutelæ cur sit quasi contractus.*
2 *Omnis contractus verus est voluntarius.*
3 *Tutela est munus publicum atque necessarium.*
4 *Tutela contractibus annumeratur impropriè & abusivè.*
5 *Administratio tutelæ describitur.*
6 *Tutor principaliter datur personæ: per consequentiam rebus.*
7 *Actio tutelæ duplex: directa, & contraria.*
8 *Directa cui competat, contra quem, & quid.*
9 *Cur finita demum tutela, rationem administrationis suæ reddere tutor cogatur.*
10 *Hodie tutores singulis annis rationem administrationis reddere tenentur.*
11 *Rationum redditio quid complectatur.*
12 *An tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis.*
13 *In directam tutelæ actionem quid veniat.*
14 *Intellectus l. tutoribus, 4. C. de peric. tutor.*
15 *Contraria tutelæ actio cui detur, in quem, & de quibus.*
16 *Ut lucrum facere ex tutela non debet tutor; ita nec damnum sentire.*
17 *Cur prætor actionem tutelæ contrariam introduxerit.*
18 *Actio ista perpetua est, & in heredes transitoria.*

1 Secunda species quasi contractûs est, *tutela sive administratio tutelæ, hoc §. nostro & l. si quis absentis, 5. §. 1. ff. de obligat. & actionibus.* Ratio, cur tutela seu administratio tutelæ sit quasi contractus, hæc redditur: quia verus contractus negocium, id est, conventionem & tractatum inter partes requirit, *l. nam, cum tractatu, 32. ff. pro socio. l. Titius, 54. vers. propter hujusmodi tractatum, ff. ad SC. Trebellian.* Ast inter tutorem & pupillum nihil actum est, nisi tractatum, *ut indicat hic Justinianus, & Cajus in d. l. 5. §. 1. ff. de obligat. & actionibus.* Addi potest
2 & hæc ratio: quia omnis verus contractus est voluntarius, *l. sicut, 5. Cod. d. tit. pulchrè Aristotel. lib. 5. Ethicor.*
3 *eumque referens hic Giphanius.* Tutela autem est necessarium atque publicum munus, *l. tutori, 20. Cod. de negoc. gest. initio tit. supr. de excusat. tutor. vel curat. ubi id explicatum fusiùs, num. 14.* Rursus ex maleficio quoque vel quasi maleficio, tutores obligati non sunt: quia tutelam gerere, resque pupilli tueri, maleficium non est, sed potius beneficium, *argum. hujus §. vers. sed quia sane, &c. Schegk. in delibat. jur. disp. 20. th. 4. ad lit. B. Mynsinger. hic num. 2. lit. C.* Videtur tamen ex utriusque tam pupilli, quàm tutoris parte fictus quidam consensus intercedere: ac proinde obligatio, quæ descendit ex eo, quod quis tutelam alicujus gessit, ex quasi contractu procedere
4 dicitur. Nec moverit in contrarium, quòd tutela contractibus annumeratur, *in l. contractus, 23. ff. de reg. jur. l. ex contractibus, 49. ff. de obligat. & actionib.* Hoc enim non fit ex proprietate verbi, sed per abusionem & impropriè, ut & de negociorum gestione monitum supra *§. proximo. n. 3. Timeus Faber. disp. 25. ad Instit. Imper. th. 2. lit. a.* Sic quod traditur, omnem obligationem pro contractu haberi: id non propriè sed impropriè & abusivè accipiendum
5 est, *l. omnem, 20. ff. de judic.* Est igitur administratio tutelæ quasi contractus, quo tutor, ad personam, & consequenter etiam res pupilli fideliter regendas, constitutus obli-
6 gatur. Tutor siquidem principaliter personam pupilli tueri atque defendere tenetur, *l. certarum, 22. & l. quia personæ, 14. ff. de testament. tutel.* quanquam per consequentiam, bonorum quoque administratio ad illum pertineat, *§. item tria, 5. supr. de excusat. tutor. vel curat. l. cum plures, 12. §. cum tut. 3. ff. de administr. & peric. tut. Ant. Fab. tom. 1. Jurispr. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 2.*
7 Ex isthac autem obligatione actio promanat, quæ tutelæ vocatur: eaque duplex est; directa, & contraria, *hoc §. nostro vers. non tantum, d. l. si quis absentis, 5. §. 1. vers. & hoc autem, ff. de obligat. & action. tot. tit. ff. de tutel. & rationib.*
8 *distrahend. & tit. seq. de contraria tutelæ, & utili act.* Directa tutelæ actio pupillo, finitâ demum tutelâ, competit contra tutorem; ut administrationis suæ rationem reddat, *§. ult. supr. de Attiliano tutor. l. 1. in princip. §. quæ tio. 3 & §. fin. l. nisi finita, 4. l. si tutor. 9. § ultim. cum l. seq. l. si tutor. 13. & l. cum tutor. 18. in fin. ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. tutorem, 9. C. arbitrium tutelæ.* Cur finita demum 9
tutela rationem tutor reddere cogatur, causa hæc est: quia, inquit Ulpianus, absurdum est, a tutore rationem administrationis negociorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat, *d. l. si tutor, 9. §. & generaliter, 4. vers. absurdum, ff. de tutel. & rat. distrahend.* Hodie sane constitutione Politiæ Caroli V. Imperatoris, in Comitiis Augustanis Anno 1548. celebratis promulgata, & in Comitiis Francofurtensibus Anno 1577. a Rudolpho II. 10
aucta & confirmata, utiliter est sancitum est: ut ad requisitionem Magistratus tutores singulis annis calculum administrationis ponere cogantur. *Qui de re videatur. Heigius part. 1. quæst. 20. numer. 41. cum seq. & in hoc §. num. 5. nec non Mod... r. lib. 1. Semestr. cap. 8. num. 4. & indicatum supr. in d. §. ultim. de Attil. tutor. num. 9.* Rationum autem redditio duo maximè complectitur: I. Ut 11
tutor rationes legendas offerat, & discutiendas cum universo actus sui instrumento: ut examinari possint computationes; probe, an improbe referantur: & an accepta rectè sint, nec ne, relata. II. Ut reliqua, quæ ex rebus pupillaribus supersunt, bona fide reddat, atque persolvat: nec alterum sine altero sufficit, *l. cum servus, 82. & l. qui sub conditione, 111. ff. de condit. & demonstrat. l. si statulibera, 6. §. ultim. ff. de statuliber. l. si ita fuerit, 13. §. hæc quæstion, ff. de manumiss. testament. l. non solum, 8. §. is, qui reddere, ff. de liberat. leg. Mom. in conj. tract. ... t. 1. §. 6. gloss. 6. n. 15.*

Quæri hoc loco non incommodè poterit: an tutor vel 12
curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis? Et cogi posse, respondit Socinus senior *consil. 24. lib. 1.* hoc fundamento innixus: quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè opponitur compensatio, *l. ultim. Codic. de compensationib.* Sed hoc fundamentum valde infirmum esse, asserit Fachinæus *lib. 8. controvers. jur. cap. 58.* Negari enim optima ratione potest, debitum tutoris & curatoris liquidum esse: quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit: potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi in utilitatem & necessitatem pupilli vel adulti. Quare iniquum est, priusquam reddat rationes administrationis suæ, ex quibus apparebit, an sit debitor, vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam. Atque ita docuerunt *Alexander consil. 192. lib. 7. Anchoranus consil. 235. Cravetta consil. 275. num. 13. Cavalcanus de tutore & curatore, num. 214. eosque citans Fachinæus dicto loco.* Quibus subscribunt quoque *Matth. Steph. cent. 3. quæst. 92. lit. A. Philipp. Hanon. disp. 17. ad Inst. controvers. 18. Dn. Collega Bocer. hic num. 29. & seq. pag. 500. itemque Richter. in tract. de contractib. disput. 13. th. 2. sub lit. n. pag. 384.*

Cæterum in hanc tutelæ actionem directam regulari- 13
ter venire dolum, latam & levem culpam, levissimam non item (licet Harmenopolus aliter sentiat, *lib. 6. Epitom. tit. 2.*) verius est, *l. eum, qui 4. & l. quicquid, 7. Cum arbitrium tutel. l. 1. in princip. d... tutor. 18. vers. quod autem, ff. de tutel. & rationib. distrahend. l. sine herede, 32. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si liberti, 10. & l. si tutoris, 23. Cod. eod.* Eadem enim diligentia a tutoribus circa administrationem rerum pupillarium præstanda est, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere solet, *l. a tutoribus, 33. in princip. ff. de administrat. & peric. tutor. d. l. 1. in princ. ff. de tutel. & rationib. distrab.* Non est igitur audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse, *auct. Cujo in l. tut. 13. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. Donell lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 20. pag. 437. ibique Hilligerus in suis notat. ad lit. B.*

Neque obstat *l. tutoribus, 4. C. de peric. tutor.* ex qua 14
omnis,

omnis, [illegible] levissima etiam culpa videtur præstanda esse: cum Imperatores in illa, [illegible] non præstari debere, [illegible]. [illegible] in Constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non semper, ut in Digestis & Institutionibus, proponuntur juris regulæ: sed ut plurimum [illegible] Imperatores ad facti species, certis circumstantiis limitatas, de quibus amplius, quam quod ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit, *ut mona supra §. proximo num. 92.* Quod idem *in d. l. 4.* accidisse, ut tantum de casu fortuito quæstio fuerit, non vero de levissima culpa, affirmare nihil impedit. Ast ex Imperatorum constitutionibus a contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & contra ab exclusione unius ad inclusionem alterius, argumentari, valde periculosum est. Id enim si concedatur: parum aberit, quo minus certissimæ juris nostri regulæ pleræque subvertantur. *Vult. lib. 1. [illegible] Scholast. c. 15. pag. mihi* 171. *Pet. Faber, M. Anton. Delrio c. 13. circa finem. & D. Boecr. c. 4. n. 108. & seq. edit. 2. ad l. contra ius. 23. ff. de reg. jur. & in hoc §. num. 23. p. 499.* Huc quoque referri possunt, quæ annotavimus *ad §. cum ergo 7. supr. de Atiliano tutore. num. 4. & aliquot seqq.*

15 Contraria tutelæ actio tutori datur, in adultum jam pupillum, de his, quæ propter tutelam abest: dummodo ex officio sumptus fecerit, vel obligatus sit, *hoc §. [illegible] d. l. si quis absentis. 5. §. 1. ff. de obligation. & actionib. l. 1. [illegible] tot. tit. ff. de contrar. tutel. & [illegible] ff. ubi pupillus educari, vel morari deb. sine hered. 32. §. [illegible] 6. l. à tutoribus. 33. §. fin. & l. [illegible] 46. [illegible] ult. ff. de administr. & peric. tut. l. sumptus 3. [illegible] lib. 15. [illegible]*

16 *[illegible] c. 21.* Ratio ejus est perspicua, quia ut lucrum facere ex tutela tutor non debet: ita neque damnum sentire, *l. [illegible] 7. ff. [illegible] quemadm. [illegible] l. [illegible] 38. in fine principii. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis putans. 6. §. 2. ibi, nemo lucrum, [illegible] ff. communi dividund.*

17 Atque hanc ob causam prætor actionem istam in usum induxisse putandus est, ut nempe facilius ad administrationem accederent tutores, & promptius de suo aliquid impenderent, scientes, pupillum quoque sibi rursum obligatum fore, & se recepturos, quod impendissent, *l. 1. in pr. ff. de contraria tutelæ, & utili act.* Cæterum de modo & æstimatione harum impensarum pupillarium, & qua ratione probentur, late tractat Johannes Garsias *in tract. de expens. & meliorat. cap. 20. num. 7. cum seqq. & num. 16. cum seq. &* Molin. *[illegible] tit. 1. §. 6. gl. 6. num. 19. & seqq.*

18 *[illegible] Heigius [illegible] num. 8.* Sane hanc actionem tutelæ contrariam esse perpetuam, palam est: & heredi, & in heredem dari, cæterosque successores: & ad quos ea res pertinet, & in eos, *l. quid ergo. 3. §. ult. ff. de contraria tutelæ, & utili act.* Hac tamen actione tutor salarium pro administrationis opera petere nequit: nisi sit ab eo, a quo datus est, constitutum, *d. l. à tutoribus. 33. §. fin. ff. de administr. & [illegible] tutor.* Porrò de itthac actione differunt uberius *Anton. Faber. tom. 1. Jurisprud. Papinian. tit. 12. princip. 9. illat. 19. & 10. & seqq. & Petrus Gregor. lib. 13. syntagm. juris univers. c. 12.*

§. Item si inter. 3. & §. idem juris. 4.

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset: & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt. Sed quia ex maleficio non tenetur: quasi ex contractu teneri videtur.

§. 4. Idem juris est de eo, qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

SUMMARIA.

1 *Tertia quasi contractus species consistit in rerum communione; [illegible] Boeclerianæ [illegible].*
2 *Quando [illegible] contractu [illegible] simplex tantum [illegible] exorta intelligatur, exemplis declaratur.*
3 *Emptio rei [illegible], num communionem simplicem, an vero societatem arguat.*
4 *Consideratio l. 2. ff. communi dividundo, & l. 2. C. pro socio.*
5 *Actio pro socio non nisi inter [illegible] locum habet.*
6 *Mens & intellectus l. ut sit. 31. ff. pro socio.*
7 *Sententia l. nam, cum tractatu 32. ff. eodem.*
8 *Quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valent, ac si expressa [illegible].*
9 *Communio rerum [illegible]; & dividitur in communionem familiæ, & communionem rerum singularum.*
10 *Communio [illegible] est inter coheredes.*
11 *Coheredes hoc loco qui dicantur.*
12 *[illegible] communionis [illegible] duas partes habet: ipsarum rerum [illegible], & personarum præstationum communicationem.*
13 *Quæ res in [illegible] veniat, vel non.*
14 *Quæ præstationes [illegible] ex familiæ communione promanent.*
15 *[illegible] præstationibus adnumerantur etiam cautiones, quas coheredes [illegible] præstare tenentur, & [illegible].*
16 *[illegible] in [illegible] dispositionem [illegible] sumptus, quos pater ipsi, tum in Patria, tum peregrina Academia, literis operam danti, [illegible].*
17 *Consideratio l. quæ pater. 50. ff. famil. ercisc.*
18 *[illegible] pater ad sumptus, [illegible] causa filio suppeditandos [illegible], [illegible].*
19 *[illegible] dispositionem, quæ pater filio suo militi dedit.*
20 *[illegible] erciscundæ [illegible].*
21 *[illegible]*
22 *[illegible], & quid [illegible].*
23 *[illegible] bonæ fidei & perpetua.*
24 *Cui competat, contra quem, & ad quid.*
25 *In hoc judicio [illegible].*
26 *[illegible] actio bonorum possessori [illegible].*
27 *Consideratio l. [illegible] 24. §. 1. ff. famil. ercisc.*
28 *Consideratio l. [illegible] 40. ff. famil. ercisc.*
29 *[illegible] heredis.*
30 *[illegible] inter fratres dividi debeat.*
31 *[illegible] erciscundæ actio præscriptione 30. annorum [illegible].*
32 *[illegible] nascatur.*
33 *Contra possidentem præscriptio non currit.*
34 *Nemo invitus in communione detinendus: & num. 50.*
35 *Communio est mater rixarum & contentionum.*
36 *Pacto perpetua communio [illegible] non potest.*
37 *Cessante ratione legis, cessat quoque ejus dispositio.*
38 *Mens & intellectus l. 1. §. 1. Cod. de annal. except.*
39 *Communio rerum singularum inter quos sit.*
40 *Hujus communionis obligatio quot habeat causas.*
41 *Quæ res communes dividi possint.*
42 *Si res quædam communis commodè dividi nequeat: tota uni adjudicari, & is invicem alteri certam pecuniæ summam præstare debet.*
43 *Præstationes personales istius obligationis in quo consistant.*
44 *Actio communi dividundo duplex est: directa & utilis.*
45 *[illegible] competat.*
46 *Si coheres vel socius aliquis in divisione ultra partem dimidiam læsus sit: condictione ex lege, ad rescindendam divisionem, agere potest.*
47 *Ex quo testatoris præcepto officii queat, ne a communione discedatur.*
48 *Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates quando procedat.*
49 *Intellectus l. [illegible] §. [illegible] 3. ff. de legat. 2. & l. Lucius. 78. in pr. ff. ad SC. Trebell.*
50 *Nemo invitus in communione manere cogitur.*
51 *Enarratio l. 1. ff. pro socio.*
52 *Quatenus voluntas testatoris observari debeat.*

TErtia quasi contractus species hic exponitur, nempe *communio rerum.* Etenim si inter duos res aliqua communis sit absque conventione & animo societatis ineundæ: cum uterque tantum in societatem inciderit, nec alter alterum sibi obligandi ex causa communionis animum habuerit: palam est, negocium hoc non ex contractu esse: quippe nihil illi inter se contraxerunt. Sed nec ex delicto illud descendit: quia nullum maleficium patrarunt. Inde ergo a sufficiente partium enumeratione sequitur, negocium illud, sive potius obligationem, quæ 1

Digitized by Google

oritur ex eo, proficisci ex quasi contractu, sive ad contractum societatis quasi accedere. Cæterum notandum hic, Dominum Collegam Bocerum *in hoc.* §. *n.* 8. *p.* 502. plus sapere velle ipsomet Imperatore Justiniano. Nam quando Justinianus dicit: rerum communionem ideo quasi contractibus apponi, quia neque contractus sit, neque delictum, sub quo & quasi delictum comprehenditur: D. Bocerus hanc partium enumerationem sufficientem esse negat; adeoque Justinianum carpit, quod conventionem legitimam, sive pactum legitimum omiserit. Quod idem & supra facere ausus fuit, *in tit. de obligationib.* 14. §. *sequens* 2. *num.* 4. *pag.* 125. ubi Justinianeam divisionem (qua obligationes dicuntur esse vel ex contractu, vel quasi ex contractu, vel ex delicto, vel quasi ex delicto) angustiorem esse dicit suo diviso. Optandum igitur esset, ut Bocerus tempore Justiniani vixisset quo ipsius opera in conficiendis definitionibus & divisionibus uti potuisset. Verum, ne te ipsum decipias, mi Bocere: equidem hæc non serio dico. Habeo enim, quæ pro Justiniano & compositoribus Juris afferre queam. Nempe non videtur mihi verisimile: Justinianum, aut (si mavis) Tribonianum, Dorotheum, Theophilum, &c. ignorasse, ex pacto legitimo etiam oriri obligationem, *arg. l. legitima,* 6. *ff. de pact.* Cur igitur nulla in his Institutionum libris facta mentio pacti legitimi? An quia pauca admodum sunt pacta legitima? An verò, quòd doctrina pactorum amplior est, quam ut tam angustis compendii hujus juridici libris contineri poterit, aut etiam propter tyrones juris (qui multitudine ac varietate rerum onerandi non sunt, §. *his igitur,* 2. *supr. de justit. & jur.*) in his tradi debuerit? sicuti in simili loquitur Vultejus *in princip. tit. supr. de oblig. num.* 28. & 31. Proinde satis sufficiens fuerit hæc Justinianea partium enumeratio, pro ratione scilicet instituti & propositi Justinianei: facile ut appareat, frustra eam & sine effectu, ceu insufficientem, à Bocero notari. Sciendum igitur: res communicari vel contractu, id est, societate: *de qua explicatum supra tit.*
2 26. *de societate* vel sine contractu, sive quasi contractu, quæ communio dicitur, *de qua hoc loco.* Quando autem societas contracta, vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur *in hoc* §. *nostro,* & *in l.* 2. *ff. communi divid. l. ut sit,* 31. *cum duabus seqq. ff. pro socio,* & *l.* 2. *C. eodem.* Qua in re inter omnes interpretes convenit: si duobus aut pluribus simul res quædam legata, vel donata, vel etiam tota hereditas relicta fuerit, nullam societatem, sed simplicem tantum rei legatæ, aut donatæ, relictæve communionem inter eos natam esse, *per jura jam allegata:* cum non consensus, sed res eos conjunxerit: adeoque nulla affectione societatis in communionem inciderint, *l. heredes* 25. §. *non tantum.* 16. *in fine. ff. famil. erciscund. d. l. ut sit.* 31.
3 *ff. pro socio.* In duobus verò emptoribus, qui rem eandem simul emerunt, dubitatur, *ut apparet ex iis, quæ annotarunt ad rubricam & principium tit. supr. de societate. Petrus Heigius num.* 2. *Mynsingerus num.* 3. & *alii.* At probabilius est: emptionem rei unius à duobus factam arguere: non communionem simplicem, adeoque quasi contractum subortum; sed societatem, sicque verum con-
4 tractum celebratum fuisse. Primum enim *in d. l.* 2. *ff. communi divid.* disertis verbis Cajus ita scribit: *cum societate res communis est inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est inter eos, quibus eadem res testamento legata est.* Deinde id ipsum sensisse videntur Impp. Diocletianus & Maximianus *in d. l.* 2. *Cod. pro socio.* ubi rescripserunt: judicium societatis inter eos dandum esse, qui conjuncto dominio eandem rem compara-
5 runt. Unde evidenter elucescit: societatem ex illa comparatione sive emptione fuisse contractam: cum actio pro socio non nisi inter socios locum habeat, *l. si quis societ.* 74. & *pass. ff. eod.* Nec audiendi sunt illi, qui in specie *dictæ l.* 2. *Cod. d. tit.* societatem non ex eo, quod simpliciter, sed quod conjuncto dominio res à duobus comparata fuerit, ortam esse contendunt: quasi ex verbis illis, *conjuncto dominio,* expresse id actum fuisse, intelligeretur; ut rei comparatæ conjunctum dominium contineretur. Nam conjuncto dominio res comparatæ dicuntur, non quod inter eos expressè actum sit, ut conjunctum dominium esset: sed quod ex sola emptione unius rei, à duobus facta, tacitè hoc actum intelligatur, & per se insit, ut conjunctum sit dominium, hoc est, ut res sit communis.

Non tuetur opinionem contrariam *d. l. ut sit.* 31. *ff. pro* 6
socio. ubi Ulpianus ostendere videtur: si duo eandem rem pariter emerint, nullo alio argumento vel indicio societatis concurrente: eos nequaquam socios esse, sed in simplici communione rei emptæ absque societate versari. *Lex* etenim ista eo de casu accipienda est, in quo vel ex protestatione adhibita, vel ex aliis præsumptionibus constabat: rem eandem, citra societatis contrahendæ affectionem, à duobus fuisse emptam. Huncque verum esse illius legis sensum, evincitur ex subjecto in fine ejusdem legis exemplo: ubi ait Jurisconsultus, *si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri:* societas non contrahitur. *Si enim* emimus, inquit, *non socii futuri,* hoc est, si hac mente comparavimus, ut socii futuri non simus. Igitur necesse est, ut constet, in emptione ista animum societatis ineundæ defuisse, alias in dubio societas contracta fuisse videbitur. Multò ergo magis societas in dubio contracta esse intelligitur, quando eadem res à duobus simul, non separatis partibus, empta fuerit. Ex hac enim emptione, non divisis partibus facta, longè facilius societas præsumitur.

Nihil quoque contrariæ patrocinatur sententiæ *l. nam,* 7
cum tractatu. 32. *ff. pro socio.* ubi idem Ulpianus Jurisconsultus respondet: actionem pro socio dari, tractatu coeundæ societatis præhabito. *Satis* namque de societate contrahenda tractarunt, qui unam eandemque rem scienter simul emerunt. Etsi enim hoc non fecerint expressè: 8
tamen tacitè id fecisse existimantur, *ut supra dictum.* Jam verò extra omnem controversiam est: ea, quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valere, ac si expresse acta fuissent, *argum. l. quia tantundem.* 7. *ff. de neg. gest. l. si cui.* 9. *vers. nam quædam in serm. tacitè excipiunt ff. de servit.* & *l.* 2. §. *volunt.* 2. *ff. soluto matr.* & *l. cum quid* 3. *ibique Dd. commonit. ff. de reb. cred. si cert. pet.*

Ex prædictis ergo apparet, quod communio rerum sit 9
quasi contractus, quo duo pluresve, inter quos res quædam sine societate, id est, sine ulla conventione vel consensu contrahendæ societatis, communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes, sibi invicem obligantur, *hoc.* §. *nostro.* 3. & 4. *l.* 1. *l.* 3. & *tot. tit. ff.* & *Cod. communi divid. l.* 1. *l. item Labeo,* 22. & *tot. tit. ff.* & *Cod. famil. ercisc.* §. *quædam actiones,* 20. *infr. de actionib.* & §. *si familiæ.* 4. *cum* §. *seq. infr. de offic. judic. Giphan. lib.* 3. *disput.* 31. *thes.* 15. *ibique in suis notis Oleman. num.* 24. & *seqq.* Eaque duplex perhibetur: communio familiæ, & communio rerum singu- 10
larium, *hoc* §. 3. & 4. *tot. t. ff.* & *C. famil. ercisc. item tot. t. ff.* & *C. commun. divid. D. Collega Bocer. class.* 5. *disput.* 58. *thes.* 5. *edit.* 2. Communio familiæ, hoc est eorum, quæ à defuncto profecta sunt, est inter coheredes, §. *idem* 11
juris. 4. *hoc. tit. d.* §. *quædam actiones.* 20. *infr. de actionib. d.* §. *si familiæ* 4. *infr. de offic. judic.* & *tot. tit. ff.* & *Cod. famil. erciscund.* Dicuntur autem hic coheredes non solum ii, quibus testamentaria; sed & quibus legitima hereditas obvenit: & non modò, qui civili, sed etiam qui prætorio jure hereditatem, sive bonorum possessionem acquisiverunt, *l.* 2. *in pr.* & §. 1. *ibi, neque bonor poss.* & *l sed.* & *eum.* 24 §. 1. *ff. fam. ercisc. l.* 1. *ff. de poss. her. pet. l.* 2 *ff. de bon. poss.* Quod si negetur coheres, qui divisionem petit ab eo, à quo petitur divisio: videndum, an possideat petitor, vel adversarius ille. Priori siquidem casu cognoscit judex, petitor coheres sit, necne: posteriori casu incumbit petitori, 12
ut prius contra adversarium petitione hereditatis experiatur, *l.* 1. §. 1. *ubi Gloss.* & *Dd.* & *l. fund.* 51. §. 1. *ff fam. ercisc. Schneidew. in d.* §. *quædam act.* 20. *tit. de act. fam. ercis. n.* 7. 8. & 9. *infr. de act. eumque referens D. Bocer. d. class.* 3. *disp.* 18. *th.* 8. Hujus porrò communionis obligatio duas habet partes: quarum una pertinet ad divisionem ipsarum rerum: altera ad quarundam personalium præstationum inter coheredes communicationem, *d. l. item Labeo.* 22. §. *familiæ.* 4. *ff. famil. ercisc. Donell. lib.* 15. *Comment. de jur. civ. c.* 29.

in

in princip. pag. 441. *Forster. lib.* 4. *disput. ult. thes.* 2. *lit.*
13 *D. & E.* Cæterum res in [illegible] divisionem veniunt omnes, quæ à defuncto [illegible] sunt, sive earum dominium penes ipsum defunctum fuerit, sive non fuerit: veluti prædia, quæ nostri patrimonii sunt: item vectigalia, & superficiaria prædia: tum etiam res, quas alienas defunctus bona fide possedit, *l. item [illegible].* 10. *ff. famil. erciſc.* licet ipsi heredes eas primum usuceperint: & licet eæ a defuncto emptæ, sed heredibus traditæ sint, *l. veniunt.* 9 *ff. eod.* Partus quoque, post aditam hereditatem editus, in hanc divisionem venit, *l. partum.* 11 *[illegible] in princ. ff. d. tit.* ut & quod servis hereditariis ab extraneo datum est, *l. & post litem.* 12. §. 1. *ff. eod.* & nonnulla alia, de quibus *in l. Pomponius.* 8. §. 1 & 2. *l. sed si* 14 §. 1. & *l. seqq. ff. famil. erciſc. & late Justus Mejer. in disput. ad lib.* 10. *Pand. tit.* 2. *thes.* 12. *& seqq.* Enimvero mala medicamenta & venena, ut & libri improbatæ lectionis, puta magici, non debent dividi, sed protinus corrumpi, *l. cætera.* 4 §. 1 *ff. famil. erciſc.* Sed & res malo more quæsitæ, non dividentur: sed a rebus hereditariis separatæ, restituentur iis, ad quos pertinent, *d. l.* 4. §. 2 *ff. eod. [illegible] in [illegible]. C. eod. tit.* §. 20. *& seqq.* Nomina item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur, *l.* 2. § *ult. d. l.* 4 *in princip. l. heredes* 25. 1 *& ibid. in Gothofred. &* § *idem juris* 13. *l. fundus.* 51. *circa fin. ff. famil. erciſc. l. ea, quæ* 6. *Cod. eod.* sicut nec ea, quæ [illegible] heredes habere præcipua, *d. l. Pomponius.* 8. *in princ. & l. si ita legatum.* 42. *ff. d. tit. l. penult. in pr. C. de [illegible],* & plura alia,
14 quæ [illegible] *d. disput. thes.* 15. Præstationes personales, quæ ex familiæ communione promanant, sunt, quæ [illegible] ad heredes ex defuncti bonis profecta sunt; veluti ad liberos bona profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias a parente data, *l. [illegible].* 3. *l. [illegible].* 4. *l. [illegible], licet.* 12. *l. [illegible]* 16. *l. ut liberis.* 17. *l. [illegible]* 19. *& l. penult.* § *fin. Cod. de collationibus, Duar. ad tit. de collat. c.* 4. *Cujac. lib.* 3 *observ. c.* 30. *& ad Novell.* 18. *Forcat. in tractat. de collat. bonor. part.* 1. *num.* 20. *[illegible] lib.* 5. *controverſ. [illegible] cap.* 77. *& aliquot seqq.* itemque in fructibus, ab uno heredum ex re hereditaria perceptis, *l. inter coheredes.* 44. §. *fructus.* 3. *& l. penult. ff. famil. erciſc. l. non est ambiguum.* 9. *& l. coheredibus.* 17. *C. eod. tit.* tum in sumptibus, quos heredum aliquis bona fide in rem hereditariam fecit, *l. [illegible].* 18. §. *[illegible].* 3. *l. ex parte.* 39. *in princip. & l. [illegible]* 51 *in princ. ff. famil. erciſc.* tum etiam in damnis, ab uno heredum in communione factis, *l. & puto.* 16 §. *sed & si [illegible].* 4 *& seqq. ff. d. tit. l. adversus.* 3. *l. [illegible].* 19. *Cod. eod.* aut culpa ejus etiam levi [illegible], *d. l. puto.* 16 § 4 *d. l. heredes.* 25. § *non tantum dolum* 16. *ff. fam. erciſc. l. contractus* 23. *ff. de reg. jur. D. Bacov. d. disp.* 3 *disp.* 18.
15 *thes.* 16. Quibus personalibus præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: veluti si aliqua hereditaria instrumenta, eaque uni ex heredibus [illegible] dentur: quoniam heres ille cautionem interponere jubetur; ut, cum res exegerit, instrumenta illthæc exhibeantur, *l. si quæ sunt.* 5. *& l. seq. ff. famil. erciſcund.* Similiter si rem in solidum defunctus alicui promiserit, ut ejus nomine singuli heredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent; ut si quis ex iis conventus litis æstimationem præstiterit, ad pro parte [illegible] consequatur, docente Paulo in d. *l. heredes.* 25. §. *contra si promissor.* 10. *ff. eod. tit.*
16 Sane quæ pater filio studiorum causa peregrè agenti subministravit, si non credendi animo pater munifice fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur, *l. qui pater.* 50. *ff. famil. erciſc. l. legatis.* 6 *ff. de aliment. vel cibar. leg. l.* 1. §. *sed an id* 16 *ff. de [illegible].* Idque explicatius persequutus sum *in* §. *alia supr. de donationibus num.* 55. *& seqq.* An autem in hanc divisionem filius conferre teneatur illos sumptus, quos pater ipsi, in Patria literis
17 operam danti, subministravit, quæri poterit? Quod licet primo intuitu affirmandum videatur, propter illa *d. l.* 50. *famil. erciſc.* verba, *peregre agenti*: quasi aliud jus esset in eo, qui non peregre agit: contrarium tamen & æquitati & veritati magis consentaneum est. Longe quippe difficilius filio peregre agenti sumptus a patre subministrantur, quam in patria literis operam danti. Si illos igitur sumptus non recusat pietas paterna: multo minus hosce recusabit. *D. D. Ranchin part.* 2. *Pand. [illegible] de put.* 9 *th.* 19 *pag.* 139. Ideoque non obstant verba illa: *peregre agenti.* Haud enim eo spectant; quod jus sit aliud in eo, qui in Patria literis dat operam, quam qui peregre: sed ne major pecuniæ quantitas, peregre agenti subministrata, aliquam Juris diversitatem introducere credatur: & ut ita ex casu difficiliori id, quod est facilius, colligatur, *ut docet eleganter Justus Mejer. in ἀναλόγοις d. l.* 50 *& in d. disp. ad lib.* 10. *Pand. tit.* 2. *thes.* 18. *& Philippus Knipschildt [illegible] quæst.* 8. *pag.* 395 *cum seq.*
Atque de re videri potest Gaspar Schifordegherus *lib.* 2. *ad* 18
Anton. Fabr. tract. 23 *[illegible]* 1. 2. 3 4. 5. *&* 6. ubi contra alios prolixe admodum & erudite ostendit: patrem non solum obligari omni jure ad sumptus, studiorum causa, filio subministrandos (*quod & ego demonstravi in d.* §. *alia* 2 *supr. de donationib. num* 98. *& seq.*) sed etiam in dubio præsumi de bonis suis propriis, non vero de bonis filii maternis, quorum ipse administrator est legitimus, studiorum expensas fecisse, *argum. l.* 1. *&* 2. *C. de bon. matern. & l. ult. C. de dot. promiſſ. juncta receptissima opinione, qua [illegible] & [illegible] æquiparantur. Angel. & Jason. & communiter D.D. in l.* 1 *ff. solut. matrim. Horat. [illegible] in tract. de privileg. Scholar. privileg.* 31. *Petr. [illegible] in tract. de privileg. Universitatum, & c. privileg.* 69. Quo [illegible], quod patris officio incumbat, filio sumptus studiorum causa subministrare, *latè pluribus declaravi in d.* § *alia* 2 *supr. de donat. num* 98 *cum seqq. & [illegible] num. art.* 23. Quilibet autem suo officio satisfacere præsumitur: & gravatus dare quid, de suo dare reputatur. *D. D. Ranch. d. disput.* 9. *th.* 18. *in fine.*
Neque præterea conferuntur in hanc divisionem, quæ 19
pater filio suo militi dedit; veluti arma, & equi, *l. si filius familias.* 4. *C. famil. erciſc. Cujac. ad d. l.* 1. §. *nec castrense.* 15. *ff. de collat. bonor. Mynsinger. in Paratit. ff. de dotis collat. num.* 3. *& D. Bacov. d. disp.* 18. *thes.* 19. *& in hoc* §. *num.* 21. *pag.* 508.
Actio, quæ ex hac nascitur communione, dicitur fa- 20
miliæ erciscundæ actio, sive judicium, §. *idem juris.* 4.
hoc tit. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciſcund. Familiæ ver- 21
bum, ad res relatum, hereditatem designat, *l. pronunciatio.* 195. §. 1. *ff. de verbor. significat. l. ult. Cod. eod.* 22
Erciscere verò, antiquissimo loquendi modo, idem quod dividere denotat. Alii Græcum verbum esse putant, ἑρκίζειν, quod interſepire seu dividere significat, *Mynsinger. hic num.* 6. *Schneidew. in delibat. jur. disput.* 20. *thes.* 6. *lit. b. l. [illegible] & Corasius in* §. *quædam act.* 20 *& ibi ego n.* 5. *infr. de action.* Eaque actio civilis est, *l.* 1 *in princ. ff. famil.* 23
erciſc. mixta, id est, tam in personam, quam in rem comparata, *d.* §. *quædam actiones.* 20 *infr. de actionib. ibique ego num* 2. & 3. bonæ fidei, §. *actionum.* 28. *infr. eod. l. non est ambiguum.* 9 *C. famil. erciſc.* & perpetua, *d. l.* 1. *ff. famil.*
erciſc. Competit autem hæc actio coheredibus, *dict.* §. 24
quædam. 20. *infr. de action. d. l.* 1. *&* 2 *ff. famil. erciſcund.* adversus coheredes, sine causa rerum hereditariarum divisionem denegantes, ad hoc, ut res hereditariæ dividantur, & personalia præstentur, *d. l. item Labeo.* 22. §. *famil.* 4. *ff. famil. erciſc. l. incerti.* 19. *C. eod. cum similib. late Schneidew. in d.* §. *quædam actiones.* 20. *infr. de action. n.*
4 *& seqq. sub tit. de actione famil. erciſcund.* Et in hoc 25
judicio unusquisque heredum, & actoris, & rei partes sustinet, *l.* 2. §. *in familiæ.* 3. *l. inter coheredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *ff. d. tit. l. [illegible].* 10. *ff. fin. regund.* Sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad judicium provocavit, *l. in tribus.* 13. *& l. qui appellat.* 29. *ff. de judic. l.* 2. §. 1. *ff. communi. dividund.*
Cæterum cum illthæc actio etiam bonorum possessori 26
concedatur. *d. l.* 2. §. 1. *& l. sed & ejus.* 24. §. 1. *ff. familiæ erciſc.* controvertitur inter Interpretes directane, an utilis illi detur? Et quidem non desunt, qui existimant, bonorum possessori utilem competere actionem familiæ erciscundæ, non vero directam. *Schneidewin. loco prælegato*

gato W[illegible] in Parat. ff. fam. ercifcund. n. 4. Myns. in hoc §. n. [illegible] *Treutl.* [illegible] *19 th.* [illegible] *ad lit E.* & *Enas Robert disp. 18. ad Inst. th. 2.* Sed alii rectius statuunt: directam familiæ erciscundæ actionem bonorum possessori competere, *propt. text. expres. in d.l 2.* [illegible] *ff.* [illegible] ubi Ulp. ait: ideo utile familiæ erciscundæ judicium d[illegible], [illegible] ad aliquem ex constitutione Divi Pii adrogatum defertur, [illegible] esse: *quia hic neque heres, neque bonor. poss. sit.* Unde evidenter colligere licet: quod heredi & bonorum possessori non utilis, sed directa familiæ erciscundæ actio detur: alioquin male & vitiose Jurisconf. inferret.

27 Nec adversatur textus *in d. l. sed* & *ejus 24. §. 1. ff. d. tit.* ubi hæc verba leguntur: *Famil. ercisc. judic.* & *inter bonor. poss.* & *inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebell. senatus conf.* & *cæteros bonorarios successores, locum habet.* Nam ex his verbis non relucet, quod utilis familiæ erciscundæ actio inter bonorum possessores [illegible] locum vindicet: sed generaliter iis significatur, quod actio familiæ erciscundæ inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex senatus consulto Trebelliano, locum ha-
28 beat. Et quanquam *in l. si ex asse. 40. ff. fam. ercisc.* utile familiæ erciscundæ judicium ei, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, dari dicatur: ex eo tamen non probe colligitur, quod idem
29 de bonorum possessore sit dicendum. Bonorum siquidem possessor licet heres non sit ipso jure: heredis tamen loco constituitur, & non usque adeo insulse heres prætorius vocatur, *arg. § quos autem [illegible] 2. supr. de bonor. possess.* is verò, cui ex fideicommisso restituta est hereditas, fideicommissarius, & non nisi planè impropriè heres appellatur, *§. ergo. 6. ibi.* [illegible] *7. supr. de fideicom. her.* cum is, qui rogatus hereditatem restituit, heres maneat, *§. restituta. 3. supr. d. tit.* [illegible] Atque ita sentiunt D. Collega Bocer. *d. cl. 3. disp. 18. th. 31.* & D. Hunnius *in resol. ad Treut. dicto loco. p. 1369.* & *seq.* [illegible] *exponit, quænam actio utilis,* & *quæ directa dici queat.* Hanc autem sententiam aliisque quoque, ante Bocerum, placuisse, tam certum est, quam certi [illegible]. Ita enim diserte scribit Gloss. *in d. l. 2. §. 1. ad verb. heres ff. fam. ercisc.* Et nota, quod Quidam dicunt, ex eo, quod hic dicitur, quod directum judicium familiæ erciscundæ competit etiam bonorum possessori, &c. Non igitur ægrè ferre debet Bocer quod scripserim [illegible] ita [illegible]. Cur enim ipsum solum [illegible] rem laudatem, cum constet, & ante, & post ipsum [illegible] sententiam foverunt?

30 Porro cum inter fratres & sorores parenti hereditas dividenda est: quæri solet, utrum [illegible] major [illegible], minor eligat, an vero [illegible] in partes, communi [illegible] & sororum [illegible], hereditatis dividi; postea sorte [illegible] vel judicis officio explicari [illegible] ut [illegible] divisio absque [illegible] & [illegible], ex [illegible] pacto vel [illegible] ; vel [illegible] *l. [illegible] 38. l.* [illegible] *41.* [illegible] & *l.* [illegible] *ff. fam. ercisc. l. 1. l. si major 15.* [illegible] *27* [illegible] *C. eod.* & [illegible] consuetudine præferendam esse [illegible], [illegible] Camera Imperiali [illegible], *c. 1. ext. de parochiis.* [illegible] *4. Myns. cent. 4. obs. 37. Schur[illegible] cent. 1. consil. 71.* [illegible] *Gail. l. 2.* [illegible] *116. n. 14.* [illegible] *22.* [illegible] *Goldast. l. 1. de monar.* [illegible] *21.* Sin judicio instituto petita sit divisio: judicem fore divisorem, ejusque officio totum negotium explicandum esse, verius censetur, [illegible] *2. in pr. ibi, per fam. ercisc. ad. div.* [illegible] *26.* [illegible] *2.* & *l.* [illegible] *Harpr. Modest. ff. fam. ercisc.* Qua de re consuluntur etiam [illegible] *l. 6 controv. jur.* [illegible] *37 Matth. Steph. cent. 3. q. 94. Henning. Weg. disp. 13. ad Inst. th. 1. lit. b.* & *alii, ab his citati.* Videatur item. Clariss. D. Besold. Collega mihi [illegible], *in delib. jur. ex l. 10 Pand.t.2 p.575 cum seq.* & *in D[illegible] Jur. Pol. de appell. c.7 n.21.* ubi de hereditatis divisione, per sortem facta, plura observatu perdigna tradit. Et de aliis negociis sorte definiendis [illegible] adeatur idem Besold [illegible] *disp. 1 n 1* [illegible] *2 n 10.* nec non Jacob. Alemann. *in [illegible] consultat.* [illegible] *consultat 4. pag. 155* & *seqq.*

31 In quæstionem & hoc non rarò vocatur: an familiæ erciscundæ actio præscriptione 30. annorum tollatur? Et tolli, autumant [illegible], *Jacobus* [illegible] *Bald.* & *Angelus in l 1 § 1. vers. nemo itaque Cod. de annali exceptione.* & [illegible] *Hunnius in d. resolut. ad Treutl. p. 1366.* Sed contrarium defendent alii communiter, existimantes, quod etiam post triginta annos libere à communione quis recedere, & divisionem hereditatis petere possit, *Bartol.* & *Cynus in d. §. 1 vers. nemo,* & *c. Paulus de Castro* [illegible] *si non autem. 26. § si centum. 4.* [illegible] *de condict. indeb.* [illegible] *n. 10* & *Schneidew. n.68. cum seqq. ind. § quædam. 28.* [illegible] *6. controv. jur.* [illegible] *36. Bronch.* [illegible] *2. ἐναντιοφανῶν assert. 14.* [illegible] *Hunnius disp. 17. ad Instit.* [illegible] *20.* Quorum sententia
32 hisce præcipue confirmatur rationibus & argumentis. I. Quia hæc familiæ erciscundæ actio prius non nascitur, quam cum coheredes dividere volunt hereditatem, *l. in principio,* [illegible] *à communione discedere ff.* [illegible] Ideoque non prius curret præscriptio contra hanc actionem, quam nata sit, hoc est, priusquam ab uno coheredum communio rerum [illegible] fuerit. Actioni quippe, quæ nondum nata est,
33 non ullo tempore præscribi potest. II. Quia contra possidentem non currit præscriptio, *l.* [illegible] *2 C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Atqui uterque coheres [illegible] pro indiviso possidet. Ergo contra ipsum
34 præscriptio procedere nequit. III. Quia nemo invitus in communione est detinendus, *l. fin. C. comm. divid. d. l si non sortem. 26. § si cent.*
35 *4. vers.* [illegible] *ff. de condict. indeb.* cum communio sit mater rixarum & contentionum, *l. cum pater. 77 § dulcissimis 20. in fine ff. de leg.* IV. Quia pacto effici non potest, ut consortes perpetuò in 36
communione perseverent, *l. in hoc jud. 14. § si convenerit. 2. ff. comm. divid.* Ergo nec præscriptione hoc induci poterit, *arg. l. nam juris 6. § 1. vers. sed si* [illegible] *ff. quemadm. servit. amitt. Joan. Petr. de Ferrar. in forma libell. pro hered. div. n. 7.* V. Quia cessante ratione legis, cessat quoque 37
ejus dispositio, *arg. l. adigere 6 § quamvis, 2. ff de jur. patr.* [illegible] *ext. de appell.* Atqui hoc casu cessat ratio, ob quam præscriptio inducta censetur, litium nimirum dirimendarum causa, *l. ult. in fine princ. ff. pro suo.* Si enim res communes nunquam dividi possent: discordiarum materia maximopere augeretur, delinquendique occasio præberetur, *arg. d. l. cum pat. 77 § dulc. 80. ff. de leg. 2 l. in re comm. 26* [illegible] *d. l si non sort. 26. § si cent. 4. ff de cond. indeb.* Proinde & ipsa præscriptio cessat præsertim cum hoc casu plane contrarium effectum operaretur.

Huic decisioni non obstat *d. l 1 §. 1 C. de annal. except.* in qua dicitur, nullam actionem, ac nec familiæ erciscundæ, ultra triginta annorum spacium durare. *Nam in ista lege expressè* adduntur hæc verba: *ex quo ab initio compet.* & *semel nata est.* Nascitur autem hæc actio tum demum, cum coheredes incipiunt ad divisionem hereditatis provocare. Unde quamdiu libere & volentes in communione persistunt, tamdiu hæc actio nasci non potuit. *Zasius in d § quædam. 28. n. 13. in l. de act.* Deinde lex illa, quæ vetat post triginta annos judicium familiæ erciscundæ intendere, habet locum, quando uterque coheres non possedit, *ut notavit Gloss. ad d l. 1.* [illegible] *Bron. h. d. cent. 2 assert. 14. in fine.* Et licet hæc sententia Dn. Collegæ Bocero displiceat *in Comm. ad §* [illegible] *45.* & *seqq. p 511.* qui tamen nihil solidi affert, ob quod opinationi ipsius inhærendum videri queat: meritò eam repudiandam censemus. Atque profectò non nisi inepte dici potest: actionem familiæ erciscundæ statim ex ipsa rerum communione nasci. Quis enim interea ejus esset effectus, aut quæ utilitas, aut quæ necessitas, antequam coheredes à communione discedere vellent? Quo respicit Caius Jurisconsultus *in d. l. 1 in pr. fam. ercisc.* ubi hanc actionem non simpliciter coheredibus, sed coheredibus, à communione discedere volentibus, constituendam fuisse dicit. Vide Bachov *in not. ad Treutl. vol. 1. disp. 1* [illegible] & *c.* huncque laudantem Knipsch[illegible] *11. quæst.* [illegible] *396 cum seq.* *Et hactenus de communione familiæ.*

Communio rerum singularium est inter eos, qui quocunque 39
modo res singulas communiter obvenerunt: veluti titulo hereditatis, legati, donationis, [illegible] *societatis.* [illegible] *in pr. ff comm. divid.* [illegible] vel etiam casu, aut voluntate sociorum, *§. si duor. 27.* & *seq. supr. de rer. divis. l. arbor. 19* [illegible] Communionis autem hujus obligatio duas causas 40
continet, rerum scilicet communium divisionem, & præstationes quasdam personales, [illegible] *judic. 4 § sicut 3.* [illegible] *6. § 1* [illegible] *arg. l. non* [illegible] *12. §* [illegible] & *§ quædam ad.* [illegible] *de actionib. D. Hen. Bocer.* [illegible] *disp. 18 th. 30 & l. 2.* Ac sanè 41
dividi [illegible] res communes, non solum sociorum propriæ, sed & emphyteuticæ: quamvis rectius fecerint socii, si abstineant ab agri emphyteutici divisione, ne præstatio pensionis confundatur, *l. comm. 7 in pr.* & [illegible] *ff. commun. divid.* Sed & isthac obligatione continetur res aliena, cujus nomine socii Publicianam in rem actionem habent, & [illegible] communiter [illegible] acceperunt, *d. l comm. 7 § [illegible] in rem. 2.* [illegible] *6.* & *l. inter eos 12 ff. eod.* ut & prædium, cujus in possessionem [illegible] causa sunt missi: multoque magis domus, quam [illegible] nomine possidere jussi sunt: tum & ususfructus communis, *d. l.* [illegible] & *seqq. d. tit. Meier. in disp. ad l. 10. Pand. tit. 3 th. 13.* Quod verò communiter acquisitum est ex latrocinio, vi, aggressura, sacrilegio, peculatu; hac obligatione non continetur: ut nec, quod communiter precario possidetur, vel ex causa locati, vel depositi, *d. l. comm. 7 § inter prædon. 4.* & *l. seq.* & *l. neque colon. 11 ff. communi divid.* Quod si res quædam communis sit, quæ divisionem commodè recipiat, veluti fundus: partes ejus singulis adjudicandæ sunt: & si unius pars prægravare videatur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. At si commodè dividi ne- 42
queat, veluti homo, aut mulus: tunc ea res tota uni adjudicari debet, & is invicem alteri certam pecuniam præstare, *§. eod. interven. 5. inst.* [illegible] & *seqq.* [illegible] *si quis putat* [illegible] *10 d. l. commun. 7. §* [illegible] *10 ff. commun. divid.* & *l. 2 C. eod.* [illegible] *d. disp. 18 th. 44* & *Meier. d. disp. th. 1* [illegible] *seq.* Præstationes personales, 43
quæ ista obligatione comprehenduntur, in eo consistunt: si sociorum aliquis in rem causamve communem sumptus fecerit: aut ex ea fructus, vel mercedem perceperit, *d. l per hoc jud.* [illegible] *§* [illegible] *cum seq.* [illegible] *si quis put. 6 in pr.* [illegible] *1. 2* & *3.* [illegible] *l. in hoc jud. 14 § 1. ff. comm. divid.* vel dolo aut culpa damnum communioni dederit, [illegible] *si is, cum quo 20.* [illegible] *28 ff. d. tit.* [illegible] si quæ inter socios conventio interposita fuerit, veluti ut fructus alternis annis perciperent, *d. l.* [illegible] *si convenerit, 23 ff eod.* Ad personales præstationes & illud pertinet: quod [illegible] tenetur socius, ut [illegible] socius, cum [illegible] fuerit ædes communes, aut communem parietem reficiat, vel quippiam in eam immittat, *l si ædes communes. 12. ff. comm. divid.* [illegible] *139. seq.* Ut & illud: quod socius socio, cui quid adjudicatur, cavere tenetur de evictione, *l. item qui binis. 10 §. ult. ff comm. div. arg. l. her. 25* [illegible] *pen. ff fam. ercisc.* & *l.* [illegible] *14. C eod.* Itemque de eo, quod sub conditione debetur, *l. cum* [illegible] *16 ff. comm. divid.* Verum de personalibus præstationibus generaliter hic observandum: eas hac obligatione de [illegible] negocio eatenus contineri quatenus suæ partis causam socius expeditè gerere non potuit, *d. l si quis 6. §. sive autem 2. vers. hoc autem* & *vers. seq.* & *§ si damni infecti. 7. l. arbor. 19. § si per* [illegible] *2. ff. comm. divid. l. pomit ff de reb. credit. si cert. pet.* & *l si communes. 40. ff. de neg. gest.* quatenus item rem esse communem scivit, *d. l in hoc judic. 14 in princ.* & *l si quis cum. 29. ff. commun. divid. D. Bocer. d. disput. 18. th. 49.*

Ex hac communione deſcendens actio, communi dividundo appellatur: & mixta eſt, *d. § quædam actiones. 20. infr. de action.* bonæ fidei, *§. action 28. infr. eod. d. l. in hoc judicium. 14. §. 1. verſ quia bonæ fidei ff. communi divid* & perpetua, *Forſter. jur. lib. 4. diſp. ult. th. ult. ad lit. A.* Eaque eſt vel directa, vel utilis, *d. l. ſi quis putans. 6. in princ. & §. 1. ibi, utili tamen, & l. ſeq. §. ex quibuſdam. 3. & §. ſi duo 6. l. in ſumma. 11. & l. ſi quis. 29. circa princip. ibi, nec utile*
45 *dandum. ff. communi divid.* Directa competit, ſi proprietas rei ſit communis, *d. l. per hoc judicium. 4. in pr. ff. d. tit.* utilis verò, ſi quod aliud jus commune fuerit, veluti uſusfructus aut pignus, *d. l. communi. 7. §. ſi duo ſint. & §. ſeq. ff. eod. l. ſi cujus. 13. §. ſed ſi inter. 3. ibi, quaſi communi dividundo ff. de uſufructu juncta l. Lucio 4. in fine. ff. de aqua quotid. & æſtiva.* Item directa locum habet, ſi quis ſciens, ſibi rem eſſe cum vero ſocio communem, quid in eam impendit, fructusve ex ea percepit: utilis, ſi quis putans ſibi cum Titio rem communem eſſe, cum ſit communis cum alio, tale quid fecerit, *d. l. ſi quis. 6. in princ. & d. l. ſi quis cum 29. in princ. ff. commun. divid.* Denique directa datur, ſi corpora manſerint communia: utilis autem, ſi non manſerint communia, ſed vel interierint, vel ab altero ſocio alienata fuerint, *d. l. ſi quis. 6. §. 1. l. ſed poſtquam 9 d. l. in ſumma. 11. ff. eod.* Cæterum an correo, adverſus correum, competat actio communi dividundo, explicat D. Collega Beſoldus *in delib. jur. ex lib. 10. Pandect. tit. 3. pag.*
46 *550. & ſeq.* Illud porrò commune eſt utriuſque judicii, familiæ ſcilicet eriſcundæ, & communi dividundo: quod ſi coheres, vel ſocius aliquis in diviſione ultra partem dimidiam læſus ſit: condictione ex lege, ad reſcindendam diviſionem, agere poteſt: ſive ſine judice, ſive accepto arbitro, ſive per ſorte facta fuerit diviſio, *l. Lucius. 38 in fin. ff. famil. erciſc. l. ſi ſoror. 8. Cod. de collationib. l. majorib. 3. Cod. communia utriuſq. judic. ubi Bart. Bald. Salic. & Sichard Schurff. conſ. 28. num. 9. cent. 1. Weſenbec. conſil. 74. n. 8. part. 2. Pinel. ad l. 2. Cod. de reſcind. part. 2. c. 1. n. 4. cum ſeqq. & D. Bocer. d. claſſ. 3. diſput. 18. th. 52. ed. 2.* Vide D. Beſoldum *in dictis delibat. jur. ex lib. 10. Pand. tit. 2. num. 2. pag. 577.*

47 Quæri hic non incommodè poterit: ecquid præcepto teſtatoris effici queat, ne à communione diſcedatur? Et (quicquid in contrarium aſſerat Alexander de Imola *in d. l. ſi non ſortem. 26. §. ſi centum. 4. ff. de condict. indebiti*) verum eſt: teſtatorem aut patrem non poſſe præcipere filiis vel heredibus, ut bona hereditaria in perpetuum
48 non dividant. Quia bonum eſt argumentum à contractibus ad ultimas voluntates, *argum. l. ſervum filii. 44. §. eum, qui 5. ff. de leg. 1.* præſertim quando non poteſt reddi ratio diverſitatis. *Everhard. in Topic. in loc. à contract. ad ult. volunt. n. 1.* Sed per contractus inter vivos perpetua communio induci non poteſt, *d. l. in hoc judicium. 14. § ſi conveniat. 2. ff. commun. divid.* Ergo nec in ultimis voluntatibus fieri poteſt: cum ſubſit eadem ratio, ne diſcordiæ & rixæ inter ſocios oriantur, *d. l. cum pater 77. §. dulciſſimis. 20 ff. de legat. 2.* Et ita ſentiunt *Paul. de Caſtr. & Jaſon ad d. l. ſi non ſortem. 26. §. ſi centum. 4. ff. de condict. indebit. Jul. Clarus lib. 3. recept. ſentent. §. teſtamentum. quæſt. 67. Schneidevv. ad d. §. quædam actiones. 20. n. 21. & ſeqq. infr. de actionib. Hunnius. diſput. 17. ad Inſtit. controv. 20. lit. B. Paulus Berens diſput. 12. ad Inſtit. them. 3. quæſt. 6. & Philippus Knipſchildt. exercitat. Acad. 11. quæſt. 7. pag. 394.*

49 Hanc ſententiam non evertit *l. fin. §. Lucius 3. ff. de legat. 2. & l. Lucius. 78 in princip. ff. ad SC. Trebellian.* ubi dicitur, teſtatorem poſſe præcipere communionem heredibus. *Nam* ibi diviſio hereditatis non prohibetur: ſed præcipitur, ut filia & uxor in communionem conferant res, ut poſtea æqualiter diviſio fieri poſſit, ſicut hoc importat collatio bonorum, *de qua tot. tit. ff. & Cod. de collat. bonor.* Deinde poſito & conceſſo, quod illic diviſio prohibeatur: non tamen in perpetuum uxor & filia divide-
50 re prohibentur. Itaque non omnis planè dividendi poteſtas iis adempta intelligitur: cum nemo invitus in communione manere compellatur, *d. l. fin. C. communi divid. & dictum ſupra num. 34.*

51 Eidem ſententiæ non repugnat *l. 1. ff. pro ſocio.* ubi *Harpprecht ad Inſtit.* Tom. III. cum ſocietas in perpetuum contrahi poſſit: dicendum videtur, quod etiam teſtator communionem præcipere videatur: ſiquidem argumentum à contractibus ad ultimas voluntates procedere, apparet *ex d. l. ſervum 44 § eum, qui 5. ff. de legatis 1.* Etenim Paulus Jureconſultus, *ut ſemetipſum ibidem declarat*, non intelligit tempus infinitum, ſed finitum quamdiu ſcilicet ſocii vivant. Et ſanè dubium non eſt ullum, quin præceptum teſtatoris ad certum tempus facta ſubſiſtat, *arg. l. ſi pupilla. 4 in princip. ff. de conditionibus inſtitutionum* ubi teſtator heredibus præcipit & mandat, ne intra ſedecim annos dividant. Et hanc communem eſſe opinionem teſtatur Gratus *conſil. 66. num. 24. lib. 2.* eumque citans Clarus, *d. quæſt. 67. num. 2.*

Præterea non adverſatur, quòd voluntas teſtatoris, 52
tanquam lex, ſervari debeat. *Novell. 22. cap. 2. in princ. l. 1. Cod. de ſacroſanct. eccleſ.* Quia illud verùm quidem eſt, niſi voluntas illa diſpoſitioni juris contrarietur; aut utilitati publicæ, quæ ſuadet, neminem invitum in communione detineri repugnet, *l. nemo poteſt. 55. ibique D. l. ff. de legat. 1. d. l. cum pater. 77 § dulciſſimis. 20. ff. de legat. 2. & d. l. fin. C. communi dividundo.* Hanc quę ſententiam noviter quoque ita defendit Dn. Collega Bocerus *hic num. 59. & aliquot ſeqq. pag. 512.*

§. Heres quoque. 5.

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negocium legatarius geſſiſſe propriè dici poteſt:) & tamen quia ex maleficio non eſt obligatus: quaſi ex contractu debere intelligitur.

SUMMARIA.

1 *Quarta quaſi contractus ſpecies conſiſtit in herede, ob aditam hereditatem legatariis ad præſtanda legata obligato.*
2 *Cur heres legatariis ex quaſi contractu teneatur.*
3 *Actio legati ſive ex teſtamento cui, & contra quem, & ad quid detur.*
4 *An quemadmodum legatariis, ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quaſi contractu obligetur.*
5 *Ex perſonis ſucceſſorum qualitas obligationis mutari non ſolet.*

QUarta ſpecies quaſi contractûs hoc loco enarratur, 1
aditio ſcilicet *hereditatis*: qua heres adiens hereditatem obligatur legatariis, ad præſtanda ſive ſolvenda legata, quæ à teſtatore ſunt relicta. *l. ſi quis abſentis. 5. §. heres. 2 ff. de oblig. & actionibus Wegner. Diſput. 13. ad Inſtit. th. 4. lit. a & b.* Ideo autem heres legatariis ex quaſi contractu tenetur: quia inter heredem & legatarios ne-
que eſt contractus, neque maleficium, *hoc § noſtro.* Con- 2
tractus non eſt: quia heres neque cum legatariis, neque cum teſtatore ullum negocium contraxit. Maleficium non eſt: quia heres nihil deliquit, nec propter delictum aut maleficium legatariis debet legatum. Itaque reſtat quum eſt, ut quaſi ex contractu heres obligatus dicatur: cum adeundo hereditatem quaſi contrahere cum lega-
tariis videatur, *l. 3. §. ult. & l. ſeq. ff. quibus ex cauſ. in poſſ.* 3
eat. Hinc actio legati, vel ex teſtamento, in perſonam deſcendit: quæ legatario, contra heredem, legati præbendi cauſa datur. *§. ſed olim. 2. in fine. ſupr. de legat.* ubi *num. 9 & ſeqq.* de hac, & aliis actionibus, legatario, pro conſequendis legatis competentibus latius diſſeruimus.
Cæterum an, quemadmodum legatariis, ita etiam cre- 4
ditoribus hereditariis, heres ex quaſi contractu obligari putandus ſit, controvertitur: Sed probabilius eſt, & verius, aditâ hereditate, creditores heredem ſcriptum convenire, debere, non ex novo quaſi contractu, ex aditione hereditatis inducto, ſed potius ex contractu antiquo, quo tenebatur defunctus, cujus perſonam heres ſuſtinet
& repræſentat. Nam ex perſona ſucceſſorum vel heredum 5
qualitas obligationis, quâ defunctus tenebatur, immutari non ſolet. *l. 2. §. ex his igitur. 2. ff. de verbor. obligat.* Proinde ſi ex vero ac proprio contractu tenebatur defunctus, ſimiliter heres quoque obligatus eſſe dicendus eſt; ut, *poſt alios*, docent Emanuel Coſta *in c. ſi paterfamilias. 1. part. 2. verb. Trebellianica. num. 10. de teſtam. n. 6.* Vaſquius

Digitized by Google

quius *de success. creat. libr. 2. §. 17. num.* 48. & 49. hosque citans Heigius *in hoc §. nostro. num.* 6. argumento *totius tit. C. ut actiones & ab heredibus, & contra heredes incipiant.* Quibus adstipulantur quoque Hermannus Vultejus *hic num.* 5. & *lib.* 1. *Jurisprud. Roman. cap.* 42. *numer.* 21. Timæus Faber *Disputat.* 25. *ad Institut. Imperiales. th.* 4. *lit. c.* Dominicus Arumæus *Exercitat. Justin.* 15. *th.* 13. *D. Bocer. in hoc §. num.* 11. & 12. *pag.* 514. & *D. Rümelin. Exercitat.* 16. *ad Institut. th.* 5. *lit. b. pag* 148. *Knipschildt. exercitat. Acad.* 11. *quæst.* 10. *pag.* 398. & *Richter in tract. de contractibus, disp.* 13. *th.* 3. *ad lit. d. pag.* 389.

§. *Item is, cui.* 6. & §. *ex quibusdam.* 7.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeò enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequamur: magis (ut suprà diximus) ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negocium quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuum ei daretur: & ideo condictione tenetur.

§. 7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solum repeti non posse: veluti ex lege Aquiliâ, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

SUMMARIA.

1 *Quinta quasi contractus species, indebiti solutio.*
2 *Nemo suum jactare præsumitur.*
3 *Ad hunc quasi contractum quid requiratur.*
4 *Quodnam indebitum hic intelligatur.*
5 *Obligatio naturalis, licet non producat actionem, parit tamen exceptionem.*
6 *Quod quis sciens solvit, non repetit.*
7 *Error duplex, facti & juris, & quid utrumque.*
8 *Quæ actio ex isto quasi contractu competat.*

1 QUinta & postrema species quasi contractûs, hic pro-
ponitur, scilicet, *solutio indebiti.* Cùm enim quis
indebitum, quod per errorem se debere existimat, tan-
quam debitum alteri solvit, etsi reverà negocium non
contrahat, nec alterum, cui solvit, ad rem indebitè so-
lutam restituendā obligare intendat, ut cui potius animus
sit, obligationem, quam falsò subesse putabat, distrahere,
quàm novam obligationem contrahere, *l. si quis absentis.*
5. *§. is quoq; qui non debitum.* 3. *ff. de obligationibus & actio-
nibus.* præsumitur tamen rem indebitam solvens cum al-
tero convenisse de re solutâ, si indebita apparuisset, sibi
2 restituendâ: quoniam nemo suum jactare creditur, *arg.
l. cum de indebito.* 25. *in pr. vers. qui enim solvit. ff. de proba-
tionibus,* & *l. si de eo.* 40. *§.* 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*
Eoque animo præsumitur & alter accepisse solutum, ut si
non esset debitum, tum illud restitueret, perinde ac
3 si creditum sibi fuisset. Ad hunc igitur quasi contractum
4 primò requiritur, ut indebitum solvatur. Indebitum au-
tem hic intelligitur, quod omnino non, adeòque nullo
jure, nec civili, nec naturali, debetur, *l. si non sortem,* 26 *§.*
5 *indebit.* 3. & *l. in summa.* 65. *§. fin. ff. de condict. indebit.* Nam
si vel naturaliter saltem debitum solvatur: nulla ejus est
repetitio: quia tametsi obligatio naturalis non producit
actionem ad rem persequendam: parit tamen exceptio-
nem ad rem debitam retinendam, *l. naturalis.* 10. *ff. de ob-
ligat.* & *actionib. l. naturaliter.* 13. *l. si pæna.* 19. *in pr. dict. l.
si non sortem.* 26. *§. libertus.* 12. *l. Julianus.* 60. *in pr. l. si quod
dominus.* 64. *ff. de condict. indebit. l. sed etsi.* 9. *in fin.* & *l. seq.
ff. ad senatusconsult. Macedon.* Deinde requiritur, ut in-
debitum ex errore solvatur. Etenim quod quis sciens, se 6
non debere, solvit, non repetit, *l.* 1. *in fine, ff. de condict.
indebit. l. indebitum.* 9. *in pr. Cod. eod.* cùm id accipienti
donare voluisse intelligatur, *l. qui fundum.* 7. *§. servus.* 2.
in fin. ff. pro emptore. l. cujus. 53. *ff. de reg. jur.* Præthereà
requiritur, ut indebitum errore facti solvatur. Errorem 7
quippe duplicem esse, facti & juris, plusquam manife-
stum est, *l.* 1. *in princ. l. regula.* 9. *in pr.* & *§. sed facti.* 2. *cum §.
seq.* & *tot. tit. ff. de juris & facti ignorant.* Ille dicitur, quo
quis in facto errat, eximans factum quid esse, quod ta-
men factum non erat: hic vero dicitur, quo quis jure
quid fieri putat; quod tamen jure non fit, *d. l.* 1. *§.* 1. &
passim ff. d. tit. Et hic posterior error, soluti repetitionem
impedit. *l. error* 9. *C. ad leg Falcid. l. cùm quis.* 10. *C. de juris
& facti ignorant. l. si per ignorantiam.* 6. & *l. seq. C. de cond.
indeb* & *tradit hic Marcilius, lateque Andreas Cludius in
Commentar. de condict. indebit. c.* 1. *n.* 14. & *subsequentibus,
nec non Timæus Faber disputat.* 25. *ad Instit. Imperial. th.* 5.
ad vers. controverti hic solet, &c. *itemque Justus Schütz.
exercitation. jur. disput.* 17. *th.* 10. *pag.* 265. & *seq.* Ex hoc 8
porrò quasi contractu proficiscitur actio quæ condictio
indebiti vocatur: quâ quis repetit, id quod indebite per
errorem alicui solvit. Sed hanc actionem, adeoque
argumentum totius hujus 6. & 7. §. abundanter expo-
suimus suprà *ad §. is quoque* 1. *tit. quibus mod. re contrahit.
obligatio.* Illud hic addendum, quòd Donellus *lib.* 14.
Comment. de jure civ. cap. 16. *pag.* 275. & *seq.* statuit: con-
dictionem indebiti nasci ex vero contractu. Cujus ratio-
nes nervosè confutat Bachovius *hic num.* 2. *pag.* 837.

PER QUAS PERSONAS NOBIS Obligatio acquiritur.

TIT. XXIX.

EXpositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur: admonendi sumus, acquiri nobis non solùm per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostrâ potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen, quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundùm imaginem rerum proprietatis & ususfructûs, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente, secundùm novellæ nostræ constitutionis divisionem.

§. 1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bonâ fide possidemus, acquiritur nobis: sed tantùm ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostrâ acquirant.

§. 2. Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

§. 3. Communem servum pro dominicâ parte dominis acquirere certum est: excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit: veluti cum ita stipulatur, Titio Domino meo dare spondes? Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licèt anteà dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut suprà dictum est.

SUM-

Digitized by Google

SUMMARIA.

1 *Ratio [illegible].*
2 *Ob[illegible] per quas personas nobis acquiratur.*
3 *Con[illegible] nostra melior fieri potest per liberos nostros & servos, deterior non item.*
4 *Diff[illegible] & servos hoc loci notanda.*
5 *Jure [illegible] in bonis adventitiis æque, ac profectitiis, nihil [illegible] juris habuit.*
6 *Intell[illegible] profectitia [illegible] l. avus. 79. ff. de jure dot.*
7 *Intellect[illegible] l. filius. 22. §. 1. ff. de inofficioso testamento.*
8 *R[illegible] alia persona, per quas nobis obligatio acquiratur.*

1 DIXIT Imper. Justinianus suprà, *in tit. 9. per quas personas cuique acquiritur. lib. 2.* de personis, per quas nobis res ipsæ, earumque dominia adjiciantur: hoc titulo demonstrat, per quas personas obligationes, &
2 consequenter actiones nobis acquirantur. Acquiritur autem nobis obligatio non solùm per nosmetipsos, sed etiam per liberos & servos, nostræ potestati subjectos,
3 *per principium hujus tit.* Ejusque ratio est perspicua: quia per liberos nostros & servos conditio nostra melior fieri potest, deterior non item; ac proinde acquirere nobis possunt: alienare nostra, sine nostra voluntate, non possunt, *argument. l. contra. 28. §. ult. ff. de pact. l. penult. in*
4 *fine ff. deposit. l. melior. 133. ff. de reg.* Est autem differentia inter liberos nostros & servos hic notanda: quòd servi quicquid acquirunt, totum nostrum fiat: at quod liberi acquirunt, si quidem ex causa profectitia, id totum & in solidum [illegible] ex obligatione, aliave causa adventitia [illegible] quidem ususfructus nobis patentibus quæratur; proprietas verò ad liberos pertineat. *l. cum oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* Si quid igitur servo nostro debeatur: nos soli agere possumus. Idemque est, quando liberis nostris quid ex causâ profectitiâ debetur. At si quid debeatur iis ex causa adventitii peculii: actio est communis: ita ut ipsi quidem agant consensu nostro, si nos usumfructum amplecti nolimus: nos verò agamus, filiis tamen consentientibus, si usumfructum in bonis eorum adventitiis amplectamur. *l. ultim. in pr. & §. ubi*
5 *autem. 3. Cod. d. titul.* Ea itaque in parte jus Pandectarum [illegible] est. Isto quippe jure filiusfamilias in bonis adventitiis æque, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit: sed omnia patri, tam proprietatis, quàm ususfructûs ratione, acquisivit. Id quod *vel ex pr. hujus tit.* manifestè probatur: ubi Justinianus novâ suâ constitutione sancitum esse profitetur, ut filiosfamilias proprietas in rebus adventitiis quæreretur. Idem confirmatur *ex l. filiæ, in [illegible]. 12. versic. cum autem frater. C. de collationib.* ubi ante Justinianum nulla fit differentia inter profectitia & adventitia [illegible]que excipiuntur castrensia. Quod magis corroboratur *ex l. fin. Cod. eod. tit.* ubi novè Justinianus [illegible], ut adventitia non conferantur. Ex quo sine ullo negotio colligitur, quòd ante eum talis differentia non fuerit.

6 Huic decisioni non obstat *l. profectitia. & l. avus. 79. ff. de jure dot.* ubi cum plus juris filiæfamilias in adventitia, quam profectitia dote competat: dicendum videtur, jure quoque Pandectarum discrimen inter bona profectitia & adventitia fuisse constitutum. Non, *inquam*, hæ leges obstant. Nam de dote duntaxat loquuntur: in quâ quidem [illegible] speciali quadam ratione plus juris competit, si acquisita fuerit ab extraneo, quam si a parente. Idem autem discrimen, quoad cætera bona liberis, in potestate existentibus, [illegible], jure Pandectarum observatum haudquaquam fuit. Non igitur, quod singulari ratione constitutum est in bonis dotalibus, ad alia bona extendendum est, *argum. l. quod vero. 14. cum duab. seqq. ff. de legib.*

7 Nihil etiam resistit *l. filius. 22. §. 1. ff. de inofic. testamen.* ex cujus §. verbis nonnulli inferunt: partem ibi inofficiosi querelà egisse, nomine filii; eumque sic agentem commodum victoriæ filio parare: ac per consequens filium jure Digestorum non ex omnibus causis patri acquisivisse: sed quod ex bonis maternis obvenerit, ipsius fuisse. *Etenim*, secundum saniorum quorundam intellectum, in specie illius legis non pater, sed filius inofficiosi egit. Quod evincitur ex illis verbis; *an, quod patri datum est, publicaretur?* Nam si Jurisconsultus in eo §. loqueretur de casu, quo pater nomine filii ageret, non satis conveniret dicere, *an quod patri datum, publicaretur*: sed diceret Jurisconsultus, *an quod ei datum esset publicaretur?* Ex quo dilucidè patet, verbum illud, *alii*, in textu positum, non ad filiumfamilias, sed ad patrem: cui ex victoriâ filii agentis commodum paratur, necessariò referendum esse. Atque ita eo textu nostra hæc, eaque receptissima Doctorum sententia, magis stabilitur, quàm evertitur. Ex eo siquidem evidens est: filiumfamilias, qui adversus matris testamentum querelà inofficiosi agit, non sibi, sed patri commodum victoriæ parare. Et hanc opinionem, utpote verissimam, pluribus juribus ac rationibus exactissimè confirmat Arius Pinellus *ad l. 1. Cod. de bon. matern. part. 1. pag. mihi. 84. n. 12. 13. 14. 20. & seq.* ubi simul. *n. 34. usque ad finem* decisionem illam *Imperatoris Constantin. in d. l. 1. Codic. de bon. matern. & Justinian. in d. l. cùm oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c.* qua statuitur, patrem in bonis adventitiis non, ut olim, plenam proprietatem, sed usumfructum tantum ad dies vitæ usque consequi, multis egregiis ampliationibus exornat.

Porro præter liberos nostros & servos, sunt & quatuor 8
personæ aliæ, per quas nobis obligatio acquiritur. Primùm illi, quos bona fide possidemus; sive sint homines liberi, sive servi alieni, *§. 1. hoc tit.* Secundò servi fructuarii, id est, in quibus usumfructum habemus, *§. 2. hoc tit.* Tertiò servi communes, hoc est, partim nostri, partim alieni, *§. 3. hoc tit.* Quartò procuratores nostri. Sed ingens est cùm inter has quatuor personas & prædictas, id est, liberos & servos, tum inter has ipsas quatuor inter se differentia, *ut videre est ex hoc tit. item §. de iis autem servis. 4. supr. per quas person. cuique acquirit. & § ultim. supr. de stipulat. servor.* Quanquam de quartà personâ, id est procuratoribus nostris nihil hic asseratur: sed de iis abundè dictum est *in §. ex his itaque 5. supr. per quas person. cuique acquiritur.* Cæterum quanta olim inter servos & filiosfamilias, ratione acquisitionis, differentia fuerit, diligenter explicat Antonius Faber. *lib. 7. conjecturar. jur. civil. cap. 9.* Quatenus item patri per filiumfamilias acquiratur, latissimè noviter exposuit Illustris Georg. Acacius Enenckel. *in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 4. c. 1. & aliquot seqq.*

QUIBUS MODIS TOLLITUR Obligatio.

TIT. XXX.

Principium Tit.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur: vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat: utrùm ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim & alio solvente: sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo, solutio fiat. Item si reus solverit: etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

SUMMARIA.

1 *Continuatio hujus tituli.*
2 *Contraria juxta se posita magis elucescunt.*
3 *Quot modis obligatio ipso jure tollatur.*
4 *Quibus modis ope exceptionis obligatio elidatur.*
5 *Verbum solutionis, itemque satisfactionis & liberationis, quomodo accipiatur.*
6 *Solutio, in specie accepta, definitur.*
7 *Aliud pro alio, invito creditori non solvitur.*
8 *Hujus regulæ exceptio.*
9 *Utrùm creditori invito, pro re debitâ, æstimatio solvi possit.*

Digitized by Google

10 *Intellectus l. ſi quis argentum. 35 in pr. C. de donationibus.*
11 *Intellectus, l. 1 [illegible]. 35. pr. ff. de [illegible], & arg. in legato.*
12 *Intellectus l. quoties. 59. & l. ſeq. ff. de verb. obligat.*
13 *Particulatim ſolutionem creditor recipere regulariter non cogitur.*
14 *Solutio fieri debet legitimo tempore, loco, modo & cauſa.*
15 *An [illegible] debitor ante diem ſolvere poſſit.*
16 *Sub conditione quod debetur; id, pendente ea, ne voluntati quidem creditori utiliter ſolvitur.*
17 *[illegible] an & quatenus confeſtim ſit ſolvendum.*
18 *De loco diſſolvendi debiti à contrahentibus conſtituto, vel non conſtituto.*
19 *Modus ſolutionis in quo conſiſtat.*
20 *Statuliberum ſolvens, vel [illegible], &c. an liberetur.*
21 *Conciliatio l. ſtatuliberum 9 §. 2 [illegible] ſtatuliber cum l. [illegible]. 63. ff. de contract. [illegible].*
22 *Debitor liberatur, quoties ſine culpâ ejus accidit, ut res promiſſa ſolvi non poſſit.*
23 *Solutio ex qua cauſa fieri debeat.*
24 *Qui ſolvere poſſint.*
25 *Quibus rerum ſuarum adminiſtratio adimatur.*
26 *Solutio alienationis eſt ſpecies.*
27 *Pupilli & minores quatenus [illegible] ſolvant. Item intellectus l. [illegible]. 2[illegible]. ff. de [illegible].*
28 *Furioſi & prodigi ſolvere [illegible].*
29 *Obligatio [illegible].*
30 *Qui in [illegible] ſolvere [illegible].*
31 *[illegible], [illegible] vel non [illegible]: & quare.*
32 *[illegible] poteſt ſunt, [illegible].*
33 *[illegible] qui [illegible].*
34 *Ratione debiti [illegible], ut ſi [illegible] qui ſolvant.*
35 *Ex mandato qui [illegible] ſolvant.*
36 *Ex adminiſtratione qui pro aliis ſolvant.*
37 *Sine mandato quilibet ſolvere poteſt pro [illegible] etiam invito.*
38 *Regula (invito [illegible] non datur) de [illegible] accipienda.*
39 *Nemo invitus [illegible].*
40 *Promptiores eſſe debemus ad liberandum, quam ad obligandum.*
41 *Quibus ſolvi poſſit.*
42 *Quomodo pluribus creditoribus [illegible] ſolvi queat.*
43 *Furioſo & prodigo an [illegible].*
44 *Pupillis an & quatenus [illegible].*
45 *Solutionem minori [illegible], ſeque reſtitutioni in [illegible].*
46 *Conſideratio & [illegible] l. [illegible]. 25. C. de adminiſt. tutor. [illegible].*
47 *Sententia & [illegible] 2. ſup. quib. alien. [illegible] non.*
48 *Sententia l. [illegible]. 46. §. tutelæ. 5. & §. fin. ff. de adminiſt. & [illegible].*
49 *Adverſus [illegible] non datur.*
50 *Obligatio [illegible].*
51 *Cum [illegible] & [illegible] bene [illegible].*
52 *[illegible].*
53 *Tutor [illegible] quaſi dominus & [illegible]. 59.*
54 *Conſi[illegible] l. [illegible]. 11. §. 4. ff. de [illegible] 25. [illegible].*
55 *Conſi[illegible] l. ſolutam 39. ff. de ſolutionib.*
56 *Quatenus debitor pupillaris [illegible] ſolvere cogatur.*
57 *Qui poteſt exigere, [illegible] poteſt.*
58 *Hereditati creditorum rectè ſolvitur.*
59 *Pro creditoribus qui habeantur.*
60 *Procurator vel verus eſt, vel [illegible]: verus aut generalis, aut ſpecialis: & quatenus utrique rectè ſolvatur.*
61 *Solutio, falſo procuratori facta, quibus caſibus convaleſcat.*
62 *Servis [illegible] ſolvi poteſt.*
63 *Poteſtas [illegible] ſolvendi à quo, & cui, & quomodo detur.*
64 *Solutionis cauſa in contractu adjecto rectè ſolvitur.*
65 *Si ſolutionis gratiâ adjectus ſtatum ſuum ante ſolutionem mutaverit: non quid ei utiliter ſolvi poſſit: ita ut promiſſor ſolutione liberetur.*
66 *Intellectus l. Stichum 95. §. uſumfructum. 6. ff. de ſolutionib.*
67 *Vis & effectus ſolutionis rectè factæ.*
68 *Fidejuſſoris ſolutio etiam reo proficit, & vice verſa: & utriuſque ratio.*
69 *Si quis pluribus ex cauſis unum debitum ſolvat, quodnam ſolutum videri debeat.*
70 *Certam legem dicere ei poſſumus, quod ſolvimus.*

1 DE conſtituendis & acquirendis obligationibus tractatum eſt titulis ſuperioribus: nunc hoc titulo de iiſdem diſſolvendis & tollendis percommodè agitur.
2 Siquidem contraria, *uti vulgò dicitur*, juxta ſe poſita magis eluceſcunt, *arg. l. 1. ff. de his qui ſunt ſui, vel alien. jur. l. ſi contra. 35. in fin. ff. de vulgar. & Pomponius 40. § sed & ſi. ff. de procuratoribus l. & pupill. ſubſtitut.* Quatuor autem
3 modi, quibus ipſo jure tollitur, adeoque penitus extinguitur obligatio, ſub hoc titulo explicantur: ſolutio, acceptilatio, novatio, & contrarius conſenſus, ſive pœnitentia vel diſſenſus. Sunt & alii, ſed minùs celebres & uſitati: ut delegatio, confuſio, compenſatio, depoſitio & obſignatio, reique debitæ ante moram à debitore factam contingens interitus, &c. De quibus accuratè ſubtiliterque diſputant. *B. Briſſonius in Commentar. de ſolut. & liberat. lib. 2. Arumæus exercitat. Juſtin. 16. theſ. 6. cum aliquot ſeqq. Vulteius lib. 1. Jurisprud. Rom. cap. 52. cum ſeqq. Schneidevvin. in §. fin. infr. hoc tit. num. 6 & ſeqq. ibidemque D. Bocer. num. 11. cum ſeqq. pag. 555. & ſeq. Johan. Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. cap. 1. cum ſeqq. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civil. cap. 1. & aliquot ſeqq. itemque Pyrrhus Mauruis Aretinus in tract. de ſolutionib. cap. 2.* Sed & ope ex- 4
ceptionis nonnunquam obligatio eliditur: ut pacto, ſententia, tempore, jurejurando, & modis aliis *de quibus infra ſub tit. de exceptionib. aliquando, annuente Chriſto, diſpiciemus.* Primus autem modus diſſolvendæ obligationis ipſo jure, eſt *ſolutio*, de quâ in hoc principio. *Solutio-* 5
nis verbum aliàs generale eſt, & omnes perimendæ obligationis modos complectitur, *l. ſolutionis 54 ff. de ſolutionib. l. ſolutionis verbo. 176 ff. de verb. ſignificat.* aliàs eſt ſpeciale, *ut hic & in t. ff. de ſolut. & liberat.* Sic & *ſatisfactionis* verbum interdum latè ſumitur, interdum anguſtè: latè, ut eo omnes tollendæ obligationis modi contineantur, *d. l. ſolutionis. 176 ff. de verbor. ſignificat.* anguſtè, ut eo non omnes modi: ſed exceptâ ſolutione, reliqui comprehendantur. Solet enim plerumque in jure ſolutio diſtingui & ſejungi à ſatisfactione, *l. itemque liberatur. 6. in princip. ff. quib. mod. pign. vel. hypothec. ſolvit. l. ſi rem. 9. §. omnes. 3. ff. de pignor. act. l. ſi ſe non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de re judicat. l. quod vendidi. 19 ff. de contrah. empt. l. ſed & ſi quid. 25. §. 1. ff. de uſufruct. l. ſolutam. 49 in fine ff. de ſolutionib.* Eſt & tertium verbum huc pertinens, nempe *liberatio*: quod ſimiliter aliquando latiùs omnes modos complectitur, *l. liberationis. 47. ff. de verb. ſignificat.* nonnunquam, exceptâ ſolutione, reliquos, *ut t. ff. de ſolut. & liber. & notat. Gloſſ. hic in verb. tollitur ſolutione, &c.*

Solutio igitur, *in ſpecie accepta*, eſt ejus, quod debetur, realis legitime facta præſtatio, *argum. hujus principii, & d. l. ſolutam 49. in prine ff. de ſolutionib. Vulteius hic num. 3. Althuſ. lib. 1. dicæolog. cap. 14 num. 6. pag. 569 [illegible] in tract. de contr. [illegible] diſput. 14. th 2. pag. 402.* Cui in 6
effectu conſonat definitio Antonii Pichardi Vinnæſi [illegible] *num. 24.* dicentis: ſolutionem nihil aliud eſſe, quam rei debitæ per ipſum debitorem, vel alium, cujus nomine creditori idoneo factam actualem ſatisfactionem. *Idem refert Antonius Hering. in tract. de fidejuſſorib. cap. 20 § [illegible] 3.* De ea breviter quinque capita hoc loco attinguntur, quæ paſsò uberiùs diſcutienda erunt: 1. Quid & quantum ſolvendum ſit. 2. qua formâ ſit ſolvendum. 3. à quo 4. cui & 5. quis ſolutionis ſit effectus.

Primùm ergo id ipſum ſolvendum eſt, quod debe- 7
tur. Aliud enim pro alio, invito & minimè conſentienti creditori ſolvi non poteſt: ut ſi cui debeatur precium vel pecunia, ei nolenti ſpecies vel corpus, puta equus, fundus, domus, poculum, &c. ſolvi nequit: cùm aliud ſit res, aliud precium, *l. 2. § 1. ff. de reb. credit. ſi cert. pet. l. 1. ff de rer. permutat. l. cum, à quo. 16. & l. ſeq. C. de ſolutionib. Fürſtl. Würtemb. erneuert Landrecht, part. 2. tit. 1. §. Wann und wie die Bezahlung, &c. verſ. und zwar ſoll die Bezahlung fol. 236.* Quò pertinet illud Senecæ *lib. 4. de benefic. c. 14.* Æquiſſima vox eſt, & jus gentium præ ſe ferens; *redde, quod debes.* Item *lib. 5. de benefi. cap. 14.* Quo genere obligatus es, hoc ſi-
dem expedire. Sed & ſi ſolvatur creditori res dete- 8
rior, inutilis erit ſolutio & ideo commodatarius rem deteriorem reddendo non liberabitur. Propriè namque dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. *l. 3. §. 1. ff. commodati.* Quandoque tamen etiam invito creditori aliud rectè ſolvitur: puta ſi res debita vel planè non, ſi nimirum periit, vel difficulter, vel minùs honeſtè præſtari poſſit. *l. in re furtiva. 8 in prin. ff. de condict. furt. l. ſi domus. 71. §. qui confitetur. 3. ff. de legat. 1. l. non dubium. 14. in fin. & l.*

l. qui quatuor 30. § *ult. ff. de legat.* 3. vel noxali actione agatur. *l. miles* 6. §. 1. *ff. de re judic. D. Bocer. class.* 4 *disput.* 19. *thes* 28. *ed.* 2. *& in hoc* §. *n.* 44. *pag.* 532. *Joan. Baptista Costa tom.* 1. *tract. de remediis subsidiariis, remed.* 3. *n.* 1. *& seqq.*

9 Illud controversum videtur: utrùm invito creditori pro re debita pretium sive æstimatio solvi possit? Et non posse, ex æquissima hac regula patescit: quòd aliud pro alio creditori invito solvi non debeat, nec queat, *hoc principio nostro, & d. l. eum, à quo* 16. *& l. seq. C. de solut. d. l.* 2. §. 1. *in fin. ff. de rebus credit. si cert. pet. l. promiss.* 21. §. *ultim. ff. de condict. pecun. & l.* 1. *C. de Fabricensib.* Atqui aliud esse rem, & aliud rei æstimationem, constat *ex* §. *si re aliena* 6. *in fin. supr. de legatis, & d. l.* 1. *in princip. ff. de rer. permutat.*

10 Cui non adversatur *l. si quis argentum* 35. *in princip. C. de donationib.* ubi ei, qui argentum donaverat, permittitur vel ipsum argentum, vel æstimationem ejus, utrum maluerit, præstare. *Nam* singulari donatoris favore receptum hoc videtur: ut, si pro re donatâ offerat precium, liberetur: quoniam cum eo, qui liberalitatem in nos exercuit, non ita rigide & strictè, sed aliquantò mitiùs, quàm cum aliis debitoribus agendam est, *arg* §. *sed & si quis* 38. *infr. de actionib. l. & exheredatum* 49. *& l. seq. ff. de re judicata.* Quod igitur speciali favore donantis receptum est, id ad consequentiam porrigi & extendi non debet, *l. quod vero* 14 *ll. seqq. ff. de legib.*

11 Non item adversatur, *l. Titia* 35. *in princip ff de auro & argent. legat* ubi pro certâ auri materia legata, æstimatio ejus ab herede præstari & solvi potest. *Quotiens* enim certum pondus auri vel argenti fuerit legatum, nec certa species auri vel argenti fuerit designata, sed simpliciter auri pondus fuerit legatum: ita jure constitutum est, ut heres pecuniam, in qua eadem sit æstimatio, dare possit, eiusque solutione liberetur: quoniam tale legatum magis in quantitate & æstimatione, quàm in corpore consistit. *l. cùm aurum* 19. §. 1. *ff. eodem tit.* ut proinde nihil intersit, æstimatio in auro sive argento, an verò in pecunia numerata solvatur, *l.* 1. §. 1. *l. cum certum* 9. *ff. de auro & argent. legat.*

12 Sic quoque non adversatur *l quotiens* 59. *cum l seq ff. de verb. obligat.* ubi licèt oleum in stipulationem fuerit deductum: nihilominus tamen promissor olei, liberationem consequitur præstatione æstimationis. *Quandoquidem* ibi æstimatio præstatur, non quòd pro re æstimatio solvi possit: sed quòd oleum talis merx sit cujus æstimatio, ratione temporis, alia deberetur. Ideoque si oleum in ea bonitate nequeat præstari, quæ retrò fuit, de æstimatione quærendum est. *Ita respondet D. Hunnius lib.* 3. *var. resol. jur. civil. tractat.* 8. *quæst.* 1, *in fine. ubi aliis etiam objectionibus occurrit. Atque easdem & nos refutavimus suprà ad principium tit. quib. mod. re contrahit. obligat num* 165. *& aliquot seqq. ubi alias quoque quæstiones, ad solutionis materiam pertinentes, accurate examinavimus.*

13 Cæterum tantum solvendum est, quantum quis debet: quoniam particularem solutionem, utpote quæ magna incommoda habet, invitus creditor regulariter jure recusat, *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de usur. l. Julianus* 13. *offerri* § 8. *ff. de actionib. empt. l. obsignatione* 9. *C. de solutionib. & liberat. Timæus Faber. disp.* 25. *ad Institut. Imperial. th.* 6. *D. Besold. in delibat. jur. . lib.* 46. *q. quæst.* 3. *p.* 179. Hancque sententiam plurimis tum rationibus, tum auctoritatibus munivimus suprà *ad d. princip. tit. quib. mod. re contrab. obligat. num.* 126. *& multis subseqq. Adde Justum Schütz exercitation. jur. disp.* 17. *th.* 14. *p.* 268. *& seq.*

14 Secundò de forma solutionis videndum. Ea autem in hoc potissimum consistit: ut solutio legitimo tempore, loco, modo, & causa fiat. Tempus illud & opportunum & constitutum censetur: idque intelligitur ex natura obligationis, quæ vel in diem est, vel conditionalis, vel pura. Si est in diem, hanc formam recipit: ut quod promissum est, sua die solvere debitor cogatur: ante diem non item. Quamvis enim ante diem nata sit obligatio: in suspenso tamen est actio, *l. obligationum* 44. §. 1 *ff. de obligat. & actionib.* Quod adeò procedit, ut ne ipso quidem die, in quem stipulatio collata est, peti possit:
cum totus ille dies arbitrio solventis relinquatur. § *omnis*
2. *supr. d. verbor. obligat. l. liber homo.* 118. §. *eodem.* Po-
test equidem debitor in diem, quod debet, etiam ante
diem volenti creditori rectè solvere: sed an invito, credi-
tori debitor ante diem solvere valeat, mirum in modum
controversum est? Et affirmantium sententia mihi verissi- 15
ma videtur. *l stipul. ista, habere* 38. §. *inter* 16. *& l. con-
tin.* 137. §. 2. *vers. nam & quod. ff de verb. oblig. l quod
cert.* 70. *ff. de solut. l. quod quis* 50. *ff de oblig. & actio l. intra
7 ff de re judic. l. cùm temp* 17. *in fin. ff. de reg jur. & similib.*
Quam sententiam pluribus fundamentis & rationibus sub-
struxi, Dominique Collegæ Boceri, inconsideratè dissen-
tientis *hic n.* 67. *cum multis seqq* argumenta abundè con-
tudi atque refutavi supra *in d. princ. tit. quib. mod. re con-
trab. oblig. n.* 101. *& seqq.* Porrò quod sub conditione 16
debetur: id, pendente eâ, ne volenti quidem creditori
utiliter solvi potest: idque ex hujus obligationis naturâ.
Unde, quod solutum ante conditionem est, quasi indebi-
tum repetitur. *l. sub conditione* 16. *l quòd si ex* 18. *l. qui pro-
misit.* 48. *ff. de condict. indebit.* Cæterum si pecunia ita so-
luta non repetatur, existat autem conditio: confirmatur so-
lutio, ut debitor liberatus censeatur, non à tempore con-
ditionis existentis, sed conventionis. *l sub conditione* 16.
ff. de solutionib. Quod autem pure quispiam debet, con- 17
festim solvere tenetur. *d.* §. *omnis* 2. *supr. de verb. obligat.
l. in omnibus obligationibus* 14. *ff de reg. jur.* nisi locus ad-
jectus sit solutioni *l. olim, qui Calend.* 41. §. 1. *ff. de verb.
obligat.* vel obligatio ex re ipsa dilationem capiat: veluti
si futuri arborum, vel animalium fructus promittantur.
Humanum quippe est, tantum temporis dari, quo res
conquiri, commodèque solvi queat. §. *ultim. supr. de in-
utilib. stipulat. l. interdum* 73. *ff. de verb. obligat. Brisson.
d. Commentar. de solution. lib* 1. *pag. mihi* 241.

Locus dissolvendi debiti, aut ab initio constitutus est à 18
creditore & debitore: aut non est constitutus. Quòd si di-
ctum sit, quo loco debitum præstari debeat: alia atque
alia creditoris, & debitoris est ratio. Creditor enim alio
etiam loco, quàm quo solvi convenit, quod sibi debetur,
petere potest actione arbitrariâ. *l.* 1. *ubi Donell. & tot. tit.
ff. de eo, quod certo loco dari oportet.* Debitor autem invi-
to creditori alio in loco, quàm de quo convenit, regula-
riter solvere nequit. *l.* 2. §. *idem Julian.* 7. *& l. penult. ff.
d. tit. l. usuras.* 8. *Cod. de solutionib. Dn. Collega Bocer. hic
num.* 52. *cum seqq. pag.* 534. *& d class.* 4. *disput.* 19. *th.*
37. Sin de loco nihil inter contrahentes est actum: distin-
guendum erit, resné certa sit, quæ debetur, an incerta.
Priore casu eo loco præstabitur res, in quo sita est, nec
alibi ad creditorem eam traducere debitor cogetur: poste-
riore, in loco vel contractûs, vel domicilii solvetur. *l.
quod legatur* 38. *ibique Bartol. & alii. ff de judic. D. Bocer.
in hoc* §. *num.* 60. *pag.* 534. *& Althus. d. lib.* 2. *dicæolog.
cap.* 14. *num.* 64. *& seq. pag.* 572.

Modus solutionis in eo versatur, ut perfectè & plenè 19
fiat, tam ratione rei solvendæ, quàm ipsius juris transfe-
rendi. Ad solutionem perfectam, ratione rei solvendæ
hoc pertinet: ut præstetur res talis, qualis est promissa,
& ut præstetur integra, *de quo jam dictum suprà num:* 7.
& seqq. Ratione juris transferendi duo sunt necessaria: I.
Ut res soluta fiat accipientis: *l. qui sic solvit.* 55. *l. si quis
duos* 67. *ff. de solution.* II. Ut ita apud eum maneat, ne 20
ullo jure auferri possit. *l. non vident.* 167. *in princ. ff. de reg.
jur.* Proinde qui hominem debet, statuliberum solvens,
vel noxæ deditum vel pignoratum, vel eum, in quo alie-
nus usufructus est, non liberatur. *l. Neratius* 63. *ff. de
condict. indebit. l. qui sibi* 33. *in princ. l. cùm quis* 38. § *qui
hominem* 3. *& l. qui decem.* 72. §. *qui hominem. ff.* 5. *de solution.
Donell. lib.* 16. *Commentar. de jur. civ. cap.* 11. *p.* 666.

Nec obstat *l. statuliberum* 9. §. *illud tractatum* 2. *ff. de* 21
statuliberis. ubi Ulpianus Octavenum putasse refert: eum,
qui servum Stichum promisit, liberari, si statuliberum
factum solvat. *Nam* licet Antonius Faber. *lib.* 2. *conjectur.
jur. civ. cap.* 7. horum responsorum conciliationem pro-
babilem nullam afferri posse asserat, & Accursii, alio-
rumque solutiones operosè refellat: tamen ad isto-
rum locorum explicationem hoc verisimiliter dici
posse videtur: debitorem *in dict. l.* 9. idcirco libera-

Digitized by Google

tum esse; quòd post solutionem statuliberi factam credito-
ri, ipse statuliber fuerit perductus ad libertatem. Quo ca-
22 su rectissime Ulpianus & Octavenus Jurisconsulti respon-
derunt: debitorem esse liberatum. Namque pro regulâ
traditur: debitorem liberari, quoties sine facto aut
culpa ejus accidit, ut res promissa solvi non possit: velu-
ti si res profana, quam promisit, religiosa esse cœperit;
vel servus promissus ad libertatem pervenerit. §. 2. *supr.
de inutilibus stipulat. inter stipulantem* 83. §. *sacram.* 5. *ff.
de verb. oblig.* Idque in specie dictæ *l.* 9. §. 2. *ff. de statu-
liber.* statim post solutionem factam evenisse, ex his colli-
gitur verbis: *nam etsi ante solutionem ad libertatem perve-
nisset, extingueretur obligatio tota.* Quasi diceret Jure-
consultus: si ante solutionem servus promissus ad liberta-
tem pervenisset: faterentur sanè omnes, liberatum esse
debitorem. Idem igitur hoc in casu dicendum, quo ser-
vus post solutionem consecutus est libertatem. Hac in-
terpretatione adhibitâ, facile *ad prællegatam l. Neratius*
63. *ff. de condict. indebit.* (*& similes*) responderi pote-
rit: in eâ nimirum servum promissum statuliberum esse
solutum, & post solutionem statuliberum adhuc man-
sisse, nec ad libertatem perductum fuisse. Hoc casu me-
ritò Neratius decidit: debitorem non liberari, quod ple-
nè & perfectè stipulatoris hominem non fecerit. Præsup-
ponit autem, *ut modo monitum*, Neratius: hominem
nondum libertatem adeptum esse. Quo posito, recte
infert: debitorem, cum neque dominium hominis in
creditorem, pleno jure transtulerit, neque is homo eum
ad casum redactus sit, quo promitti non potest, neu-
tiquam liberari. *Sed videntur Jacob. Cujacius tractat.*
7. *ad African. in explicatione d. l. cum quis* 38. §. *qui
hominem* 3. *ff. de solutionibus. & Hunnius d. lib.* 3. *var.
resolut. jur. civ. tract.* 8. *quæst.* 3. *Qui textus istos pri-
mâ facie repugnantes aliter conciliare & in concordiam re-
digere nituntur.*
23 Solutio denique fieri debet ex eâ causa, ex qua agi-
tur, non aliâ. Hinc si quis, quod alterius causa solvere
necesse habet, solvit nomine proprio: nec se ipsum, nec
alterum, pro quo solvere debuisset, liberat. *l. Cassius.* 17.
ff. de solution. l. cùm uxor. 82. *ff. de jure dot. d. l. inter sti-
pulantem* 83. §. *si rem* 6. *ff. de verb. obligat.* Et tantum de
formâ stipulationis.
24 Tertiò dispiciamus de iis, qui solvere possint. Solvere
possunt omnes, quibus rerum suarum administratio non
adempta est, *l. quod si forte* 14. §. 1. *& l. seq. ff. de solutio-
25 nibus.* Adimitur autem aliis propter ætatem: aliis propter
animi defectum: aliis propter mores perditos: aliis propter
potestatem Dominicam: aliis propter reatum. Propter æ-
26 tatem, solvere nequeunt pupilli. Cùm enim solutio sit
alienationis species; pupillis verò absque tutoris auctori-
tate alienare nihil liceat: utique nec solvere sine eâ pote-
runt, *l. obligari* 9. §. *pupillus* 2. *ff. de auctorit. & consens.
27 tutor.* §. *ultim. supr. quib. alien. lic. vel non.* Quod si tamen
pecunia, sine tutoris auctoritate soluta, à creditore bo-
nâ fide consumpta fuerit: utilitatis causa in tantum solu-
tio confirmatur, ut pecunia illa nec vindicari amplius,
nec condici possit, *d. l. quod si forte* 14. *in fine. ff. de solu-
tionibus.* Pupillis similes sunt minores, curatores haben-
tes: sine quorum consensu & illi solventes nihil agunt.
Sin curatores non habeant: in solutione tamen læsi de-
prehendantur: restitutionis beneficio uti queunt. *l. si cu-
ratorem.* 3. *C. de in integr. restitut. minor. Eaque de re in-
spiciatur Donell. d. lib.* 16. *Comment. de jur. civ. c.* 10. *&
ibidem Hilliger. ad lit. B & F.* Nec prædictis obstat textus
in *l. interdum* 29. *in fin. ff. de condict. indebit.* ubi dicitur,
consumptis nummis, quos pupillus sine tutore suo; vel
prodigus absque curatoris consensu solvit creditori, eos
per condictionem indebiti jure repeti. *Illud* enim aut acci-
piendum est de eo, qui indebitum solvit, *secundum Dua-
renum ad tit. Cod. de reb. cred. cap.* 3. aut intelligendum
est, de nummis, malâ fide consumptis, *secundum D. Boce-
28 rum hic num.* 28. *pag.* 531. Ob animi defectum solvere
haud possunt furiosi: & ob mores perditos prodigi: quia
ut illi desipiunt animis: ita hi moribus; & quod ad bona
ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, *l. his, qui* 12.
29 *in fine ff. de tutoribus & curatorib. datis ab his, &c.* Pro-
pter potestatem dominicam ex contractu, dominis insciis

facto, solvere prohibentur servi. Solutio quippe obliga-
tionem jure subsistentem præsupponit: quæ cum regula-
riter non fit in servis: solutio inde facta nulla erit *l. in
personam.* 22. *in princ. l. quod attinet.* 34. *ff. de reg. jur.* &
propterea solutum dominus vindicabit. *l. servus* 19. *ff. de
fidejussorib.* Enimverò istam prohibitionem certis quibus-
dam casibus cessare, palam est: I. Si liberam peculii admi- 30
nistrationem servi habuerint, & ex eo solverint. *l. egidi* 84.
ff. de solutionib. II. Si solutionem, ab iis factam ratam do-
mini habuerint. *l. si servus* 66. *ff. de fidejussorib.* III. Si pe-
cuniis mutuò dandis actores præpositi fuerint, ex eaque
causa creditoribus dominicis solverint. *l. si is, cui* 94. §. *fin.
ff. de solutionib.* Tandem ob reatum non solvunt perduel- 31
lionis, majestatis læsæ, repetundarum rei postulati. *l. ex
judicior.* 20. *ff. de accusationib. l. quisquis* 5. *Cod. ad leg. Jul.
majestat.* quia ejusmodi alienationes in fraudem Fisci fiunt.
Quod tamen ad alios, extra has causas, reos postulatos 32
extendi non placet; cum odiosa restringenda potius sint,
quam extendenda. *l. penult. ff. de pœn. c. odia* 15. *de reg. jur.
in* 6. *Eaque de re videatur Vultejus libr.* 1. *Jurispr. Rom. cap.*
53. *n.* 2. *& seqq.*
Quibus itaque libera rerum suarum administratio com-
petit, ii solvunt aut pro se & suo nomine, aut nomine al-
terius. Suo nomine qui solvunt; vel ratione debiti pro-
prii hoc faciunt, vel ratione alieni, in se tamen suscepti,
debiti. Ratione debiti proprii solvunt debitores principa-
les, iique vel mares, vel fœminæ. Ut enim hæ personæ 33
omnes contrahendo sibi obligationem acquirunt: ita suo
nomine, quod ex illâ obligatione debent, rectè solvunt
l. sed si ego 4. *ff. & l.* 2. *Codic. ad Senatusconsul. Velleian.*
Ratione debiti alieni, in se suscepti, solvunt fidejussores. 34
l. ubi fidejuss. 24. *ff. de solut.* debitores delegati. *l. si quis de-
legaverit.* 12. *ff. & l. si pater.* 5. *C. de novation.* constituen-
tes. *l. promissor.* 21. §. *ult. ff. de constit. pecun.* heredes seu
successores universales: qui & supra vires hereditarias, spre-
to inventarii beneficio, tenentur. *l. fin.* §. 2. *&* 4. *C. de jure
deliberandi.* Quibus annumerari poterunt successores in
beneficio ecclesiastico: qui & ipsi prædecessorum suorum
debita, pro Ecclesiæ necessitate contracta, solvere cogun-
tur. *c.* 1. *extra de solution.* Sed & inter eos, qui in jus alte-
rius succedunt, nonnunquam est Fiscus, ad quem bona
debitoris devoluta sunt: ac propterea solvens liberat se-
ipsum, & fidejussorem principalis. *l. si indebitam* 15. *Cod.
de fidejussor. l.* 2. *Cod. ad leg. Jul. de vi public.* Porrò
debitor ab obligatione liberatur non solùm, si ipse sol-
vat: sed & si nomine ejus solvat alius, *per hoc principium
nostrum. vers. nec interest, &c. l. nulla* 5. *& l. manifesti* 17.
C de solutionib. Id quod vel ex mandato, vel ex admini- 35
stratione sibi concessâ, vel sine mandato fieri solet. Ex
mandato pro aliis solvunt procuratores negociorum, tam
generales, quàm speciales: dummodo, si generales sunt,
talia solvant debita, quæ exactionem habeant; non etiam,
quæ solam retentionem: cùm verisimile non sit, dominos
talium debitorum solutionem mandaturos. *l. quodlibet.* 87.
l. si is, cui 94. *circa finem. ff. de solutionib. & argum. l. obli-
gat.* 6. *ff. de pignorib. & hypothec.* Ex administratione, quam
in bonis debitoris habent, rectè solvunt tutores & curato- 36
res, pro pupillis & adolescentibus, eosque liberant: sive
extraneis creditoribus, sive sibi ipsis tanquam creditori-
bus solvant. *l. quotiens.* 9. §. *sed si* 4. *&* 5. *ff. de administrat.
& peric. tutor.* Sine mandato autem solvit quilibet alius, 37
pro debitore non solùm sciente, sed etiam ignorante &
invito, ita ut liberatio inde contingat, *hoc principio nostro,
vers. sive sciente, &c. l. solutione.* 23. *l. si pro me* 40. *l. solve-
re,* 53. *ff. de solutionib. & l. solvendo.* 39. *ff. de negoc. gest.*
Ubi Cajus hanc rationem subjungit: quia naturalis simul
& civilis ratio suadet, alterius etiam absentis & dissentien-
tis meliorem nos facere conditionem posse: deteriorem non
posse. Et licèt inter hos nulla sit, quoad liberationem, dif-
ferentia: dispar tamen, quoad repetitionem, utriusque est
ratio. Etenim pro invito solventi in totum repetitio de-
negatur: cùm donasse censeatur. *l. si remunerandi* 6. §. 2.
l. si pro te præs. 40. *l. qui fide* 53. *ff. mandat. l. ult. C. de negoc.
gest.* Ei verò, qui pro ignorante utiliter solvit, adversus eun-
dem parata negociorum gestorum actio est: qua quod so-
lutionis causa sibi abest, consequitur. *l. cùm pecun.* 43. *ff.
dict. tit. Phil. Knipschilds. exercit. Acad.* 13. *quæst.* 1. *p.* 453.
Præ-

38 Prædictis non obstat vulgi ore trita regula: quòd invito beneficium non conferatur. *l. hoc jure* 19. §. *non potest*. 2. *ff. de donation. l. invito* 69. & *l. invitus* 156. *in fin. ff. de reg. jur.* Nam regula ista accipienda est de eo beneficio, quod ad solum illum, qui istud recusat, pertinet. Atqui solvi pro debitore, etsi non videatur exiguum ejus beneficium esse, non est tamen ipsius solius beneficium: sed creditoris etiam utilitatem & favorem concernit: ut cujus maximè intersit creditum recipere, debitumque exsolvi, *monente hic Marcilio*. Is siquidem, velut obligationis dominus, ut distrahere sive vendere eam, invito debitore potest: ita & solvere. *l. nomina* 17. *ff.* & *l. nominis* 3. *C. de hered. vel actione vend. Wesenb. hic n.* 3. & *D. Bocer. n.* 21. & *seq. p.* 531.

39 Similiter non obstat, quod nemo invitus obligetur. *l.* 1. §. *conventionis* 3. *ff. de pact. l. quæcunque* 11. & *l. in omnib.* 55. *ff. de oblig.* & *action. l. sicut. initio* 5. *Cod. eod.* Nihil autem tam naturale sit, quàm unumquodque eo modo dissolvi, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur. l. prout quidque* 80. *ff. de solution.* Ac proinde quemadmodum invitus nemo obligatur: ita quoque nemo invitus
40 obligatione liberetur. Hoc, *inquam*, non obstat. Quoniam à contrahendâ obligatione ad obligationem dissolvendam non valet consequentia: cùm semper faciliores & proniores esse debeamus ad liberandum, quàm ad obligandum. *l. Arrianus* 47. *ff. de oblig.* & *action.* Quin & ideo non licet hic à contrahendâ obligatione argumentari ad obligationem dissolvendam: quia utriusque diversissima ratio est. Nam cum de obligatione contrahenda quæritur, de ipsius præcipue debitoris interesse & præjudicio agitur. At cùm de eâ dissolvenda quæstio instituitur: inprimis tractitur de interesse ac præjudicio ipsius creditoris. Unde illud à voluntate & arbitrio debitoris; hoc verò potissimùm à voluntate creditoris dependet, *ut docet Hunn. d. lib.* 3 *var. res. jur. civ. tract.* 8. *quæst.* 2. *ad fin.*

Quartò videamus, quibus solvi possit. Inter eos au-
41 tem quibus potest solvi, sunt tum creditores ipsi, horumque successores: tum qui creditorum loco habentur: tum ii, quibus à creditoribus, ut solutionem reciperent, mandatum est. Creditoribus ipsis sine dubio rectè solvitur: quia hi sunt, quibus ex obligatione debetur: & ad solutionem nihil interest, manserintnè in conditione suâ, an eandem post solutionem mutârint *l. filius* 90 *ff. de solutionib.* Cùm verò non semper uni, sed duobus in-
42 terdum, vel pluribus ex eodem debito aliquis sit obligatus, quemadmodum solutio utiliter tum fiat, quæritur? Et dispiciendum putamus: sintnè plures illi rei credendi in solidum constituti; an non. Si in solidum: debitor alterutri solvens ab utroque liberatur. *l.* 2. & 3. *in fine. ff. de duob. reis constituend.* modò utiliter ambo sint stipulati. Alteri enim ex correis inutiliter stipulanti non rectè solvitur: cùm ex ea stipulatione promissorem obligatum non habeat. *l. si duo rei* 128. *ff. de verb. oblig.* Idem est, si alter solutionem à debitore antè judicio petierit: vel promissor alteri se soluturum constituerit. His, *inquam*, casibus alteri solvens promissor non liberatur. *l. ex duob.* 16. *ff. de duob. reis constituend. l. id. est.* 10. *ff. de constit. pecun.* Quòd si non in solidum plures rei sint constituti; omnibus est solvendum: & propterea qui patri sine filiâ, vel filiæ sine patre, dotem post divortium solvit, non liberatur. *l. qui hominem* 34. § *si gener.* 6. *l. si filia* 65. *ff. de solutionib.* Atque isto quidem modo creditoribus ipsis solvitur: sub eâ tamen conditione, quæ & solventibus suprà *n.* 24. & *seqq.* fuit annexa: *nisi eis bonorum alienatio sit interdicta.* Nam etsi non alienare, sed acquirere potius is videatur, qui solutum recipit: tamen in hac ipsâ acquisitione latet alienatio illius actionis, quâ debitorem sibi obstrictum & obnoxium creditor habebat: cùm ipsa distractio quodammodo contractus censeatur. §.
43 *penult. supr. de oblig quæ quasi ex contractu nascunt.* Et sane de furioso certum est: quod ei, ne tutoris quidem auctoritate interveniente, solutio fieri possit: cùm ejus nullus sit consensus, quem tutoris apposita auctoritas confirmet. *l. in negotiis* 5. *ff. de regul. juris.* Prodigus autem ut non solvere; ita nec solutum sine curatoris consensu recipere potest, *sicuti annotatum supra n.* 28. Pupillis porrò solvunt debitores, vel cum tutoris auctoritate; vel sine eâ.

Et priore casu liberatio eis ipso jure contingit: tametsi 44
pupillus, si damnum aliquod inde sentiat, in integrum restituatur *l.* 2. & *tot. tit. Cod. si tutor. vel curator intervenerit.* Hujus restitutionis metus tum cessat, quando reditus annui, annuæque pensiones, item usuræ ad modum legitimum pupillis solvuntur: item, quando aliarum rerum solutionem sententia sive decretum judicis præcedit. *l. sancimus* 25. *ubi Gothofred.* & *l. constitutionem* 27. *Cod. de administrat. tutor. vel curator.* Posteriore casu, hoc est, sine auctoritate tutoris solventes regulariter non liberantur. Bene, *regulariter*: siquidem liberatio interdum solutionem absque tutoris auctoritate factam sequitur: idque vel ipso jure, vel exceptionis ope. Ipso jure: si solutionis tantùm gratia stipulationi pupilli sint adjecti. *l. si stipulatus fuero* 11. *ff. de solutionib.* item si solutionis actum, judicis decretum præcesserit: quia illud defectum tutoris supplet. *l. ait prætor.* 7. §. 2. *ff. de minorib. l. si infanti* 18. *in fin. C. de jur. deliberandi.* Ope exceptionis liberantur debitores, si in commodum pupillorum solutio facta sit, & pecunia numerata vel adhuc sit salva, vel in rei necessariæ acquisitionem collata, quam aliàs necessariò de suo empturi erant. *l. pupillo* 15. *l. in pupillo* 47. & *l. si pupilli* 66. *ff. de solut. l. apud Celsum* 4. § *si quis pupillo* 4. *ff. de doli mali,* & *met. except.* § *nunc admonendi* 2 *vers. pecuniam autem salvam. supr quib. alien. licet, vel non.* Præterea solutionem, mino- 45
ri 25. annis curatoris auctoritate & decreto judicis factam, plenissima liberatio sequitur: nec, si læsus maximè deprehendatur, in integrum restitutionem metuere solvens necesse habet. *d. l. ait prætor.* 7. § 2. *ff. de minorib.* Secus, quam fit in venditione, vel rerum alienatione: adversus quam, etiam cum consensu curatoris, aut ex prætoris decreto factam, minor restitutionem obtinet *l. si quidem* 11. *C. de prædiis* & *al. reb. minor. sine decreto non alienand.* Atque illa omnia explanatius persequuntur *Franciscus de Caldas in Comment. ad l. si curator.* 3. *in verb. læsis. C. de in integr. restit. minor.* 25. *annis. n.* 57. *cum seqq. Donell. d. l.* 16. *Comment. de jur. civ. c.* 10. *p.* 655. *cum seq. B. Brisson. lib.* 1. *de solut. p. mihi* 212. & *seqq. edit.* 1. *pluresque alii, quos retulimus* & *secuti sumus in d.* §. *nunc admonendi* 2. *supr. quibus alien. licet vel non n.* 29. & *seqq.* Quanquam autem illam, uti verissimam, ita communiter ab omnibus receptam sententiam (quâ statuitur, debitorem pupillarem, pupillo cum tutoris auctoritate solventem, tum demum consequi liberationem plenissimam, & in integrum restitutioni minimè obnoxiam, si solverit judicis præcepto ac decreto præcedente) vehementissimè impugnant Anton. Faber *in Rationali ad d. l. ait prætor.* 7. *lit. P. ff. de minorib.* & *lib.* 17. *conjectur. jur. civ. c.* 13. & *t.* 1. *Jurisp. Papinian. t.* 12 *princ.* 7. *illat.* 43. ejusque individuus asser- 46
tor & assecla Gaspar Schifordegher. *lib.* 1. *ad Anton. Fabr. tract.* 16. *q.* 1. & *seqq. item lib.* 3. *tract.* 22. *q.* 4. & *seqq.* attamen conclusio isthæc apertissimè probatur *per d. l. sancimus* 25. *C. de administrat. tutor. vel curator.* ubi Imp. Justinianus ad hoc, ut solutio, pupillo vel adulto facta, plenissimam pariat securitatem sive liberationem, nec amplius inquietari debitor possit, omnino sententiam & decretum judicis requirit: hacque subtilitate solutionem faciendam, perspicuè sancit & præcipit. Quare si requisitum istud defecerit, nec sententia judicis, ejusdemque cognitio & decretum intervenerit: solutio plenissimam liberationem haud pariet: sed debitor pupillaris adhuc inquietari poterit.

Ad hanc constitutionem respondent quidem modò nominati adversarii: illam de eo casu esse accipiendam, quo nullus adhuc sit tutor vel curator, cujus auctoritas in solutione possit intervenire: atque adeò ob eam causam fuisse necessariam constitutionem favore debitoris, ut si fortè haberet interim pecuniam in numerato, cujus amittendæ casum aliquem & periculum vereretur, non cogeretur in obligatione remanere, sed posset æquè tutò non solùm minori, sed etiam pupillo solvere, atque si solveret tutori vel curatori. Idque colligi putant ex initialibus constitutionis verbis illis; *creatione tutorum* & *curatorum cum omni procedente cautela*: hoc est, dum proceditur ad creationem tutorum vel curatorum cum diligenti inquisitione. *Verùm* illorum verborum alius non est sensus, quàm tutoribus ritè ac legitimè constitutis aliter solvi tutò non posse

Digitized by Google

47 quàm judicis jussu ac decreto prævio. Huncque intellectum non parum juvat *d. §. nunc admonendi 2. vers. Ideoque si debitor. supr. quib. alien. licet, vel non.* ubi idem Imper. Justinianus interpres verborum suorum omni exceptione potior diserte sua constitutione se disposuisse testatur: *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia, sine omni damno celebrata, hoc permittat: quo subsecuto, si & judex pronunciaverit, & debitor solverit: sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas.* Nec audiendi hic sunt dissentientes, qui largiuntur, hunc §. loqui quidem de pupillis, habentibus tutores, sed tutorum auctoritatem solutioni non adhibentibus. Nam præterquam quòd hoc divinatorium est, etiam expresse ex ipso textu refellitur. Cum enim *in vers. ideoque si debitor, &c.* dixisset Justinianus, necessariam esse debitori tutoris auctoritatem: in continenti subjicit, hoc evidentissima ratione statutum esse in constitutione *dicta l. 25. Cod. de administ. tutor. vel curat.* eâque dispositum, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia hoc permittat. Loquitur itaque præfata constitutio *in d. l. 25.* de pupillis & adultis, tutores vel curatores habentibus, ipsorumque auctoritate & consensu solutionem accipientibus. Ac certè nisi Justinianus *in d. l. 25.* de solutione, tutoribus sive curatoribus, vel pupillis sive adultis auctoritate tutorum & consensu curatorum factâ loqueretur: nihil quicquam novi istâ suâ constitutione introduxisset: cùm jam ante indubitati juris fuerit, pupillum tutore destitutum nullum penitus negocium expedire posse, nisi si quando tutoris defectum, judicis sententia suppleat. *d. l. ait prætor. 7. §. 2. vers. quid tamen. si prætor. ff. de minorib. d. l. pupillo. 15 ff. de solut. & d. l. si infanti. 18. in fine. Cod. de jure deliberandi.* Idque ex professo declarant *Oswaldus Hilliger. in Donello enucleat. lib. 16. c. 10. lit. F. & Hun. d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 8. q. 6.*

48 Hanc decisionem non infringit *l. Lucius 46. §. tutela 5. & §. fin. ff. de administr. & peric. tutor.* item *l. quod si forte 14. §. 1. & l. pupilli 96. in princ. ff. de solutionib.* ex quibus constat, debitores pupillares, absque judicis decreto, tutoribus rectè solvere, & ex hac solutione ipso jure liberari: & consequenter restitutionem in integrum adversus
49 illos dandam non esse. Tum quia adversus liberatum actio vel restitutio non datur. *l. 1. Codic. de contrario judicio tu-*
50 *telæ.* Tum quia obligatio, quæ semel ipso jure perempta fuit, ex eventu nunquam reviviscit. *d. l. sancimus 25. vers. non enim debet. Cod. de administrat. tutor. vel curat.* Etsi enim obligatio per solutionem ipso jure extincta sit, adeòque debitori liberatio contigerit: inde tamen non protinus sequitur, quòd restitutioni in integrum locus ampliùs non relinquatur. Contrarium quippe arguit *totus tit. C. si adversus solutionem, &c.* in quo necessariò præsupponendum est, solutionem rite ac legitimè esse factam, eamque obligationem ipso jure esse dissolutam. Nam alioqui restitutioni in integrum locus non foret, utpote quæ dari non assolet, nisi adversus ea, quæ jure valuerunt, effectumque habuerunt. *l. in causa. 16. §. 1. ff. de minorib.*

51 Minùs conclusionem nostram evertit, quòd cum tutoribus, tanquam personis minimè suspectis, regulariter non malè contrahatur, etiamsi non sint solvendo. *l. illud. quæritur. 4. in fine. ff. de evictionib. l. cùm plures. 12. §. 1. ff. de administrat. & peric. tut.* ac proinde quòd rectè & consultè cum pupillo, tutore auctore, gestum fuerit, per restitutionem in integrum non rescindatur. *Licèt* enim cum tutoribus & curatoribus, cùm non sint personæ suspectæ, contrahere fas sit: si tamen cum illis quid factum & contractum, aut negocium aliquod initum sit, ex quo minor sive pupillus damnum aut læsionem sentiat: restitutio in integrum adversus id, quod vel cum tutoribus & curatoribus, vel cum minoribus, tutorum & curatorum auctoritate accedente, gestum est, ipsis minoribus competit. Hoc siquidem evidenter probat *l. ultim. & totus tit. Cod. si tutor vel curator intervenerit.*

52 Multò minùs enedullat assertionem nostram, quòd unaquæque res pereat domino, & periculo domini. *l. quæ fortuitis 6. Cod. de pignor. act. l. si ex legati causa 23. ff. de verb. obligation. l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. quod te mihi. 5. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Jam verò pecunia tutori soluta, in ejus quodammodo dominium transit. Ergo pariter pecunia postea deperdita, periculo tutoris incumbet. *Etenim* respondetur per negationem consequentiæ. Primò 53
enim quòd tutori non pereat pecunia, vel inde manifestum efficitur, quòd ipse non est dominus rerum pupillarium, sed quasi dominus, vel domini loco, scilicet quoad administrationem, non verò ulteriùs. *l. interdum. furt. 56. §. qui tutelam 4. ff. de furtis. l. tutor, qui 27. ff. de administrat. & peric. tutor.* Deinde licet pecunia tutori ipsi, nomine pupilli, soluta pereat; ita ut pupillo adversus eum actio detur: non tamen ex eo consequens est, eidem pupillo adversus debitorem, ad rescindendam solutionem, non dari in integrum restitutionem, *arg. d. l. ult. Cod. si tutor vel curator intervenerit.*

Minimè omnium sententiam nostram turbat *l. verum.* 54
11. §. item non restituetur. 4. ff. de minorib. 25. annis. ubi expressè scriptum est, eventum damni restitutionem non indulgere, sed inconsultam facilitatem. Si ergo restitueretur minor, ad eam ipsam pecuniam iterum exigendam, cujus solutionem jam semel, curatore auctore, accepisset, sive casu aliquo fortuito, sive ob minoris facilitatem, pecunia deperdita proponeretur: eventus damni, non inconsulta facilitas, restitutionem indulgeret. *Respondetur enim:* quando dicitur, minorem adversus solutionem, tutoris vel curatoris auctoritate factam, restitui, semper præsupponi, quòd facilitate & imbecillitate judicii damnum acceperit minor ex solutione illâ: eò quòd judicii imbecillitate vel malè consumpserit, vel perdiderit pecuniam: id quod etiam probandum minori incumbit. *d. l. ait prætor. 7. §. non solum 3. in fine. ff. de minorib. l. nam postea quam. 9. §. si minor. 4. ff. de jurejurando.*

Prædictam insuper conclusionem nequaquam hebetat *l.* 55
solutam. 49. vers. tutori quoque ff. de solutionib. ubi Marcianus scribit: proficere debitori solutionem, si pecunia soluta sit tutori, vel curatori. Si igitur ejusmodi solutio debitori proficit: adversus debitorem restitutio in integrum impetrari non poterit. *Nam respondemus*, consequentiam negando. Quamvis enim solutio, tutori facta, prosit & proficiat debitori ad liberationem: haud tamen ex eo consequitur, adversus eundem debitorem, pupillo læso, in integrum restitutionem non accommodari. Equidem adversus illos solummodo actus, qui ipso jure efficaces fuerunt, prætor in integrum restitutionem concedit: quoniam ad ea, quæ jure non valuerunt, frustrà in integrum restitutio daretur, *d. l. in causa. 16. §. 1. ff. de minorib. 25. annis.*

Præterea non convellit opinionem nostram, quòd ini- 56
què cogeretur debitor solvere, si adversus eum, tutori solventem, daretur restitutio in integrum. Atqui debitor pupillaris tutori, aut pupillo, auctoritate tutoris interveniente, solvere cogitur. *d. l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib. 25. an. l. contra juris 28. in princ. ff. de pact. d. l. pupillo. 15. ff. de solutionib. cum concordantibus.* Igitur adversus eum restitutio in integrum non tribuitur: cùm nihil quicquam ei imputari possit, quòd solverit. *Respondetur etenim*: debitorem quidem cogi solvere, sed non cogi, ut solvat sine judicis cognitione jussu atque decreto: id quod evidentissimè cautum est *in d. l. sancimus. 25. Cod. de administrat. tutor. vel curat. & d. §. nunc admonendi. 2. supr. quibus alienare licet vel non.* Quod si hoc salutari medio, à jure sibi subministrato, nonnullus fuerit debitor; sed sine judiciali sententiâ solverit: utique non habet, quòd de ullâ iniquitate conqueratur, si quid detrimenti inde passus fuerit: cùm hoc universum sibi potius imputare debeat. *Hilliger. d. lib. 16. cap. 16. lit. F. pag. 1483.*

Ad extremum, supra positam conclusionem neuti- 57
quam destruit, quòd qui potest exigere, idem & liberare possit, *arg. l. rescriptum 10. §. ult. & l. seq. ff. de pact. & l. vero procuratori 12. ff. de solutionibus.* Sed tutori, vel pupillo, tutore auctore, permissum esse debitum pupillare exigere, non dubitatur. Ideòque etiam illi solutionem exigendo & accipiendo liberare possunt. Hoc, *inquam*, conclusionem nostram neutiquam destruit. Quia liberaliter & ultrò concedimus, tutorem accipiendo debitum liberare posse: inde verò haudquaquam sequitur, quòd adversus hanc liberationem in integrum restitutio læso pupillo non detur, *ut ex supra dictis claresc it. Et ita respondet D. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 8. quæst. 7. circa finem.* Hæc de creditoribus ipsis, quibus rite solvitur.

Plana

58 Planè & heredibus creditorum rectè solvi indubitatum
est: cùm in jus obligationis succedant. *l. heredem. 59. & l.*
heredit. 62 ff. de reg. jur. Et si plures sint, pro parte he-
reditaria cuique solutio fiet. Unde si major pars heredum
interpellet, & depositum repetat: consultius facturum
eum putamus, qui magistratus jussu interveniente solvat.
l. si stipulatus sim. 81. §. 1. ff. de solution. Brisson. lib. 1. de
solut. p. 223. edit. 1.

59 Pro creditoribus habentur, eorumque loco sunt, tuto-
res, curatores, procuratores, filiifamilias peculium ha-
bentes, & servi actores: quibus an, & quando rectè sol-
vatur, breviter cognoscendum. Rectè autem tutoribus
solvi, liquet *ex l. quod si forte. 14. §. 1. 3. 4. 5. & 6. ff. de so-*
lution. quia hi dominorum loco, circa rerum pupillarium
administrationem, habentur. *d. l. tutor. qui 27. ff. de ad-*
minist. & peric. tutor. l. qui fund. 7. §. si tutor. ff. pro empt.
d. l. interd. 56. §. qui tutel. 4. ff. de furt. l. is, qui in pu-
tanum 11. §. ac cognoscitur 7. ff. quod vi aut clam. Eadem ra-
tio est in curatore: sive minori, sive furioso, vel prodi-
go, vel muto, vel surdo, vel cœco datus fuerit. Nam &
huic rectè solvitur, quamdiu administrandi potestatem
jure concessam habet. *d. l. quòd si 14. §. curatori 7. l. solut.*
60 *49. v. tutori quoq. & l. servus 68. ff. de solutionib.* Procu-
rator porrò vel verus est, vel falsus: & verus aut generalis,
aut specialis. Vero & generali procuratori rectè solvi, e-
tiam absque ratihabitione domini, non valde ambigitur.
l. si procur. 6. §. Celsus. ff. de condict. indebit. d. l. rescript.
10. §. pu junct. l. seq. ff. de pact. l. qui homin. 34. §. si Titium 3.
ff. de solution. Speciali procuratori, de certo debito exi-
gendo mandatum habenti, illud ipsum debitum, non a-
liud, ritè solvitur: alioqui fines mandati procurator exce-
deret: quos tamen diligentissimè custodire debet. *l. dili-*
genter 5. in princip. l. potest. 41. ff. mandati. d. l. vero pro-
curatori 12. in princip. ff. de solutionib. Hinc procuratori
ad lites dato, nec ante, nec post rem judicatam, rectè solvi
regulariter, responsum est. *l. hoc jure utimur 86. ff. eod. t.*
61 *l. si proc. 28. ff. de procurat.* Falso item seu putativo pro-
curatori; seque sine mandato alienis negociis offerenti,
non rectè solvitur: & solventes ei, à creditore non libe-
rantur. *d. l. qui homin. 34. §. si nullo 4. l. si quis offer. 58.*
ff. de solut. Hujusmodi tamen solutio convalescit duobus
casibus: I. Si ad creditorem pecunia, falso procuratori
data, pervenerit. *l. debitores 28. d. l. qui homin. 34. §. si predo.*
9. ff. d. tit. II. Si Dominus illam solutionem ratam habue-
rit. *d. l. vero 12. §. ult. d. l. qui homin. 34. § si gener. 6. d. l.*
62 *solut. 49. & d. l. si quis offerente 58. ff. eod.* Servis actori-
bus, quos credendis & exigendis pecuniis domini præpo-
suerunt, non minùs, quàm ipsis procuratoribus, & cæte-
ris solvi potest. *l. quod servus. 35. d. l. solutam. 49. l. si is,*
cui 94. §. ult. ff. de solut. idque tamdiu, quamdiu vel re-
vocatione, vel domini morte, mandatum scientibus debi-
toribus non fuerit finitum. *d. l. vero 12. §. 2. l. si quis 18.*
l. si servum 32. d. l. qui homin. 34. §. si Titium 3. l. si dispensat.
51. & l. si cùm 82. ff. eod. Idem juris esse censemus in fi-
liisfamilias & servis, peculium habentibus. Nam quia e-
jus administratio hoc importat, ut pecunias credere, &
credita rursus exigere à debitoribus pecularibus possint:
solvere quoque iisdem debitores poterunt. *l. fugitivus 19.*
d. l. si servo. 32. d. l. quod serv. 35. ff. de solution. Donell. d.
lib. 16. Commentar. de jur. civ. c. 10. pag. 658. & seq.

63 Cæterùm potestas alii solvendi datur à creditore debito-
ri, vel sine, vel cum stipulatione. Priori casu simplici-
ter alii solvere debitores jubentur, puta mandantis credi-
tori vel futuro debitori, vel ei, cui donaturus est, vel servo,
&c. *d. l. soluta 49. & l. cùm jussu. 64. ff. de solut.* Poste-
riori casu facultas debitori conceditur hoc modo.. *Mihi*
aut Titio dare spondes? Qui adjectus contractui solutionis
64 gratiâ appellatur. Et rectè cuicunque solutionis causa in
contractu adjecto solvitur; nullâ nec ætatis, nec status vel
conditionis, nec scientiæ aut ignorantiæ creditoris ratio-
ne habitâ, nec considerato, eâdemne mente, quâ creditor
velit, an alia, solutionem adjectus recipiat. *§ si quis alii.*
4. vers. planè supr. de inut. stipulat. l. stipulatus sum 9. in princ.
l. quod stipulatus 10. l. si stipulatus 11. d. l. vero 12 §. 1. d. l.
qui homin. 34. § si debitorem 7. l. Stichum 95. § quæsitum 5.
ff. d. solut. l. eum, qui 56. §. qui tibi 2. ff. de verb. oblig. Brisson.
d. lib. 1. de solut. p. 220 & seq. edit. 1. Quid autem dicendum, 65
si solutionis gratiâ adjectus statum suum & conditionem
ante solutionem mutarit: nunquid ei rectè solvi poterit,
sic ut promissor solutione liberetur? Et (repudiatâ opina-
tione Antonii Fabri *lib. 3. conjectur. jur. civ. c. 10.* qui Julia-
num & Papinianum implacabiliter ab Africano dissenti-
re contendit) illis subscribendum arbitror, qui circa pro-
positam quæstionem ita distinguunt: ut, si status adjecti
post stipulationem mutatus fuerit in deterius, velut si ma-
ximam vel mediam capitis diminutionem passus, liberta-
te aut civitate privatus fuerit; ei amplius solvi nequeat,
l. cùm quis 38. in princ. ff. de solution. ubi Africanus perspi-
cuè loquitur, de illo adjecto, cujus status in deterius fue-
rit mutatus; ut qui adoptatus fuerit, cui aquâ & igni inter-
dictum fuerit, quique servus fuerit effectus. Sin verò ad-
jecti conditio vel status in melius sit mutatus, puta si e-
mancipatus fuerit, rectè ei solvi queat. *d. l. eum, qui 56. §.*
qui sibi 2. ff. de verb. obligat. ubi Julianus loquitur de eo,
cujus status quidem fuit mutatus, sed in melius, hoc est,
qui emancipatus fuit: & huic rectè solvi posse affirmat.
Ideoque quod à Papiniano scriptum est *in d. l. Stichum 95.* 66
§. usumfruct. 6. ff. de solutionib. cùm quis usumfructum si-
bi aut Titio dari stipulatus est, Titio capite diminuto, fa-
cultatem solvendi Titio non intercidere, ad eandem spe-
ciem, quâ deteriore loco non sit adjectus constitutus, re-
stringendum videtur. Et isthæc distinctio, ex mente &
proposito stipulantium sumpta, manifestâ ratione confir-
matur. Nam qui stipulantur, sibi aut Titio dari: idcirco
in Titii personam solutionem conferunt: quia id agunt,
ut Titio datum postea ad se recipiant: & sciunt, quo sta-
tu nunc est Titius, se facilè ab eo consequi posse. Ex quo
intelligitur, hunc quoque eorum animum esse, ut tamdiu
solvatur Titio, quamdiu à Titio rectè recipere solutum
possunt. At Titio in duriorem causam capite minuto, pu-
ta si libertatem amiserit servitute: si civitatem deportatio-
ne: si familiam arrogatione; aut desinit esse Titii conve-
veniendi copia, quæ prius fuerat: aut si conveniri potest,
desinit esse solvendo: quia in bonis nihil habet. Quòd si
in meliorem causam status Titii mutatus est, ut quia ex fi-
liofamilias sui juris factus est; hic contra evenit, ut credi-
tor ab eo citiùs solutum accipiat: cùm pro conditione
personæ & facilius conveniri possit, & citiùs habere, quod
creditori solvat. *Ita bene docent & sentiunt Donell. d. lib.*
16 Comment. de jur. civ. c. 10. p. 661. Bronchorst. cent. 4.
ἐναντιοφανῶν. assert. 64. Hunnius d. lib. 3. var. resol. tra.
8. q. 4. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. c. 53. n. 48. &
seqq. Hanon. disp. 17. ad hypit. controv. 25. & Trentl. disp.
29. th. 3. ad lit. A. vol. 2.

Quintò & ultimò restat, ut vim & effectum solutionis, 67
rectè factæ, consideremus. Est autem ille, ut per eam o-
mnis obligatio, sive ea sit naturalis, sive civilis; sive re sit
contracta, sive verbis, sive consensu; sive denique sit prin-
cipalis, sive accessoria, ut usuraria & fidejussoria, ipso ju-
re perimatur, *hoc princ. nostr. l. si fidejuss. 59. ff. de cond. inde-*
bit. l. si pupil. 21. in princ. ff. ad leg. Falc. l. in omnib. 43. cum l.
seq. l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solut. l. creditori 5.
Cod. de pact. Si igitur reus seu debitor principalis solverit: 68
non solùm ipse liberatur, sed & fidejussor: ut & pignora,
ac hypothecæ. *d. l. in omnib. 43. ff. de solution.* Et contra,
si solverit fidejussor: etiam reum ab obligatione, quâ cre-
ditori tenetur, liberari non dubitatur, *ut hîc in fine, &*
l. cùm is 36. ff. de fidejussorib. Ratio, cur fidejussoris solu-
tio etiam reo proficiat, hæc est: quia solutio licet à fide-
jussore fiat: ipsius tamen principalis obligationis nomine
fieri intelligitur. Cur autem vice versa, solutione rei li-
beretur fidejussor, & quoque hypothecæ atque pignora,
hæc est ratio; quia sunt accessiones. *§. fidejussores ita. 5.*
supr. de fidejussorib. l. hi, qui accessionis 34. ff. eodem. quæ me-
ritò, sublata obligatione principali, tolluntur. *l. nihil do-*
lo 129. in fine l. cùm principalis 178. ff. de reg. jur. cap. ac-
cessorium 42. eod. tit. in 6. Sed quæri hic poterit: si quis 69
pluribus ex causis unum debitum solvat, quodnam solu-
tum potissimum videri debeat? Et respondendum: in
solventis arbitrio situm esse dicere, quod debitum po-
tius voluerit solutum esse, & quod dixerit, id solutum
erit. Certam namque legem dicere ei possumus, quod 70

Digitized by Google

solvimus. *l. 1. in princ. ff. de solutionibus. l. 1. Cod. eodem.* Quod si debitor id non fecerit: convertitur electio ad eum qui accepit, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, quod ipse, si deberet, priori loco esset soluturus, *per jura jam allegata.* Si voluntatem suam neuter expressit: si quidem ejusdem sint qualitatis, & paria cuncta debita: ex omnibus summis pro portione solutum videbitur. *l. illud 8. ff. de solutionibus.* Sin dispa-ria fuerint: alia videlicet controversa, alia plana: famosa alia, alia non famosa: ex causa judicati alia, alia non: cum pœnâ alia, alia sine pœnâ: pura alia, alia conditionalia: semper in duriorem & graviorem causam solutio imputabitur. *l. 3. 4. 5 & l. si quid. 7. ff. d. tit. ibique in Paratit. Wesembec. n. 7.* Eamque rem copiosius pertractant *Sicbardus ad d. l. 1. Cod de solut. Donell. d. libr. 16. Comm. de jur. civ. cap. 12. p. 672. cum seqq. & Paulus Berens disp. 12. ad Institut. them. 3. quæst. 7.*

§. Item per acceptilationem, 1. cum §. seq.

Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est acceptilatio, imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* & Titius respondeat, *habeo.* Sed & Græcè potest acceptilatio fieri: dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet exigi; *ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών*: id est, tot denarios acceptos habes? acceptos habeo. Quo genere (ut diximus) tantum ex solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem, aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte rectè solvitur: ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.

§. 2. Est autem prodita stipulatio, quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est: *Quicquid te mihi, ex quâcunque causâ dare facere oportet, oportebitvè, præsens, in diemvè: quarumcunque rerum mihi tecum actio est, quæque adversus te petitio vel adversus te persecutio est, eritvè: quodve tu meum habes, tenes, possides, dolovè malo fecisti, quo minus possideas:* quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius. spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne à se acceptum, Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit: Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

S U M M A R I A.

1 *Acceptilatio tollendæ obligationis modus civilis est, ut solutio naturalis.*
2 *Intellectus l. an inutilis 8. § ult. ff. de acceptilat.*
3 *Acceptilatio unde dicta.*
4 *Acceptilationis definitio secundùm Justinianum.*
5 *Ejusdem definitio secundùm Modestinum.*
6 *Acceptilatio [illegible] vocetur mutua interrogatio.*
7 *Acceptilatio differt à stipulatione: & n. 29.*
8 *Definitio illa Modestini tam ad acceptilationem simplicem, quam Aquilianam referenda.*
9 *Inter acceptilationem & apocham quid intersit.*
10 *Ut stipulatio, ita & acceptilatio, quibuscunque verbis fieri potest.*
11 *Eo genere unumquodque dissolvi debet, quo colligatum est.*
12 *Acceptilatione tollitur tantum verborum obligatio.*
13 *Gallus Aquilius quis fuerit, & quas formulas prodiderit.*
14 *Acceptilatio per Aquilianam stipulationem quomodo fiat.*
15 *Verbum causæ latissimè patet.*
16 *Verba dare, facere, quid importent.*
17 *Verbis oportet, oportebitvè, &c. quid significetur.*
18 *Actio, petitio, persecutio differunt.*
19 *Meum quid sit.*
20 *Habere, tenere, possidere differunt.*
21 *Dolus pro possessione est.*
22 *Quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit.*
23 *Acceptum rogare, & acceptum ferre qui possint.*
24 *Ex uno, & pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest.*
25 *Acceptilatio partis an rectè fiat.*
26 *Acceptilatio, utpote actus legitimus, purè fieri debet.*
27 *Quod in diem, vel sub conditione debetur, quatenus acceptilatione tollatur.*
28 *Acceptilatio inutilis utrum utile contineat pactum.*
29 *Inter stipulationem & acceptilationem differentia.*
30 *Jura promptiora sunt ad liberandum, quam ad obligandum.*

SEcundus perimendæ obligationis modus, est *acceptila-* 1
tio. Qui modus civilis est: ut solutio naturalis. *l. ver-*
borum. 107. ff. de solutionib. l. actus legitimi. 77. ff. de reg.
juris. Solutio quippe debiti rudior planiorque est, omni-
busque gentibus non incognita: acceptilatio exactior, sub-
tiliorque, & à Romanis Legumlatoribus inventa, *teste*
hic Eguinario Barone, & Richtero in tract. de contractib. disp.
14. th. 3. p. 408. Neque obstat *l. an inutilis 8. §. ult. ff. de* 2
acceptilat. ubi dicitur, hoc jure nos uti, ut juris gentium
sit acceptilatio. *Nam* id intelligendum est non de origine
& formâ, sed de usu frequenti acceptilationis, quia ni-
mirum ita frequenter inter homines usurparetur, atque
si esset juris gentium. Unde & Græcè fieri potest accepti-
latio, *ut dicitur hic, in vers. sed & Græcè & d. l. 8. § ult.*
ff. d. tit. Rittershus. & Vult. hic n. 2. & D. Bocer. n. 32.
cum seqq. pag. 546. Cujac. in l. 1. §. fin. ff. de verb. oblig.
& lib. 5. obs. c. 36. Gedd. in Comment. de contrah. & com-
mitt. stipulat. c. 2. n. 34. Arum. Exercit. Justin. 16. th. 11.
Forster. jun. lib. 3. disp. 19. th. 9. Treutler. disp. 29. th. 4.
ad lit. A. vol. 2. Henon. disp. 17. ad Instit. controvers. 27.
Anton. Faber. Jurisp. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 1. Giphan.
lib. 3. disp. 32. th. 9. & 10. ibique Oleman. n. 15. & ex-
positum ad princ. t. supr. de verb. oblig. n. 35. Etsi autem
D. Collega Bocerus *hic n. 36. p. 547.* aliam istius rei con-
siderationem afferre videtur: attamen illa in effectu cum
hac nostrâ explicatione congruit. Nam & ipse *n. 35.* di-
cit: acceptilationem non quidem inventione & origine,
sed usu tantùm linguarum omnium, quibus concipi po-
test, juris gentium dici posse. Et tamen postea *n. 36.* sub-
jicit: acceptilationem non nisi ineptè juris gentium dici
propter usum. Itanè verò ineptus est D. Bocerus, ut se
ipsum ineptiarum arguat? Cur ipsus sese culpat? An quia
& alibi se ipsum collaudat, more scilicet illorum, quos
gloria vexat inanis? *De intellectu dictæ l. 8. §. ult. ff. de ac-*
ceptil. videatur quoque Bachovius hic n. 1. p. 844. Dicta est 3
acceptilatio, ab acceptum ferendo, quòd sit confessio qua-
si rei acceptæ: cùm acceptum ferre dicatur, qui confite-
tur, se ab aliquo accepisse, quod non accepit. *l. ex pluri-*
bus 89. ff. de solution. l. serv. 6. in fin. ff. de manumiss. l.
tali. 48. §. 1. ff. de jur. dot. l. cum & sortis 35. ff. de pign.
act. Wesenb. hic n. 1. & Heigius n. 3. Illam Justin. hoc loco
breviter, & non usque adeò inscitè, describit, quòd sit
imaginaria solutio. Quia non re & numeratione fit, ut so- 4
lutio, *de quâ jam supra in principio hujus tituli abundè di-*
ctum: sed tantùm verbis. Debitor enim se acceptilatione
liberans, nihil reverâ creditori solvit: sed verbis perinde,
quasi debitum præstiterit, liberatur. *l. si ex plurib. 16. in*
fine principii, ff. de acceptilatione. l. non solùm autem 7. §. 1.
ibi, quia acceptilat solutioni comparatur. ff. de liberat. legat.
Modestinus acceptilationem definit, quòd sit liberatio per 5
mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eo-
dem nexu absolutio. *l. 1. ff. de acceptilat.*

Mutuam vocat interrogationem, non quòd uterque, 6
& creditor & debitor, interroget: sed quòd mutuam, &
subsequentem responsionem, tanquam partem prioris in-
terrogationis, habere videatur. Hæc interrogatio & re-
sponsio in acceptilatione non est quælibet, sed ea, quæ li-
berationi conveniat. Acceptilatio siquidem fit liberandi
debitoris gratiâ: qui finis est acceptilationis, & quo ipso à
stipulatione distinguitur. Nam licèt & ea verbis fiat, per 7
interrogationem unius, & responsionem alterius: tamen
non

non fit liberandi, sed obligandi gratiâ, illius scilicet, qui
respondet. l. stipulationum 5. §. stipulatio. 1. ff. de verbor.
8 obligationib. Quare non malè sentiunt, qui definitionem
istam in genere intelligunt; sicque tam ad acceptilationem
simplicem (quæ obligationes verbis initas tollit) quàm
ad Aquilianam (quæ alias quascunque obligationes perimit) referunt, Accurs. & Dd. communiter in d. l. 1. ff. de
acceptilat. Treutl. d. disp. 29 th. 4. lit. B. & Hillig. in Donello enucleat. lib. 16. c. 21. ad lit. B. Tametsi alii repugnent; & definitionem illam Aquilianæ tantum acceptilationi congruere arbitrentur, Cujac. lib. 5. obs. c. 36. Hotom. lib. 3. obs. c. 18. Wesenb. n. 2. Vultejus n. 4. & Borcholt. n. 5. in hoc §. nostro. Novissimè quoque Dn. Collega Bocerus opinatur, in Comment. ad hunc §. n. 5. p. 543.
prædictam Modestini definitionem, non posse referri
ad simplicem acceptilationem, tum propter illa definitionis verba, per mutuam interrogationem: tum etiam
propter verba, utriusque absolutio. Ad priora verba quod
attinet: jam supra ostensum est, n. 6. quomodo intelligenda sint. Posteriora verba itidem nihil patrocinantur
D. Bocero: dummodò meminerimus, quòd interdum etiam creditor liberari dicatur, ut in l. si pupilli 6. §. 1. ibi,
creditorem tuum, vel pignus tuum liberet. ff. de negoc. gest.
l. 1. §. sed si ab alio 11. ibi, liberavit eum, qui in navis refectionem crediderat. ff. de exercit. act. l. quoties 9. §. sicut
autem. 5. ibi, quia tutor se potuit liberare. ff. de administ. &
per. c. tutor. & l. item si filiusfam. 7. §. si filius accepit. 14.
ibi, ut eum liberaret, qui si peteret. ff. ad SC. Macedon. Vult
igitur Modestinus: per acceptilationem contingere utriusque, id est, tam debitoris, quàm creditoris, absolutionem
seu liberationem: ut neque debitor ampliùs conveniri
possit à creditore: neque etiam creditor necesse habeat
convenire debitorem. Haud quaquam verò mens Modestini est: quod per acceptilationem illam, quam ibi definit,
à duplici nexu absolutio contingat. Nam expressè unius
duntaxat nexus facit mentionem, ibi, ab eodem nexu, &c.
quod, mirum est, Bocerum non animadvertisse. Ex hoc
ipso igitur evidentissimè apparet: Modestinum nullatenus
voluisse Aquilianam solummodo acceptilationem definire,
utpote per quam non ab uno tantùm, sed à duplici nexu
absolutio contingat. Inter acceptilationem & apocham
9 hoc interest: quod acceptilatione omni modo liberatio
contingit, licèt pecunia soluta non sit: apocha non aliàs,
quam si pecunia soluta sit, auctore Ulpiano in l. si accepto
19. § 1. ff. de acceptilat. Est quippe apocha nihil aliud,
quàm syngrapha sive cautio creditoris, data debitori; qua
sibi solutam pecuniam creditor profitetur, arg. l. qui tabulas 27. § apocha. 2. ff. de furt. l. pecuniæ. 14. Cod. de solution. & liberat. Vide Althusium lib. 1. dicæolog. c. 90. n. 13.
10 pag. 325. & lib. 2. c. 20. n. 14. p. 585. Cum autem acceptilatio in se stipulationem contineat: & stipulationes quacunque lingua, & quibuscunque verbis, consensum &
affectionem utriusque contrahentis exprimentibus, fieri
possint. §. 1. supr. de verb. obligat. l. 1. §. fin. ff. eod. rationi consentaneum erit, idem & in acceptilatione esse receptum, ut hic in §. 1. & d. l. an inutilis 8. in fin. de acceptilat. Igitur cùm verbis tantummodò acceptilatio fieri
possit: inde apparet, per eam illas duntaxat obligationes
tolli, quæ verbis; non item, quæ re, literis, aut consensu constant, hoc §. 1. & d. l. an inutilis. 8. §. acceptum 3.
11 ff. eodem. Naturæ enim conveniens est: eo genere dissolvi
unumquodque, quo & ligatum est. l. nihil tam naturale 35.
ff. de regul. juris. Sic quæ consensu contracta sunt: contrario consensu perimuntur. l. prout 80. ff. de solutionib.
& audiemus in §. ultim. infr. hoc titulo.

12 Quia verò acceptilatio tollit tantùm verborum obligationem: excogitatus est à Gallo Aquilio, homine juris
13 consultissimo (qui & alias formulas prodidit; ut rationem
instituendi posthumi, l. Gallus 29. ff. de liber. & posthum.
hered. instit. & cautionem de dolo malo, teste Cicerone,
lib. 3. officior.) modus & forma, per quam omnes obligationes aliæ, hoc est, ex quibuscunque contractibus &
causis ortæ, itidem per acceptilationem tollantur, hac videlicet ratione: ut illæ obligationes omnes per stipulationem, atque ita verborum solennitatem renoventur, &
14 postea per acceptilationem extinguantur; ut illibata maneat & salva regula: obligationes solennitate verborum
introductas, rursus solennitate verborum perimi. Et hæc
ab auctore Aquiliana stipulatio dicitur. §. 2. hoc tit. l. Aquiliana. 4 ff. de transactionib. Sed formulæ stipulationis Aqui- 15
lianæ verba, quæ hic in d. §. 2. & in l. & uno 18. §. 1. ff. de acceptilat. referuntur, expendamus accuratiùs. In eâ ita legitur: Quidquid te mihi ex quacunque causâ. Verbum causæ
latissimè patet, & omnes omnino actionum causas complectitur, non solùm obligationes tam ex delicto vel quasi, quam ex contractu vel quasi, ex quibus actiones in
personam descendunt; verum etiam causas actionum in 16
rem, vel mixtarum, arg. l. certi condictio. 9. in princ. ff. de
reb. credit. si cert. petat. Hæc duo verba, dare facere, plerumque ita sine conjunctione usurpari solent. l. si à colono 89.
l. qui Romæ. 122. §. 1. ff. de verb. obligat. l. duo societatem.
71. ff. pro socio. l. cum rem. 11. ff. rem pupilli salv. fore. l.
emptor. 27. ff. de novationib. & apud Ciceron. d. lib. 3. officior. quemadmodum & hæc: uti frui, ire agere, agi fieri,
dare legare, aliaque nonnulla. l. 1. §. si quod cujusque universitat. nomine, &c. l. 1. ff. ad leg. Falcid. Quæ duo verba in actionum formulis usitata, sic interpretanda sunt, ut
quamvis soluta sint, pro separatis tamen accipiantur, &
quodvis sive alterutrum eorum sufficiat probare l. sæpe
35. ff. de verb. significat. Faciendique appellatione omnis
omnino faciendi causa comprehenditur; nempe solvendi, dandi, numerandi, judicandi, reddendi, ambulandi,
l. faciendi 175. & l. verbum facere 18. ff. d. tit. Sequuntur hæc verba: oportet, oportebitve, præsens, in diemve. 17
Quibus verbis indicatur: hac formulâ contineri obligationes tam puras, & præsentes, quàm in diem, vel sub
conditione. l. quod in diem. 12. ff. de acceptilat. l. sub conditione 16. ff. de solutionib. Nam verbo, oportet, præsens 18
tantùm debitum; verbo, oportebit, utrumque, id est,
tam præsens, quàm futurum, demonstratur. d. l. si à colono 89. ff. de verb. obligat. l. si scripsisset. 46. ff. de legat. 2. l.
verbum oportebit 8. ff. de verb. significat. Subduntur & ista:
Quarumcunque rerum mihi tecum actio; quæque adversus te
petitio, vel adversus te persecutio est, eritve. Actio propriè
in personam est: petitio in rem: persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet, l. actio 28. ff. de
obligat. & actionib. l. pecuniæ verbum 178. §. actionis. ff. de
verb. significat. Sensus ergo est: quidquid actione in per- 19
sonam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes. Brisson. lib. 2. de solutionib. pag. 258. edit. 1. Adjicitur insuper in eâdem formulâ: Quodve tu meum habes, tenes, possides. Meum est, 20
cujus vindicandi jus habeo l. Quintus 27. §. 2. ff. de aur.
& arg. legat. Meum est & id, cujus proprietas ad me spectat, licèt alienus sit ususfructus. l. rectè dicimus 25. ff.
de verb. significat. l. 2. ff. de conditionib. institution. Habere, plerumque ad jus refertur: tenere propriè ad merum factum: possidere, ad factum jure mixtum: ut dominus fundum habet: possessor bonæ fidei eum possidet:
& fructuarius tenet: l. habere 188. ff. de verb. significat.
l. stipulatio ista 38. §. hæc quoque cum duob. §§. seqq. ff. de
verbor. obligat. Apponuntur & illa: dolove malo fecisti, 21
quo minùs possideas. Quia dolus pro possessione est: adeò, ut
qui dolo desiit possidere, pro possessore habeatur. l. qui
dolo 131. l. parem. 150. l. ad ea. 157. §. 1. ff. de reg. jur.
Ait præterea formula: quanti quæque earum rerum res erit,
&c. Nam cum realibus actionibus stipulatio quoque hæc 22
accomodetur: certè rem nostram nobis stipulari non possumus, nisi æstimationem ejus complectamur: cùm
quod nostrum est, ampliùs nostrum fieri nequeat. §. 2.
ibi, vel rem suam. supr. de inutilib. stipulat. l. nemo 82.
ff. de verb. obl. §. sed si rem. 10. supr. de legat. & §. sic itaque discretis. 14. infr. de actionib. Baro & Heigius hic n. 11.
Illa demum nomina, Aulus Agerius, & Numerius Negidius, exempli loco ponuntur, ut aliàs solent Cajus Sejus, Lucius Titius, Sempronius, &c l. tutor. 41. §. ultim. ff. de usur. & nota Rittershusius hic circa finem. Quanquam autem multa, in isthac Aquilianæ stipulationis formulâ, verba exprimuntur: non tamen opus est, creditorem omnibus verbis in eâ comprehensis sic uti, ut hic referuntur: sed satis est, ipsum de suâ obligatione interrogare. Quid enim, si tantùm facere, vel dare tenearis?
utrumque lanè frustra comprehenderetur. Verum Gallus Aquilius verbis tam latè patentibus eam formulam
ideo concepit: ne scilicet ullum genus obligationis,

ex

Google

ex quacunque causâ proveniens, prætermissum videretur;
23 *ut bene hic in fine Mynsingerus docuit.*

Porrò acceptum rogare ii duntaxat possunt, qui debent, & acceptum facere sive ferre & habere quibus debetur. Itaque procurator, tutor, curator, & similes, non rectè alieno nomine acceptum faciunt, aut rogant: nisi novata priore, & in personam rogantis transfusâ obligatione. *l. 13. per jusjurandum* 13. §. *tutor.* 10. *ff. de acceptil. ibique Wesenb. in paratit. n.* 3. *l. pact.* 22. *C. de pact. Brisson. d. lib.* 2. *de solutionib. post. princip. Gædd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c.* 12. *concl.* 3. *n.* 27. *Cujac. lib.* 5. *observ. c.* 36. *& lib.* 15. *c.* 16. *Vult. lib.* 1. *Jurispr. Rom. c.* 55. *n.* 10. *cum seqq. Donell. lib.* 16. *Comment. de jur. civ. c.* 21. *p.* 734. *Giphan. lib.* 3. *disp.* 32. *th.* 12. *ibique in suis notis Oleman. n.* 17. *& seqq.* Eadem de re vide Hotoman. *lib. quæstion illustr. c.* 34. *& lib. amicabil. respons. c.* 30. Antonium Fabr. *lib.* 2. *semestr. c.* 22. hosque referentem D. Bocerum *hic n.* 8. *& seqq. p.* 544. nec non Philippum Knipschildt *exercit. Acad.* 13. *quæst.* 6. *p.* 462.
24 *& seq.* Sanè & ex uno, & pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, vel quibusdam, exceptis cæteris, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest. *d.*
25 *l. & uno* 18. *in princip. ff. de acceptilat.* Quin etiam sicut quod debetur, pro parte rectè solvi, volenti scilicet creditori, potest, *per ea, quæ tradidimus suprà ad principium tit. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 126. *& seqq.* ita & quod debetur, ex parte tolli posse acceptilatione, expediti juris est, *hoc* §. *nostro* 1. *in fin. l. pars stipulat.* 9. *l. sed & si* 10. *& l. qui homin.* 17. *ff. de acceptilat.* modo debitum divisionem recipiat. *d. l. & per minor.* 13. §. 1 *&* 2. *ff. eod. l.*
26 *Bocer. hic n.* 4. *p.* 846. *& seq.* Præterea acceptilatio purè fieri debet: quoniam in diem vel sub conditione, cum actus sit legitimus, fieri nequit, *l.* 4. *&* 5. *ff. de acceptilat. l. actus legitimi* 77. *ff. de reg. jur. Arum. exercit Just.* 16. *th.* 12. tametsi id, quod in diem, vel sub conditione de-
27 betur, acceptilatione tolli possit, *l quod in diem* 12. *l. si sub conditione* 21. *ff. de acceptilat. l. sub conditione* 16. *ff. de solutionib.* in eum casum, si postea conditio existat, vel dies eveniat. *d. l. sub conditione* 21. *ff. de acceptilat.* Sed illa conditio & illa dies insunt ex ipsa re: non autem acceptilationi *l. interd.* 73. *ff. de verbor. obligat.* Quod genus diei vel conditionis tam quoad effectum, quàm multa alia, longè distat à conditione & die, ipsa conventione & obligatione comprehensis: *ut colligere licet ex d. l. interdum.* 73.
28 *ff. eod. & notat. Gædd. d. c.* 12. *conclus.* 3. *n.* 26. Illud tandem non obiter monendum: quòd acceptilatio inutilis utile contineat pactum, ejusque vim habeat. *l. si unius* 27. §. *penult. ff. de pact. d. l. an inutil.* 8. *in princ. ibi, & nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pact. & l. si accepto* 19. *in princ. ibi, vel pacti conventi. ff. de acceptil.*

29 Nec obstat, quod acceptilatio fiat per stipulationem, *arg. l.* 1. *& d. l. an inutilis* 8. §. 3. *ff. d. tit.* Inutilis verò stipulatio non producat utile pactum. *l.* 1. §. *si quis ita* 2. *ff. de verb. oblig.* Nam respondendum: discrimen evidens esse inter stipulationem & acceptilationem. Illa quippe obligationem parit: hæc liberationem, *hoc* §. *nostro &*
30 *d. l.* 1. *ff. de acceptilat.* Jura autem proniora sunt ad liberandum, quàm ad obligandum, si ulla sit occasio. *l. Arrian.* 47. *ff. de obligat & actionib & expositum jam suprà ad princip. tit. de verb. oblig. n.* 41. *& seqq.* Atque ita sentiunt *Donellus & Cujac. in d. l.* 1. §. *si quis ita.* 2. *ff. d. tit. Gædd. in l. natura cavillationis* 177. *n.* 2. *ff. de verb. significat. & d. Comment. de contrah. & committ. stipul c.* 3. *conclus.* 13 *n.* 201. *Jul Pacius in epit. jur. disp.* 15. *th.* 30. *D. Bocer. class.* 4. *disp.* 19. *th.* 113. *edit.* 2. *Arum. d. exercit. Justin.* 16. *th.* 13. *D. Rümelin. exercit* 16. *ad Institut th.* 9 *sub lit. b. p.* 151. *Borcholt. in Comment. de verb obligat. c.* 1. *n.* 16. *Andreas Gerhardi decad.* 16 *quæst.* 7. *Matth. Steph. cent.* 3. *quæst.* 97. *Knipschildt. d. exercit.* 13. *quæst.* 7. *p.* 463. *cum seq. Roberus disp.* 18 *th.* 9. *& Forster. junior. lib* 3. *disp.* 19. *th.* 11. *ubi Accursium, Duarenum, Zasium, & Gothofredum dissentientes allegat.*

§. Præterea novatione. 3.

Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio dari stipulatus fis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo, ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit: quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus. Nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit à quâ postea stipuleris: ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit: fortè si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri: sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed, cùm hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videtur hoc fieri: & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quæ apertissimè definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quòd propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utrâque causâ obligatio, secundùm nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertiùs cognoscere.

SUMMARIA.

1 *Novatio quid, & unde.*
2 *Solutio in quo differat à novatione.*
3 *Novatio duplex: voluntaria, & necessaria.*
4 *Divisio ipsius declaratur.*
5 *Delegatio est species novationis.*
6 *Quatenus novatio, quatenus item litis contestatio præcedentem obligationem noceat.*
7 *Quæ sit litis contestationis natura.*
8 *Novatio [illegible] necessariâ.*
9 *Jure [illegible] obligationem [illegible]*
10 *Actor litem contestando non deteriorem, sed meliorem facit conditionem suam.*
11 *Nulla novatio sine animo novandi procedit.*
12 *Actio quid sit.*
13 *Judicium redditur in invitum.*
14 *Litis contestatio quo animo fiat.*
15 *Novatio necessaria quæ sit: item quæ voluntaria.*
16 *Novatio voluntaria [illegible] fieri solet.*
17 *Delegatio quomodo fiat.*
18 *Novatio fieri nequit, nisi aut nova persona interveniat, aut aliquid novi in posteriore stipulatione adjectum sit, vel detractum.*
19 *Obligatio inutilis quæ hoc loco dicatur.*
20 *Pupillus infans naturaliter quidem obligatur.*
21 *Servus jure civili personam non habet.*
22 *Quæ obligationes novari possint.*
23 *Dies incertus pro conditione est.*
24 *Utrum novatio locum habeat saltem in principali obligatione, an etiam in fidejussione.*
25 *Regula illustranda est, donec de exceptione doceatur.*
26 *Quo casu fidejussor per novationem non liberetur.*
27 *An præcedens obligatio pœnali stipulatione novetur.*
28 *Quælibet stipulatio à fine suo æstimatur.*
29 *Pœnalis stipulatio est accessoria ad principalem.*
30 *Quod in alicujus favorem introductum est, in odium ejus converti non debet, & vice versa.*
31 *Mens & sententia l.* 1. §. *item si ita* 8. *ff. ad leg. Falcid. l.* 1. *ff. de pœnis legat. & l. si pœnam* 24. *ff. quando dies legator. &c.*
32 *Novatio quid sit.*
33 *Tacita vel expressa legati ademptio non est obligationis transfusio.*
34 *Dispar [illegible] & stipulationis ratio.*
35 *Intellectus & explicatio l. obligationum ferè.* 44. §. *fin ff. de oblig. & actionib.*
36 *Promissor facti præstando interesse liberatur.*

37 [illegible]

Google

37 *Non aliter hodie fit novatio, quàm si novare se velle contrahentes nominatim [illegible] exprimant.*
38 *Verus intellectus l. qui [illegible] 58 [illegible] ff. de verb. ol. 3.*
39 *Confirmatio [illegible] l. aliam [illegible] 29 ff. de novationib.*
40 *Sed [illegible] 31. §. 1. ff. de novationib.*
41 *Sed tamen [illegible] 6. ff. de [illegible] & similium.*
42 *Numquid ex [illegible], testibus & conjecturis verisimilibus pro novo animo novatio [illegible].*

1 TERTIUS modus, quo obligationes ab initio rectè contractæ ipso jure dissolvuntur, est *novatio*. Cujus nobis ex Ulpiano in hæc verba definitio proponitur. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio. Hoc enim modo prior quidem obligatio perimitur, sed simul alia nova constituitur: unde & nomen accepit. *l. 1. ff. de novation. & delegat. ibique Bart. Sebast. Medic. in tract. de novat. quæst. 1. & 2. part. 1. Gedd. in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 7. n. 49. & seqq. ubi definitionem hanc exponit fusius.*
2 Differt igitur solutio à novatione: quod per illam ita dissolvitur obligatio, ut nulla omnino remaneat: per hanc ita, ut eam sublatam excipiat & subsequatur alia, *d. l. 1 ff. eod. Vult. lib. 1. Jurisprud. Rom. c. 56. n. 1. Richter in tract. de contractib. disp.*
3 *14. th. 4. pag. 408. & seq.* Dividitur novatio in voluntariam, quæ fit extra judicium, per stipulationem, *de qua hic*: & non voluntariam, sive (*ut vulgo loquuntur*) necessariam, quæ fit in judicio, per litis contestationem. *l. aliam. 29 ff. de novat. ubi Wesenbec. in paratit. n. 3. & 4. Petrus Greg lib. 21. Syntagm. jur. univers. c. 20. n. 2 Donell. [illegible] Cod. de novat & delegat. n. 5. & lib. 16. Comment. [illegible] c. 20. pag. 728. ibique Hilliger. in suis notat. [illegible] lib. 4 part. 3. tit. de obligat. & solut. [illegible] vers. [illegible] hæc, &c. Duaren. in Comment. de no[illegible] cap. 1. Gedd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. caput. 5. conclus. 8. n. 70 & seqq. D. Bocer class. 4. disp. 19. thes. 56. & in not. §. n. 3. cum seqq. pag. 550. Althus. lib. 2. dicæolog. c. 19. n. 5. pag. 582. Schegk. in delibat. jur. disp. [illegible] thes. 13. lit. B. Treutler. disput. 29. thes. 5. lit. D. Wegner disp. 13. ad instit. thes. 8. lit. B. & E.* Voluntariam quandam novationem esse, inter omnes convenit, *pro-*
4 *pter textum expressum in d. l. aliam. 29. ff. de novat.* Sed esse quandam non voluntariam seu necessariam, negat Accursius, *ad l. ult. post princip. super verb. si enim novatur. Cod. de usur. rei judicat.* & Brissonius *lib. 2. de solution. sub tit. de novatione. vers. novatio per stipulationem fit pag. 268.* Verum divisionem istam vulgarem esse verissimam, nec ab interpretibus confictam, patet evidenter *ex d. l. aliam. 29. ff. de novat.* ubi dum Paulus aliam novationem statuit voluntariam: sequitur inde, quod alia non sit voluntaria, sive necessaria. Frustrà enim alias adderetur in illâ lege verbum *voluntariæ*, si non distinctionis gratiâ adderetur. [illegible] *in d. l. 29.* novationi voluntariæ opponitur judicium acceptum sive litis contestatio. Atqui [illegible] foret oppositio, si litis contestatio non foret quædam novatio. Accedit textus apertus *in l. delegare. 11. §. 1. ff. de novationib.* ubi dicitur, delegationem fieri
5 [illegible] stipulationem, vel per litis contestationem. De[illegible] autem speciem esse novationis colligitur ex [illegible], & ibidem notat Myntinger. *n. 2* Ergo & litis contestatio quædam novationis species rectè statuitur. [illegible] hanc quoque sententiam tuetur D. Hunnius *lib. 3. [illegible] tractat. 8 q. 9.* nec non D. Besoldus *in delibat. [illegible] ex lib. 46. ff. q. 2. pag. 177. & seq. Adde Bachovium hic n. 2. & 3. pag. 849.*
6 Cui non obstat, quod novatio præcedentem obligationem tollit, & novam constituit. *d. l. 1 ff. de novat.* At litis contestatio nullam obligationem tollit. *l. fundum. 28. vers. nec si lite [illegible] ff. eod.* sed potius obligationem firmat atque corroborat, eamque, quæ alias temporalis erat, perpetuat. *l. omnes actiones. 139. ff. de reg. jur.* Proinde litis contestatio non potest dici novatio. Hoc, *inquam*, non obstat. Quamvis enim litis contestatio priorem obligationem non novet, quoad substantiam & materiam, prout voluntaria novatio essentiam obligationis mutat: novat tamen quoad formam, quoniam ex temporali facit perpetuam: sicut illa, quæ tempore erat peritura, fiat perpetua, & non nisi 30. annorum præscriptione extinguatur. *§. 1. in fin. instit. de perpet. & temporal. actionib. l. 1. & 2. Cod. de annali exceptione, &c.* atque illa, quæ morte rei peritura erat, nec in heredes ipsius transitura, in heredes transeat. *l. omnes. 26. l. constitutionibus. 33. l. sciendum. 58 ff. de obligat. & action. l. pœnalia. 164. ff. de reg. jur. l. unic. C. ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniantur.* Deinde litis contestatio præcedentem obligationem, in judicium deductam, novat, quoad quid duntaxat; hactenus scilicet, quatenus novationem fieri actori prodest: non quatenus in veteri actione aliquid commodi actoris versatur, quod novatione factâ ei interverteretur. Siquidem hæc litis contestationis 7
indoles & natura est: ut conditionem actoris nunquam deteriorem reddat, sed meliorem *l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur.* Quare hac novatione necessaria, quæ fit per litis contestationem, nec pignora, nec hypothecæ, nec fidejussores liberantur, *l. grege 13. §. etiamsi. 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. Græc. 8 §. & post litem. 3. ff. de fidejuss.* nec usuræ sistuntur. *l. lite 35 ff. de usuris l. 1. C. de judiciis.* nec mora purgatur. *l. si insulam. 84. ff. de verbor. obligationib.* ut novatione voluntariâ *l. novatione. 28. ff. de novationib.* Quia alias litis contestatione deterior redde- 8
retur conditio actoris, *contra d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur.* Unde & ipse Paulus JC. fatetur, novationem voluntariam differre à novatione necessariâ, quæ litis fit contestatione: ita, ut illa creditori nocere possit, hæc non item: atque per hanc novetur actio solummodò, quatenus creditori sive actori proderit, non quatenus oberit. *d. l. aliam. 29. ff. de novat. Vide Philippum Knipschildt exercitat. Acad. 13. quæst. 8 pag. 465.*

Similiter non obstat, si quis ita argumentetur: Si de- 9
mum per judicatum fit novatio prioris obligationis: sequitur, cum prius per litis contestationem factam non esse. Atqui per judicatum demum fit novatio prioris obligationis. *d. l. ultim. in fine principii. Codic. de usuris rei judicatæ.* Igitur non fit novatio per litis contestationem. Hoc, *inquam*, argumentum non obstat. Quia judicatum per se & propriè, priorem obligationem non novat: sed inchoatam & ante factam per contestationem litis novationem perficit & continuat, *argum. l. licèt. 3. §. idem scribit. 11 ff. de peculio. & l. ex duobus. 16 ff. de duob. reis constituend.* indeque novatio dici videtur. *d. l. ult. post princip. Cod. de usur. rei judicat.* Siquidem cùm actor, jus 10
suum deducendo in judicium, & hoc intendat, & jura suadeant, ut eo ipso conditionem suam faciat meliorem, non deteriorem. *d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur.* censetur sub hac conditione litem contestando novationem fecisse, ac transfudisse priorem obligationem in hanc judicialem, *si sententia & res judicata sequatur*: item *si pro actore judicetur.* Vide D. Bocerum *hic n. 8. pag. 550.*
Sic quoque non obstat hæc argumentatio: Nulla nova- 11
tio sine animo ac voluntate novandi procedit. *l. 2. ff. de novationib. l. ult. Cod. eod. & hic § nostro.* At cum creditor judicio agit cum debitore, non vult à priore actione recedere: sed maximè studet eam salvam habere, & judicio persequi, quod eâ actione debetur. Nam per-
secutio ejus, quod nobis debetur, nihil aliud est, 12
quam actio illa prior, quæ in judicium deducitur, *argum. principii tit. infr. de actionib.* Qua propter litis contestatione non fit novatio. Ista hæc, *dico*, argumentatio non obstat. Quandoquidem respondetur: animum, propositum & voluntatem novandi in utroque, tam creditore, quàm debitore, requiri duntaxat in voluntariâ novatione, unde & nomen habet: in necessariâ verò, quæ fit per judicii acceptionem, seu litis contestationem, non item: 13
quoniam judicium etiam in invitum redditur. *l. inter stipulantem 83 §. 1 ff. de verbor. obligationib.* Atque de vo- 14
luntariâ novatione adducti textus haud dubiè loquuntur. Quin imo cum litis contestatio utrinque hoc animo fiat, ut de illa controversia & lite ad eundem judicem eatur, & quod judicatum ab eo fuerit, custodiatur, nisi fas sit & licitum provocare, quis omnem novandi animum hic adesse, negare poterit? Ex quibus omnibus ita 15
discussis colligitur: necessariam novationem esse eam, quæ fit per litis contestationem, sed sub conditione judicati. *d. l. aliam. 29. ff. de novat. d. l. ult. C. de usur. rei judic. d. l. 1. & 2. de judic.* voluntariam vero eam, quæ fit per stipulationem, libera personarum contrahentium voluntate,

Digitized by Google

luntate sine judicii necessitate. *d. l. 1. §. 1. & d. l. aliam.*
29. ff. de novation. Speculator, *Gæddæus & Donell. locis*
præallegatis.
16 Cæterùm sciendum est: novationem voluntariam bi-
fariam fieri: vel in eandem personam; veluti, *centum,*
quæ tu mihi debes ex empto, promittis dare? aut *centum, quæ*
mihi debes sub conditione, promittis purè? Promitto: de quâ
novatione hic *in versic sed si eadem persona, &c.* vel in per-
sonam aliam: ut *centum, quæ Sejus mihi debet, tu Sempro-*
17 *ni mihi promittis? Promitto*: de qua *hic initio*. Cui novatio-
ni simillima est delegatio: semper quippe ea hac novatio-
ne in alium fieri consuevit. *d. l. delegare. 11. in princ. ff. de*
novationibus Althus. lib. 2. dicæolog. cap. 19. n. 24. & seqq.
18 *pag. 583.* Novatio igitur fieri nequit, nisi aut nova per-
sona interveniat, à qua idem, quod priore obligatione
continetur, stipulemur: aut aliquid novi in posteriore
stipulatione adjectum vel detractum sit: ut dies, condi-
tio, fidejussor, &c. *hoc § nostro. & d. l. ult. C. d. tit.* Adeò
autem novæ personæ interventu novatio fit, & prima
obligatio, in posteriorem translata, deletur: ut inter-
dum, licèt stipulatio posterior, qua novatio fit, inutilis
existat: tamen prior obligatio tollatur: veluti si id, quod
tu Titio debebas, Titius à pupillo sine tutoris auctorita-
te stipulatus fuerit: quo casu novatio fit, & res amittitur,
id est, debitum Titio perit. Nam & tu, tanquam Titii
prior debitor, liberaris; & posterior obligatio nulla, &
inutilis est; hoc est, pupillus absque tutoris auctoritate
promittens, quod tu debebas Titio, non obligatur, *hoc*
19 *§. nostro. vers. adeo, ut interdum, &c.* Inutilis autem hoc
loci obligatio dicitur, non quæ utroque jure, & civili,
& naturali, nullius momenti est: sed quæ auctoritate ju-
ris civilis destituta, naturali solùm vinculo nititur. Et-
enim si in tantum posterior obligatio nulla esset, ut ne
naturali quidem jure subsisteret: prior certè novatione
20 extingui non posset. Nunquam enim novatione obliga-
tio prior perimitur: nisi sequens obligatio aut civiliter
teneat, aut naturaliter, *d. l. 1. §. 1 ff. de novationib.* Hinc in-
ferre licet: si quis à pupillo infante, vel infantiæ proximo,
tutore non auctore, stipulatus fuerit animo novandi, quod
alius debet: nullam ex hàc stipulatione novationem fa-
ctam esse, prioremque obligationem adhuc remanere:
cùm ejusmodi pupillus ne naturaliter quidem obligari
possit, *ut docuimus ad §. pupillus. 9. supr. de inutilib. stipu-*
lationib. Et quod de pupillo diximus: non idem (inquit
Imperator *hic in vers. non idem juris, &c.*) dicendum est,
21 si quis id, quod alter debet, à servo fuerit stipulatus. Hic
enim novatio non procedit. Et ratio est: quia nulla no-
va persona, in quam fiat novatio, sub est. Cur ita? quia
servus jure civili personam non habet. *l. quod attinet. 32.*
ff. de regul. jur. Esse autem personam oportet in quam
obligatio novata transferatur, *arg. l. quotiens. 14. in fi-*
ne. ff. de novationib.
22 Novari porrò possunt obligationes quæcunque sive
civiles, sive naturales, sive honorariæ: nec refert, re, an
verbis, an consensu sint contractæ, *d. l. 1. §. 1. & l. 2. ff.*
eod. Quin etiam non in purâ tantùm, sed & in conditio-
nali & in diem contractâ obligatione, novationem lo-
cum obtinere, non ambigitur. Hoc tamen interest,
quòd obligatio purè, vel in diem contracta statim, etiam
antequam dies venerit, novatur; licèt agi ante diem ne-
queat: sub conditione verò contracta obligatio non an-
tè novari potest, quàm ejus conditio extiterit, *hoc §. nostro.*
vers. quod autem diximus, & c. l. in diem. 5. l. si Stichum 8.
23 *§. 1. d. l. quotiens. 14. ff. de novationib.* Diem autem hoc
loco certum intelligimus. Namque dies incertus pro
conditione est: ac proinde novationem moratur &
suspendit, si non solùm, quando extiturus sit: sed etiam,
an omnino extiturus sit, pro certo haberi non possit. *d. l.*
si Stichum. 8. §. 1. ff. eod. l. 1. ff. de condition. & demonstrat.
Brisson. d. lib. 2. de solutionib. tit. de novationib. pag. 266.
24 *edit. 1.* Utrùm verò novatio locum habeat saltem in
principali obligatione, an etiam in fidejussione, contro-
versum videtur? Et novationem in fidejussione quo-
que locum habere, adeòque hanc per illam tolli,
verius est. *l. ubicunque 60 ff. de fidejussorib. l. novatione. 4.*
Cod. eodem. d. l. ult. ibi, si quis vel aliam personam, &c. &
ibi, vel cautionem (hoc est, fidejussionem sive ad pro-
missionem) *minorem acceperit, &c. Cod. de novationib.*
Idque clariùs ex eo liquet, quòd omnis omnino obliga- 25
tio novari potest; nec ullibi fidejussio excipitur. *d. l. 1. &*
l. 2. ff. eodem tit. Regulæ autem standum est, donec de
exceptione doceatur. *l. 1. ubi Decius n. 6. & 7. ff. de reg.*
jur. Bald. ad l. si tutor. 6. in fine. Cod. de servo pignori dato.
Wesenbec. consil. 7. n. 7. Mynsinger. consil. 14. num. 18. &
seq. Gædd. d. Commentar. de contrab. & committ. stipulat.
cap. 5. conclus. 6. n. 40. & seqq. Si igitur, quod tibi Se-
jus debebat ex stipulatu, à Titio dari stipulatus sis, in-
terventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & pri-
ma tollitur, translata in posteriorem: ac proinde Sejus
liberatus erit, *hoc §. nostro. & d. l. ult. Cod. de novationib.*
Quòd pro Sejo fidejussor simul accesserit: ille ipse, tan-
quam accessorium, unà cum Sejo liberabitur. *d. l. ubi-*
cunque 60. ff. de fidejussorib. d. l. novatione. 4 C. eod. Anton.
Hering. in tractat. de fidejussorib cap. 20 §. 3. n. 3. & seqq.
Quod tamen declarandum est, ut non procedat, sicque 26
novatione fidejussor non liberetur: si addita sit clausu-
la: *Citra præjudicium priorum jurium, ac fidejussionum*
priùs præstitarum, imò jura juribus addendo, & cumulando
&c. Hieron. Gratus *resp. 126. n. 8. lib. 1.* Est enim tra-
latitium, quando contractus possunt conciliari, quòd
primus à secundo non tollatur, verùm secundus intel-
ligatur potiùs juxta primum, *per notata Decii in l. pacta*
novissima. 12. n. 5. Cod. de pact. & Bertazol. consil. civil. 1.
num. 165. Quos referendo sequitur Heringius d. cap.
20. §. 3. num. 13. & 14.
De illo quoque quæri & dubitari solet: an pœnali sti- 27
pulatione præcedens obligatio novetur? Hæc quæstio
adeò perplexa & controversa est, ut in eâ tredecim varias
Dd. opiniones se enarrare posse, dicat Alciatus *lib. 1.*
Paradoxor. cap. 12. & multas etiam; easque diversas reci-
tet Bartol. *in l. ita stipulatus 115. §. fin. ff. de verbor. oblig.*
Verùm illis omnibus explosis, firmiter tenendum est:
pœnali stipulatione priorem obligationem nunquam
novari. *Exempli gratiâ*: Si quis stipulatus sit, *aliquid*
dari vel fieri? & deinde, si illud non fieret, pœnam sti-
puletur: eaque stipulatio committatur, ut pœna peti
possit: hoc utique casu novatio aliqua facta non cense-
tur. Etsi enim hæc commissa stipulationis conditio ali-
quid similitudinis cum novatione habet, quatenus nova
jam succedit obligatio, ut liberum sit, aut promissum
petere, aut pœnam: revera tamen non est novatio: quia
neque ab initio neque ex eventu transfundit priorem
obligationem in novam posteriorem, *arg. l. si quis rem.*
30 ff. de receptis, qui arbitrum, &c. l. apud Celsum. 4. §.
Labeo. 7. ff. de doli mali & met. except. l. si quis a socio. 41. l.
seq. l. duo, 71. ff. pro socio l. prædia. 28. ff. de act. empt. l. sti-
pulatio ista. 38. § unde 23. vers. & si creditori. l. cùm. sti-
pulatus. 113. l. ita stipulatus. 115. §. fin ff. de verb. obligat.
l. si pacto. 14. Cod. de pact. l. nuda. 5. Cod. de contrab. & com-
mitt. stipulat. Illudque etiam viva & efficax ratio docet.
Nam quælibet stipulatio à fine suo æstimatur. Pœna- 28
lis autem stipulatio non additur hoc fine, ut præceden-
tem tollat, & ita novet, vel transfundat: sed ut firmio-
rem reddat illam, magisque stipulatori caveat, *§. ultim.*
supr. de legat. & § ultim supr. de verbor. obligat. Igitur non 29
novat: præsertim, cùm pœnalis stipulatio quodammo-
do accessoria sit ad principalem, vel saltem sit minùs
principalis, *arg. l. si homo mortuus. 69. ff. d. tit.* Ast accesso-
rium, sive minùs principale non debet novare id, quod
principale sive nobilius est, *arg. l. qui usumfructum. 58.*
ff. de verb. obligat. Neque præterea quod in alicujus 30
favorem introductum est, in odium ejus converti; ne-
que vicissim, quod in alicujus odium inductum est, id
in ejus favorem converti debet. *l. nulla. 25 ff. de legib. l.*
relegatorum. 7. §. fin. ff. de interdictis & relegat. Atqui in
favorem creditoris, pœna principali contractui adjecta
est, ut timore pœnæ debitor servaret promissa, *argum.*
l. liber homo. 118 §. fin ff. de verb. obligat. l. 1. vers. & ob
hoc invicem. Cod. de receptis arbitris. Non ergo in odium
ejus converti, & novationem contra creditorem, pro
debitore (cujus in odium pœna ista adjecta est) opera-
ri debet.

Non

31 Non adversatur *l.* 1. §. *item si ita.* 8 *ff. ad leg. Falcid. l.* 1. *ff. de penu legat. &* *l. si penum.* 24. *ff. quando dies legator. ced.* ubi traditur: si testator ita legat: *penum uxori meæ*, sive Lucio Titio) *dato, si penum non dederit, decem dato*: herede interpellato nec solvente, *saltem decem deberi*, quasi priore legato in posterius translato. Translatio autem ejusmodi reputatur esse novatio. *d. l.* 1. *ff. de novationib.* Ergo & posterius legatum, quod pœnale est, novatio erit. Quod si in legato verum est, multò magis in stipulatione recipiendum videtur. Leges, *inquam*, illæ non adversantur. Primo enim in iis novatio locum sibi
32 vindicare nullo modo potest: siquidem novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio. *d. l.* 1 *ff. de novationib.* Sed in prædictis juribus nullum præcessit debitum, quod novari possit. Etenim cùm penus legatur, & nisi detur, pœna subjicitur: hic penus est in præstatione, non in obligatione. *d. l.* 1. *ff. de penu legat.* Igitur subjecta pœna non novat id, quod non est novabile, cùm penus non debeatur. Dein legatum istud posterius *in d. l. ff. eod. & d. l. si penum.* 24. *ff. quando dies legat. &c.* non propterea prius tollit, & solum debetur, quòd sit reverâ quædam prioris obligationis vel legati in posterius transfusio, atq; ita novatio: sed quòd testator censeatur ademisse prius legatum per posterius sub hac conditione, *si heres penum non dederit d. l. si penum.* 24. *vers. sub conditione fundi. ff.*
33 *eod.* Unde etsi liberaliter concedatur: parem legati & stipulationis hac in re causam esse: nondum tamen novationem probaret: cùm tacita vel expressa legati ademptio nullâ ratione possit videri obligationis transfusio. *tot. tit. supr. de adempt. & translat. legator. l.* 1. *& tot. tit. ff. de adimend. vel transfer. legat.* Neque etiam omne transfusum est novatio: sed translatio quandoque quædam legati conditionalis, quod erat in præstatione. *l. translatio.*
34 6. *ff. eod.* Præterea dispar planè hac in re ratio est legati & stipulationis. Pœnalis namque stipulatio non ideo subjicitur, ut prior propter posterioris conditionem evenientem sit adempta, & pro non contracta: sed ut eo magis sit securus creditor, & debitorem utrâque habeat obligatum. Unde convenire licet; ut pœna petatur nihilominus, ratâ manente præcedente stipulatione: hoc est, ut utrumque & res & pœna debeatur. *l. qui Romæ.* 122. §. *fin. ff. de verb. obligat. l. rescriptum.* 10. §. *si pacto.* 1. *ff. de pact. l. qui fidem.* 16. *ff. de transactionib. l. cùm proponas.* 17. *ibique Dd. Cod. eod. tit.* quamquam citra hanc conventionem alterutrius petitione ac solutione stipulator contentus esse debeat. *d. l. rescriptum.* 10. §. 1. *ff. de pact. & d. l. qui fidem.* 16. *ff. de transact. & utrobique interpretes.*

35 Non adversatur quodque *l. obligationum ferè* 44. §. *fin. ff. de obligationib. & actionib.* ubi Paulus in hæc verba respondet: *Si navem fieri stipulatus sum, & si non feceris, centum: videndum utrùm duæ stipulationes sint, pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio, non tollat priorem, an verò transferat in se, & quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est.* Nam idcirco ibi pœna quasi novationem operatur: quia præcesserat obligatio facti, puta *navem fieri*; ad quod factum promissor præcisè urgeri non poterat. *l. stipulationes non dividuntur.* 72. *in princ. ff. de verbor. obligat.* Proindeque rectè pœna subdita quasi novationem (etiam ex præsumptâ partium intentione)
36 operabitur. Voluit enim stipulator sibi prospicere de pœna, qui sciebat, promissorem super obligatione principali cogi non posse, sed præstando interesse liberari, *d. l. stipulationes.* 72. *in princ. l. si pœn.* 68. *l. quotiens.* 81. *in princ. si quis stipulat.* 112. §. *fin. & l. si fundum.* 114 *ff. d. tit. & latissime ostensum ad principium tit. supr. de verbor. obligat. n.* 57. *& multis seqq.* Nec tamen est vera novatio: cum promissor super pœnâ conventus, usque ad litis contestationem factum offerre queat. *l. si insulam* 84. *ff. d. tit.* Operatur ergo dicta pœna non veram novationem, quæ facti obligationem tollat, sed umbram quandam novationis eatenus, quatenus post litis contestationem factum non amplius offerri potest *d. l. si insulam* 84. *ff. de verb. obligat.* Idque explanatiùs persequuntur *Zasius lib.* 1. *singularium respons. cap.* 4. *Duaren. & Donell. ad l. ita stipulatus.* 115. *n.* 31. *& seqq. ff. de verb. obligat Gæddæus d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap.* 5. *conclus.* 7. *n.* 54. *& seqq. Arumæus Exercitat. Justin.* 16. *thes.* 15. *& Hunnius disput.* 17. *ad Institut. controvers.* 28. Eâ dem de re videantur *Alciatus d. lib.* 1. *Paradoxor. cap.* 12. *Hotoman. illustr. quæst.* 10. *& Brissonius d. lib.* 2. *de solutionib. tit. de novationibus pag.* 269. *& seq. ed.* 1. *Knipschildt exercit. Acad.* 6. *quæst.* 18. *pag.* 238. *cum subseq. nec non Georgius Frantzkius exercitat. jurid.* 11. *quæst.* 9. *pag.* 366. *& seqq.*

Porrò novationem ita demum fieri, si hoc inter contrahentes esset actum, inter veteres Jurisconsultos satis constabat. *l.* 2. *l. si ita fuero.* 6. *l. si Stichum.* 18. §. 1 *l. fundum.* 28. *ff. de novationib.* Sed hoc apud eosdem dubium & in obscuro plerumque positum erat: ex quibus indiciis, & quomodo intelligi deberet, posteriorem stipulationem novandi animo interpositam esse. Alii enim alias conjecturas & præsumptiones, ex quibus novandi animus perspiceretur, idoneas esse judicabant, *hoc* § *nostro, vers. sed, cum hoc quidem. &c.* Quare tandem Justinianus Imperator, ut totam hanc difficultatem tolleret, ac rixarum amputaret occasiones, constituit: non aliter hodie novationem fieri, quàm si novare se, hancque posteriorem stipulationem novandi animo interponere velle, disertè & specialiter contrahentes expressissent, *d. l. ult. Cod. de novationibus.* 37

Cui non refragatur Julianus *in l. qui usumfructum.* 58. *ad finem. ff. de verbor. obligationib.* ex quâ dicendum videtur: jure etiam antiquo, ante Justiniani constitutionem, non aliter novationem fuisse factam, quàm si id specialiter & nominatim expressum fuerit à contrahentibus. *Nam* respondent nonnulli, verba illa *in d. l.* 58. posita, *specialiter expresserit*, à Triboniano (ut & in aliis quibusdam locis) esse addita, dum responsum istud Juliani ad constitutionem Justiniani accommodare voluerit. *Cujac. hic in suis not. & ad d. l.* 58. *ff. de verb. oblig. Brissonius d. lib.* 2. *de solut. tit. de novat. p.* 271. *edit* 1. *Borcholt. Marcilius, & Vultejus hic in fine.* Verùm hac responsione, ceu erroneâ, rejectâ, alii respondendum existimant: *in d. l. qui usumfructum.* 58. idcirco ad novationem requiri, ut contrahentes animum novandi specialiter expresserint: quia minus fit in usu, quàm in fructu; minus in itinere, quàm in actu: posteriore autem stipulatione, quæ minus contineat, quàm est in priore, non novari priorem. *l. eum, qui.* 56. §. *si à te.* 7. *ff. de verb. obligat.* proindeque hoc in casu, ut novatio facta censeatur, omnino requiri, ut expressum sit specialiter, posteriorem stipulationem novandi animo esse factam. *Anton. Faber. lib.* 3. *conjectur. jur. civil. cap.* 3. *Arumæus d. Exercit. Justin.* 16. *thes.* 16. *Hunnius lib.* 3. *variar. resolut. jur. civ. tract.* 8. *quæst.* 11. Aliter quoque id explicat Donellus *ad d. l. qui usumfructum.* 58. *n.* 5. *&* 6. *ff. de verb. obligationib.* 38

Non item refragatur *d. l. aliam causam.* 29. *ff. de novationib.* ubi Paulus apertè scribit: post pubertatem tutelæ actionem novari, itemque post divortium actionem de dote, *si id specialiter actum sit.* Quoniam verisimile non est: mulieris, quæ post divortium à marito dotem stipulatur, vel pupilli, qui post pubertatem à tutore, voluntatem illam esse, ut actio de dote, vel tutelæ novetur, & in stipulationem transfundatur: cùm iis longe consultius sit agere de dote, vel tutelæ, quæ bonæ fidei actiones sunt, quàm ex stipulatu, quæ stricti juris est. Multa namque privilegia habet actio de dote, itemque tutelæ, quæ actio ex stipulatu non habet. *Faber. d. cap.* 3. *post. medium.* 39

Ad hæc non refragatur. *l. si rem* 31 § *si duo.* 1. *ff. de novationib.* ubi Venulejus ait: correum stipulandi, post contractam obligationem stipulantem à reo promittendi, posse eum novatione liberare ab altero correo stipulandi, *cùm id specialiter agit.* Quia & ibi casus specialis & à regulâ exceptus continetur. Nisi enim specialiter id agatur, ut novatio fiat, non potest correus stipulandi à reo videri stipulari eo animo, ut novet: sed dicendum potiùs est, inutilem esse posteriorem stipulationem, quâ illud ipsum promittitur, quod jam ante debebatur, *l. qui bis.* 18. *ff. de verb. obligat.* Nisi itaque hoc expressum fuerit animo novandi stipulationem posteriorem subjectam esse, novatio facta non intelligetur. *Faber d. cap.* 3. *in fine.* 40

Deniq; non refragantur omnes illæ leges, in quibus dicitur, aliter non fieri novationem, quam si hoc actu fuerit, 41
d. l.

Digitized by Google

d. l. 2. d. l. si ita fuero. 6. ff. de novat. cum similibus suprà allegatis. n. 37. Nam olim quidem novatio non fuit facta, nisi animum novandi contrahentes habuissent. Hoc autem recenter Justinianus suâ constitutione addidit: ut hunc animum suum contrahentes palam & specialiter verbis testarentur. Ideoque non sequitur: novatio olim fiebat, cum hoc actum esset. Ergo animus novandi verbis specialiter testandus & exprimendus fuit, *ut rectè do-*
42 *cet Hunnius d. quæst.* 11. *in fine.* Idque eleganter declarat Gaspar Schitordegher. *lib. 2. ad Anton. Fabr. tr. 5. quæst.* 1. *& seqq.* ubi Pragmaticorum illorum errorem intolerabilem esse demonstrat, qui ex præsumptionibus & conjecturis verisimilibus atque manifestis, jure etiam novo, novationem induci autumant. Cæterùm è numero illorum sunt *Cynus in d. l. ult. vers. non istum. Cod. de novationib. Vincentius de Franchis decis.* 15. *num.* 2 *Matth. de Afflict. decis.* 44. *num.* 15. *Menoch. de præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 134. *& cons.* 235. *n.* 48. *& consil.* 1141. *n.* 13. *Mascard. de probation. vol. 2 conclus.* 1111. *n* 18. *& seqq. Simon de Prætis. consil.* 134. *n.* 8. *cent.* 2. *Stephan. Gratian. decis.* 117. *n.* 11. *&* 13. *Cacheran. decis.* 142. *num.* 2. *Joan. Vincent. Hondedeus vol. 2. part. 3. consultat.* 40. *num.* 36. *Andr. Gail. lib. 2. obs.* 30. *n.* 3. *Zanger. in tract. de except. p. 3. c. 3. n.* 44 *Joan. Bapt. Costa de facti scientia & ignorant. cent.* 1. *distinct.* 86. *n* 2. *Gutierez. de juram. confirmator. part.* 1. *cap.* 63. *Caroc. de excuss. bonor. part.* 2. *quæst.* 54. *Mynsinger. hic n.* 9. *& Heigius. n.* 14. *Doctor. Marta tom. 3. Digestorum novissimor. tit. novatio. cap.* 10. *fol* 222. *Fachineus lib. 3. controvers. jur. cap.* 92. *& Arumæus, sibi contrarius, lib. 2 decis.* 3. *num.* 21. *& seqq.* Adde de eadem quæstione nove diligenter disserentem Georgium Frantzkium *exercit. Jurid.* 11. *quæst.* 10. *pag.* 370. *& seq.* Philippum Knipschildt *exercit. Acad.* 13. *quæst.* 11. *pag.* 488. Bachovium *hic num.* 9. *pag.* 852. itemque Timæum Fabrum *disp.* 25. *ad Instit. Imperial. sub th.* 8.

§. *Hoc amplius.* 4. *& ultimus.*

Hoc amplius, eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum secutâ, id est, neque precio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab eâ emptione & venditione: invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

SUMMARIA.

1 *Contraria utriusque partis consensu sive pœnitentiâ tollitur obligatio.*
2 *Quando obligationes, ex consensu descendentes, pœnitentiâ dissolvuntur.*
3 *Re non amplius integra, pœnitentiæ non est locus.*
4 *Unumquodque eo modo dissolvi debet, quo colligatum est.*
5 *An & quatenus obligatio fidejussoria contrario dissensu perimatur.*
6 *Principali obligatione extinctâ, accessoria subsistere nequit.*
7 *An & quatenus conventio pœnalis in contractu emptionis venditionis, propter pœnitentiam adjecta (vulgo* Reukauff) *valeat, &c. remissivè.*

Quartus & ultimus tollendarum obligationum modus, est *contrarius utriusque partis consensus*; sive *pœnitentia*, vel *dissensus.* Qui modus proprius esse obligationum ex consensu censetur. Est enim id summè tenendum: ex quatuor hisce liberationibus, solutionem *re* fieri: acceptilationem & novationem *verbis*: pœnitentiam *nudâ voluntate seu dissensu*: quemadmodum ipsæ fermè obligationes dividuntur. *l.* 1. §. 1. *ff. de oblig. & act.* §. *ult. s. de obl.* Tum demum autem contractus & 2
obligationes ex nudo consensu descendentes (qualis est emptio, conductio, mandatum, societas) pœnitentiâ seu contrariâ voluntate dissolvuntur, si res adhuc integra fuerit: quia videlicet nihil adhuc datum est, vel factum. *hoc* §. *nostro. vers. deinde re nondum secutâ, &c. l. Jurisgentium.* 7. §. *adeo* 6. *ff. de pact. l.* 2. *l.* 3. *l. cùm emptor.* 5. §. 1. *ff. de rescind. vendit.* Nam re non ampliùs 3
integrâ, pœnitentiæ haud est locus. *l.* 1. *&* 2. *C. quando liceat ab empt. disced.* Sed & re non ampliùs integrâ (*traditione puta interveniente*) ab illis contractibus recedi potest: restitutis iis, quæ priùs utrinque tradita sunt. *l. ab emptione.* 58 *ff de pactis. Duaren in tract. ad d. l.* 7. §. *adeo.* 6. *ff. eodem. fol. mihi* 77. *tametsi aliter sentiat. Ant. Fab. de errorib. pragmatic. decad.* 95 *cap.* 8 *cum seq. & decad* 96. *cap.* 1. *& seqq.* Ratio autem, cur obliga- 4
tiones, quæ consensu constant, contrario consensu tolluntur, est perspicua: quia nihil æquitati naturali tam conforme & consentaneum est, quàm unumquodque eo modo atque genere dissolvi, quo colligatum est. *l. prout quidque.* 80. *ff. de solutionibus. l. nihil tam naturale.* 35 *l. omnia.* 100. *& l. fere quibuscunque.* 153 *ff de reg. jur.* Porrò & obligatio fidejussoria extinguitur, si debi- 5
tor & creditor consensu contractam obligationem, pro quâ fidejussor intervenit, contrario dissensu, re integra, dissolverint. *d. l.* 3. *ff. de rescind. vendit. & l. Stichum* 95. §. *ult. ff. de solutionib.* ubi Papinianus disertè respondit: Si inter emptorem & venditorem convenerit, priùs quàm aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur: fidejussorem eo nomine acceptum, solu- 6
to contractu, liberari. Ejusque ratio non obscura est: quia principali obligatione sublatâ, fidejussio, utpote obligatio accessoria, §. *fidejussores.* 5. *supr. de fidejussorib. l. generaliter.* 5. *ibi, ex causa accessionis. & l. hi, qui accessionis.* 34. *ff. eodem* amplius subsistere nequit. *l. nihil dolo.* 129. §. 1. *& l. cùm principalis.* 158. *ff. de reg. jur. Anton. Hering. in tractat. de fidejussorib. cap.* 20. §. 11. *num.* 2.
Tandem an & quatenus conventio pœnalis in contractu emptionis venditionis, propter pœnitentiam adjecta (*vulgò Reukauff*) valeat? an item emptor, invito venditore, pœnali conventione uti, & solvendo mulctam pœnitentiæ (*Reukauff*) à contractu resilire possit? & ad quod usque tempus emptor & venditor isthac conventione uti, & pœnam pœnitentiæ solvendo à contractu discedere queant? An denique præter pœnam conventionalem is, qui contractum non servat & adimplet, etiam ad interesse teneatur? *Post plures alios, à se citatos,* abundè & diligenter explicat Matthias Berlichius *decis. aur.* 43. *& tribus sequentibus.* 7

FINIS LIBRI III. Institutionum Justinianearum: atque adeò Tomi tertii horum operum.

AHT 1319387

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

XX
H!A